Universitat Autònoma de Barcelona

LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA EN LA JURISDICCIÓN DE MENORES: Especial consideración del quebrantamiento de la pena juvenil no privativa de libertad.

Joan Manel Gutiérrez Albentosa

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. The access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.

Universitat Autònoma de Barcelona

Departamento de Ciencia Política y Derecho Público
Facultad de Derecho

LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA EN LA JURISDICCIÓN DE MENORES:

Especial consideración del quebrantamiento de la pena juvenil no privativa de libertad.

TESIS DOCTORAL

Presentada por
Joan Manel Gutiérrez Albentosa

Directora:
Prof. Mercedes García Arán,
Catedrática de Derecho penal

Bellaterra (Cerdanyola del Vallès)

2016

CAPÍTULO V

LA CUESTIÓN DE LA ADECUACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA REGULACIÓN RELATIVA AL QUEBRANTAMIENTO

1. La problemática del quebrantamiento. Cuestiones básicas.

Este capítulo se centra en el incumplimiento, con posibilidad de quebrantamiento, de las penas juveniles no privativas de libertad[1176] ex Arts. 50.2[1177] y 51.1[1178] LORPM.

El incumplimiento de las penas juveniles privativas de libertad[1179], aunque sí presentan algún déficit de legalidad penal y seguridad jurídica (a título de ejemplo, destacamos el Art. 51.2 LORPM, que habilita la sustitución "a peor" sin el debido proceso[1180]), no es tan evidente o flagrante como sí lo es en las no privativas de libertad.

Para un correcto entendimiento del problema, enunciamos unas cuestiones básicas:

Primera. En el Art. 50.2 citado, se establecen las implicaciones del incumplimiento de una pena juvenil no privativa de libertad. A partir del procedimiento seguido en tal Art. 50.2 y ante un incumplimiento, lo que procede en primer lugar, es instar por parte del fiscal al juez de menores la sustitución de dicha pena juvenil por otra de la misma naturaleza, no privativa de libertad. Sólo excepcionalmente y a propuesta del ministerio fiscal, el juez de menores podrá sustituir la pena juvenil no privativa de libertad incumplida, por otra de internamiento en centro semiabierto. En segundo lugar, el apartado 3º del mismo Art. 50 obliga al juez de menores a remitir testimonio de los particulares al ministerio fiscal, por si los

---

[1176] Sobre las penas juveniles no privativas de libertad, véase CERVELLÓ / COLÁS, *op. cit.*, p. 151 y ss. Acerca del elenco de penas juveniles reguladas en la LORPM, véase GÓMEZ RIVERO, *op. cit.*, p. 12 y ss; DE LA CUESTA / BLANCO, *op. cit.*, p. 87 y ss; LANDROVE DÍAZ, *Introducción al Derecho penal de menores, op. cit.,* p. 65 y ss., HAVA GARCÍA / RÍOS CORBACHO, *op. cit.*, p. 143 y ss.

[1177] Acerca del quebrantamiento de la ejecución, que se regula en el Art. 50 LORPM, véase DE LA CUESTA ARZAMENDI / BLANCO CORDERO, *op. cit.*, p. 114 y ss., también, FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J., "Artículo 50. Quebrantamiento de la ejecución.", en *Comentarios a la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. J. Díaz – Maroto y Villarejo (director). Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2008, pp. 469 - 477.

[1178] Sobre los requisitos para que pueda procederse a la modificación –por incumplimiento o evolución negativa- de la pena juvenil impuesta en sentencia, en virtud del Art. 51.1 LORPM, véase, además del Art. 51.1 y del Art. 13 LORPM, ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores…*, 2007, *op. cit.*, p. 253 – 254; también, DE LA CUESTA ARZAMENDI / BLANCO CORDERO, *op. cit.*, p. 113 y ss., también, FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J., "Artículo 51. Sustitución de las medidas.", en *Comentarios a la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. J. Díaz – Maroto y Villarejo (director). Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2008, pp. 478 - 479.

[1179] Sobre el quebrantamiento de la pena juvenil de internamiento, véase MORA SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 317 y ss.

[1180] Contra dicha sustitución "a peor", véase VALBUENA GARCÍA, *op. cit.*, p. 341.

hechos (el incumplimiento mencionado –u otros hechos de contenido delictivo, un robo por ejemplo, que, entonces, sería de aplicación el Art. 47.3 LORPM-) fuesen constitutivos de delito (de quebrantamiento previsto en el Art. 468.1 CP[1181]).

Por otra parte, el Art. 51.1 LORPM regula la sustitución de las penas juveniles (tanto privativas como no privativas de libertad) durante su ejecución, aunque sin referirse expresamente al incumplimiento como presupuesto de tal sustitución.

Segunda. El Art. 50 LORPM se inicia con la expresión "*Quebrantamiento de la ejecución*". No obstante, en esta investigación, interpretamos que el mencionado Art. 50 debería titularse "*Incumplimiento de la ejecución*". Lo entendemos así para no confundir la conducta incumplidora (no cumplir con los deberes y obligaciones derivadas de la pena juvenil no privativa de libertad, que constan en el Art. 7.1 LORPM) con la conducta delictiva –el quebrantamiento[1182]- tipificada en el Art. 468.1 CP, siendo este artículo del CP al que nos deriva el Art. 50.3 LORPM, según criterio de la FGE[1183], que compartimos.

La expresión "quebrantamiento" es propia del delito tipificado en el Art. 468 CP, que consiste en quebrantar la *"… condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia*."; en este marco, dicha expresión no debería de figurar en la LORPM, en el Art. 50, pues induce a confusión dando a entender que el tipo penal del quebrantamiento (quebrantar la condena o la ejecución de la misma) se regula en la LORPM. En cambio, el incumplimiento previsto en el Art. 50.2 LORPM no es delito; constituye una incidencia, que significa incumplir las obligaciones establecidas en el Art. 7.1 LORPM y que surge, en ocasiones, durante la ejecución de la pena juvenil no privativa de libertad.

Consideramos por tanto, que la expresión "quebrantamiento" se introdujo por error, por una redacción deficitaria o por un intento equivocado de regular dos conceptos parecidos pero diferentes a la vez. Por tanto el concepto o el título de "quebrantamiento" que encabeza el Art. 50 LORPM habríamos de entenderlo como "incumplimiento", en el Art. 50 y en el Art. 47.3 LORPM y en los Arts. 10.16ª b) y 14 c) del reglamento.

1181 Véase el apartado XI.7. Quebrantamiento de la medida. Párrafo sexto de la Circular de la FGE 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*.

1182 Acerca del "Quebrantamiento de medida de cumplimiento en medio abierto", (título del subepígrafe utilizado por la autora), véase GARCÍA HERNÁNDEZ, *op. cit*., p. 49 y ss. Respecto al "Quebrantamiento de medidas adoptadas por el Juzgado de Menores" (título del epígrafe utilizado por la autora), véase ROVIRA TORRES, O., *El quebrantamiento de condena*. Ed. Bosch, Barcelona. 2005, pp. 19 y ss.

1183 Véase el apartado XI.7. Quebrantamiento de la medida. Párrafo sexto de la Circular de la FGE 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*.

Tercera. La necesidad de modificar o transformar, incluso suspender, el contenido del fallo de la sentencia firme fue, es y será una necesidad avalada totalmente por el Derecho penal[1184] desde la óptica de sus límites y, por supuesto, desde el principio del interés superior del menor tanto en la jurisdicción de menores como en la de adultos.

No obstante, consideramos que el mencionado aval del Derecho penal ha de revisarse, para comprobar si la posibilidad legal (que existe en los Arts. 50.2 y 51.1 LORPM) de modificar una sentencia firme es acorde o no con la legalidad penal y la seguridad jurídica en su manifestación a través del derecho a un proceso debido[1185] ex Art. 24.2 CE; la revisión mencionada es más necesaria todavía cuando dicha modificación del fallo es "a peor"[1186], porque redunda en una restricción de derechos –el de la libertad, principalmente- del menor condenado.

Por ello, vamos a estudiar los dos Arts. 50.2 y 51.1 LORPM, más en concreto su posible inconstitucionalidad en relación con los Arts. 9.3, 17, 24.2 y 25.1 CE, con el principio de legalidad y con el de seguridad jurídica, puesto que el Art. 50.2 citado puede comportar inseguridad jurídica –que va en perjuicio del menor-, tal y como en este sentido se posicionó URRUTIA ELORZA, bajo los siguientes términos: "… *el art. 50, que a nuestro juicio tiene problemas serios de constitucionalidad y en la práctica da lugar a importante inseguridad en detrimento del menor.*"[1187]

La doctrina[1188] afirma que la incompatibilidad de dichos artículos 50.2 y 51.1 LORPM con la Constitución se extiende al principio acusatorio.

[1184] En este marco, véase CRUZ MÁRQUEZ, *La medida del internamiento…, op. cit*., p. 124.

[1185] Este procedimiento es el regulado en la LORPM, Título III, De la instrucción del procedimiento, Capítulo I, Reglas generales. Artículo 16. Incoación del expediente, y, supletoriamente, el procedimiento abreviado prescrito en la LECRIM (Arts. 983 y ss), de acuerdo con la Disposición final primera de la LORPM. Sobre la fase de instrucción en el procedimiento penal de menores, véase DE LA ROSA CORTINA, J. M*.,* "La instrucción en el procedimiento de la LORPM: intervención del Juez de Menores", en *Cuadernos de derecho judicial*, Nº 3, (ejemplar dedicado a: *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*. María del Rosario Ornosa Fernández, directora), 2001, pp. 223 – 318; también, véase DÍAZ MARTÍNEZ, *op. cit.*

[1186] Modificación o sustitución "a peor", expresión más conocida como "La *reformatio in peius* de la ejecución", véase OLMEDO GÓMEZ, J., "Cambio de medidas. Art. 50.2 LORPM por quebrantamiento de medida no privativa de libertad (La *reformatio in peius* en la ejecución)", http://www.juvenilejusticepanel.com/resource/items/J/O/JOlmedoCambioMedidas07_ES.pdf 2007, p. 1; también, "Modificación de medidas *in peius*", en la Circular 1/2009 de 27 de abril de la FGE e, igualmente, sustitución *in peius*, en la Circular de la FGE 1/2007, apartado VII.3. Cese y sustitución de medidas, p. 78; también, "modificación agravatoria", en DE LA ROSA CORTINA, *La responsabilidad…, op. cit.,* p. 276. Sobre la concepción y significado de la "reformatio in peius", véase CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, *op. cit*., p. 274 y ss. El TC se ha referido también a la *reformatio in peius*, en su STC, S. 2ª, 8.7.1985, FJ 4º, (MP: Excmo. Sr. D. Luís DÍEZ – PICAZO GIMÉNEZ). Sobre "La prohibición de la 'reformatio in peius" (título del epígrafe utilizado por el autor), en la doctrina penal de menores alemana, véase ALBRECHT, *El Derecho…, op. cit*., p. 543 y ss. Sobre la modificación o la "Sustitución de la medida durante la ejecución", (título del epígrafe utilizado por la autora), véase MORA SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 334 y ss.

[1187] Véase URRUTIA ELORZA, J. R., Propuesta de Veto Núm. 2, publicada en el BOCG, Senado, Serie II, de 21 – IX - 2006, Núm. 68, p. 23.

[1188] Tal y como señala CONDE – PUMPIDO FERREIRO, C., "Modificación de la medida impuesta", en *Ley de la responsabilidad penal de los menores*, C. Conde – Pumpido Ferreiro (Director), Ed. Trivium, Madrid, 2001, pp. 234

Cuarta. Debido a que consideramos que el conflicto sigue sin resolverse, detallamos *el fondo del problema* que nos ocupa a continuación:

a) Ausencia de definiciones: 1) del supuesto de hecho, del incumplimiento[1189], que puede dar lugar al delito de quebrantamiento, en los Arts. 50.2 y 51.1 LORPM, ausencia que conlleva inseguridad jurídica y por tanto, arbitrariedad judicial; 2) del requisito contenido en la expresión "*Excepcionalmente*" que se regula en el Art. 50.2 LORPM; en función del mismo, el legislador ordena al juez y al fiscal de menores decantarse por el 50.2 o por el 51.1 LORPM, pero esta expresión es un concepto jurídico indeterminado, que dificulta, por tanto, la aplicación correcta (con una mínima seguridad jurídica) de los dos citados artículos.

b) Ley penal en blanco. La consideración del Art. 50.2 y del Art. 51.1 LORPM como ley penal en blanco y, aquí radica el problema, sin reunir los requisitos que estableció el TC[1190].

c) Vulneración de garantías penales. La posible vulneración constitucional en relación con el proceso debido (garantía jurisdiccional) y también en referencia a la garantía penal y a la de ejecución, junto con el derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y el derecho a la proporcionalidad, en los Arts. 50.2 y 51.1 LORPM: en estos artículos, se realiza la modificación – sustitución de la pena juvenil no privativa de libertad, incumplida, por otra privativa de libertad (internamiento) sin respetar las garantías derivadas del derecho fundamental al proceso debido.

Quinta. Siguiendo lo afirmado en el párrafo anterior respecto a la vulneración de las garantías penales, en concreto la jurisdiccional, avanzamos que nuestra solución a dicho problema va en la dirección de la exigencia de abrir nuevo expediente, de celebrar un nuevo procedimiento, un "incidente procesal contradictorio", acompañado de todas las garantías procesales –la garantía jurisdiccional, principalmente- derivadas del Art. 1.2 y del Art. 43.1 LORPM, también del Art. 7 del reglamento, y, principalmente, del Art. 24.2 CE[1191] para tramitar la sustitución de la pena juvenil no privativa de libertad –que se ha incumplido- por otra privativa de libertad, en virtud del Art. 50.2 y del Art. 51.1 LORPM.

– 236, p. 235; en este sentido, véase también, ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal juvenil*…, 2007, *op. cit.*, p. 253; LANDROVE DÍAZ, *Derecho penal…, op. cit.*, p. 271; DE LA ROSA CORTINA, *La responsabilidad…, op. cit.*, p. 269, nota a pie de página Nº 35.

1189 En este sentido, véase GARCÍA PÉREZ, M. F., "El delincuente menor de edad enfermo mental en la ley de responsabilidad penal del menor", en *Cuadernos de derecho judicial.* Nº 1, ejemplar dedicado a "Enfermo mental y proceso penal. Especial referencia a las medidas cautelares.", Fernando Martínez Pérez (Director). Ed. Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2006, pp. 409 – 426, p. 417.

1190 Sobre los requisitos que el TC exige para hacer compatible la ley penal en blanco con la Constitución, véase ACALE SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 277 – 278.

1191 En este contexto, véase AYO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 283 y ss., también ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2007, *op. cit.*, p. 489.

Este nuevo procedimiento o expediente no debería de calificarse como "nuevo juicio" (la FGE[1192] así lo denomina equivocadamente en el contexto de la sustitución de la pena juvenil incumplida), puesto que, un juicio -en la jurisdicción penal- solo puede celebrarse si estamos ante un presunto delito y, en el caso que nos ocupa, el incumplir la pena juvenil no privativa de libertad no constituye ninguna infracción penal (es una incidencia que sucede durante la fase de ejecución, en algunas ocasiones); por este motivo, no podemos utilizar la expresión "nuevo juicio" a la hora de proponer soluciones procesales para tramitar la sustitución de la pena juvenil no privativa de libertad, incumplida, por otra privativa de libertad. Así, vamos a utilizar la expresión "nuevo procedimiento" y, también y como sinónimo, "nuevo expediente", también "incidente procesal contradictorio", nuevo trámite procesal que ha de aglutinar, necesariamente, todas las garantías procesales contenidas en el Art. 24.2 CE, en caso de que el juez de menores decida modificar, en virtud del Art. 50.2 o del Art. 51.1 LORPM, la pena juvenil no privativa de libertad impuesta inicialmente e incumplida por otra privativa de libertad.

1.1. Las consecuencias jurídicas no privativas de libertad.

Las penas juveniles no privativas de libertad están previstas en la LORPM (en el Art. 7.1, letras "e" a "ñ"[11931194]), y, a la vez, son desarrolladas en el reglamento[1195]; estas consecuencias jurídicas son las siguientes:

- Tratamiento ambulatorio[1196],

[1192] Véase FGE, Circular 1/2009, p. 15.

[1193] Las penas juveniles no privativas de libertad se regulan también en los siguientes artículos de la LORPM: en el Art. 9, reglas 3ª y 5ª; como penas juveniles complementarias, en la Disposición adicional 4ª "c"; y como medidas cautelares, en el Art. 28.1, párrafo 2º.

[1194] No estudiamos aquí la pena juvenil regulada en la letra "g" (Permanencia de fin de semana). Respecto a esta pena juvenil, no la exponemos en este subepígrafe (subepígrafe y tesis dedicada a las penas juveniles no privativas de libertad), porque la pena juvenil de Permanencia de fin de semana es privativa de libertad, tal y como así se desprende del Art. 8.2 LORPM (con el régimen aplicable a dichas penas juveniles, régimen previsto en el Art. 32 y 50.1 de dicha LORPM) y tal y como se ha posicionado la doctrina, véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores…, op. cit.*, p. 189; VARGAS CABRERA, "Enumeración…", *op. cit.*, p. 158; además, el reglamento, en su Sección 3ª dedicada a las *"Reglas específicas para la ejecución de las medidas privativas de libertad"*, en su Art. 28, considera la pena juvenil de permanencia de fin de semana como privativa de libertad.

[1195] No todas las penas juveniles que se regulan en la LORPM tienen su correspondiente desarrollo reglamentario: no se desarrolla la pena juvenil de "Amonestación", tampoco la pena juvenil de "*Prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez*". El desarrollo normativo de algunas de las penas juveniles no privativas de libertad se halla en el reglamento, en la Sección 2ª. "*Reglas específicas para la ejecución de determinadas medidas no privativas de libertad*", en los siguientes artículos: el Art. 16 (tratamiento ambulatorio), Art. 17 (la asistencia a un centro de día), Art. 18 (la libertad vigilada), Art. 19 (la convivencia con otra persona, familia o grupo educativo), Art. 20 (las prestaciones en beneficio de la comunidad), y en el Art. 21 (realización de tareas socioeducativas).

- Asistencia a un centro de día,
- Libertad vigilada[1197],
- Prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez de menores[1198],
- Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo[1199],
- Prestaciones en beneficio de la comunidad[1200],
- Realización de tareas socio-educativas,
- Amonestación,
- Privación del permiso de conducir ciclomotores y vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias para caza o para uso de cualquier tipo de armas,
- Inhabilitación absoluta.

1196 El tratamiento ambulatorio no es una pena juvenil, es una medida terapéutica o medida de seguridad, en virtud de los Arts. 5.2 y 9.5 LORPM; en este marco, véase HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal…, op. cit.*, p. 388.

1197 Sobre la evolución de la pena juvenil de la libertad vigilada, evolución conceptual, educativa y jurídica que ha descrito la doctrina especializada en Derecho penal juvenil, véase GARCÍA DÍEZ*, op. cit.*, p. 8 y ss; DIEGO ESPUNY, "La libertad vigilada…", *op. cit.*, p. 147 y ss; igualmente, DE LA CUESTA ARZAMENDI / BLANCO CORDERO, *op. cit.*, p. 94 y ss; HAVA GARCÍA / RÍOS CORBACHO, *op. cit.*, p. 164 y ss; GUASCH i GARCÍA, *La actuación…, op. cit.*, p. 32 y ss., GUASCH i GARCÍA, *La acción educativa…, op. cit.*, p. 37 y ss., ACALE SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 166 y ss.

1198 Cuando esta pena juvenil es aplicada como "alejamiento puro", el juez de menores aplica el Art. 7.1.i) LORPM; y cuando dicho alejamiento es integrado como regla de conducta en una libertad vigilada, el juez de menores aplica el Art. 7.1.h) 3ª LORPM. Sobre esta pena juvenil, véase el trabajo de FARALDO CABANA, *op. cit.*, pp. 1 – 46; disponible en web http://www.ecrim.es/publications/2009/ProhibicionesAproximacion.pdf p. 33, apartado 3, para estudiar la opción de imponer las prohibiciones de aproximación y comunicación como reglas de conducta durante la libertad vigilada.

1199 Sobre esta pena juvenil y la problemática que comporta (la ausencia de recursos disponibles para ejecutarla), véase FGE, Jornadas de Fiscales Delegados de Menores. Conclusiones. Madrid, 16 y 17 de octubre de 2013, p. 4. Sobre los supuestos en que está indicada esta pena juvenil, véase FGE, Dictamen 6 / 2013, sobre *la medida de convivencia con persona, familia o grupo educativo.*

1200 Sobre esta pena juvenil, véase MONTERO HERNANZ, *La justicia juvenil en España…*, *op. cit.*, p. 309 y ss. Sobre las directrices que la FGE establece para considerarse incumplida y, en su caso, quebrantada la pena regulada en el CP de Trabajos en beneficio de la comunidad, véase la Circular 2/2004 *sobre aplicación de la reforma del código penal operada por ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (primera parte*), apartado V. 6 Quebrantamiento de los trabajos en beneficio de la comunidad. Estas directrices pueden servir como orientación a la hora de considerarse incumplida la pena juvenil de prestaciones en beneficio de la comunidad; véase, también, GONZÁLEZ AGUDELO, G., "Incidencia de las normas internacionales y comunitarias en la protección penal de los derechos laborales del menor de edad. Especial referencia a la medida de "Prestaciones en beneficio de la comunidad", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.* 14 de marzo de 2012, Nº 14, documento electrónico http://criminet.ugr.es/recp 2012, pp. 1 – 24.

2. Ausencia de definiciones básicas en la LORPM.

Profundizamos en el problema descrito anteriormente: en primer lugar, el Art. 50.2 LORPM no define el significado del incumplimiento de la pena juvenil no privativa de libertad, el "*núcleo esencial de la prohibición*", a pesar de que, de dicho incumplimiento pueden derivarse implicaciones jurídicas gravosas (su sustitución por otra privativa de libertad –internamiento- en virtud del Art. 50.2 LORPM, y, además, la acusación de delito de quebrantamiento de condena, en virtud del Art. 50.3 LORPM y del Art. 468.1 CP). El elemento objetivo y subjetivo del citado delito de quebrantamiento tampoco está definido en la legislación.

En segundo lugar, el Art. 51.1 LORPM no determina tampoco, qué conductas negativas pueden subsumirse en dicho precepto legal; no obstante, este artículo es aplicado –igual que el Art. 50.2 antes citado- para agravar las condiciones de cumplimiento, pasando de una situación de libertad (cuando el menor está cumpliendo la pena juvenil privativa de libertad) a otra de internamiento (cuando el menor incumple dicha pena).

En tercer lugar, el Art. 50.2 LORPM contiene la expresión "*Excepcionalmente*" que es un concepto jurídico indeterminado de difícil determinación o interpretación.

Todo lo anterior implica que los Arts. 50.2 y 51.1 LORPM presentan problemas de tipicidad insuficientemente taxativa[1201]. No obstante, las ausencias de definición y las presencias de indeterminación mencionadas suelen solucionarse, en general, a través de:

a) La interpretación jurídica[1202] de la norma penal[1203], de los principios, métodos y diferentes clases de interpretación jurídica[1204] pueden aportar claridad a la abstracción que se contiene en el Art. 50.2 –y también, del Art. 51.1- LORPM, en lo que respecta a la ausencia de definición del incumplimiento que puede dar lugar al delito de quebrantamiento. En este contexto, sólo añadir que la labor de interpretar las leyes implica una obligación que recae en los representantes del poder judicial, que se establece en el Art. 5.1 y en el Art. 6 LOPJ. En

[1201] Véase CERVELLÓ / COLÁS, *op. cit*., p. 150.

[1202] Sobre la interpretación jurídica, en general, véase MORESO / VILAJOSANA, *op. cit*., p. 147 y ss; sobre la interpretación de la ley penal (concepto, clases y métodos de interpretación), véase COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte General*, 1999, *op. cit*., p. 115 y ss; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado…, op. cit.,* p. 408 y ss; MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *op. cit*., p. 121 y ss; MEZGER, *op. cit*., T. I, p. 150 y ss; ROXIN, *Derecho penal. Parte general, op. cit*., p. 147 y ss.

[1203] Sobre la "Interpretación de la ley penal y derecho fundamental a la legalidad" (título del epígrafe utilizado por el autor), véase GÓMEZ BENÍTEZ, *op. cit*., apartado IV; MIR PUIG, *El Derecho penal…, op. cit.,* p. 22 y ss. SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Sobre la 'interpretación' teleológica en Derecho penal", en *Estudios de filosofía del derecho penal.* Miguel Díaz y García Conlledo / Juan Antonio García Amado (coord.). Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 2006, pp. 365 – 395.

[1204] Sobre las "Clases y métodos de interpretación" (título del epígrafe utilizado por los autores), véase MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *op. cit*., p. 125 y ss.

este contexto, cabe comentar que las leyes penales se han de interpretar conforme a la Constitución[1205] -y con las pautas que ha establecido el TC[1206]- para descubrir su sentido antes de aplicarlas, tal y como expresaba MEZGER[1207].

b) La jurisprudencia[1208], en concreto su función interpretativa finalista y sistemática[1209] respecto a conceptos que la ley no define (como la imprudencia, el dolo, o el quebrantamiento de condena). No obstante, los miembros del poder judicial del ministerio fiscal y de la abogacía admiten la idea general o social de dichos conceptos; un ejemplo evidente: la noción de imprudencia, que el CP no define, pero se puede entender o definir por los usos, la costumbre, o la práctica habitual de las diferentes profesiones y por la jurisprudencia.

c) La racionalidad. En todo caso la aplicación –por parte del juez o del fiscal de menores- de dichos Arts. 50.2 ó 51.1 LORPM (o del Art. 468.1 CP) ante un caso concreto, será coherente con la legalidad penal y la seguridad jurídica siempre y cuando dicha interpretación y aplicación de los dos preceptos legales mencionados sea racional y lógica, basándose en las argumentaciones que utilice la comunidad jurídica, que no han de ser extravagantes, tal y como así lo ha establecido el TC[1210] y de las audiencias provinciales[1211].

Aceptando como válidas las soluciones mencionadas (la interpretación, la jurisprudencia y la racionalidad) que, en general, se suelen utilizar ante los problemas de indefinición antes descritos, vamos a abordarlos dando respuestas concretas a cada uno de ellos en particular.

[1205] Sobre el principio o mandato de interpretación "conforme a la Constitución", véase la STC, 1ª, 17.3.1998, FJ 4º, párrafo 3º, (MP: Excmo. Sr. D. Pedro CRUZ VILLALÓN); STC, Pleno, 19.10.2010, (MP: Excmo. Sr. D. Eugeni GAY MONTALVO). Voto particular del Excmo. Sr. D. Ramón Rodríguez Arribas y del Excmo. Sr. D. Guillermo Jiménez Sánchez; FERRERES COMELLA / MIERES MIERES, *op. cit.,* p. 321; FERRERES COMELLA, V., *Justicia constitucional…, op. cit.,* p. 38; FERRERES COMELLA, V., "El control de las leyes penales por parte de los jueces ordinarios", en *Constitución y sistema penal*, Mir Puig, S., Corcoy Bidasolo, M. (directores); Hortal Ibarra, J. C. (coordinador). Ed. Marcial Pons. Madrid. Barcelona. Buenos Aires. Sao Paulo. 2012, pp. 109 – 122, p. 112 y ss; DE OTTO y PARDO, *op. cit*., p. 79 y ss; JIMÉNEZ CAMPO, J., "Interpretación conforme de la Constitución", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Alfredo Montoya Melgar (director). Ed. Civitas. 1ª edición. Madrid, 1995, pp. 3681 – 3685. KUHLEN, L., *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*, Ed. Marcial Pons. Madrid. Barcelona. Buenos Aires. 2012.

[1206] En este marco, véase la STC, S. 2ª, 9.12.2002, FJ 3º, último párrafo, (Ar. 228; MP: Excmo. Sr. D. Eugenio GAY MONTALVO); la STC, S. 2ª, 17.10.2011, FJ 8º, (MP: Excmo. Sr. D. Francisco PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL). Sobre los criterios que el TC establece "… *para los Tribunales en su labor de interpretación, la sujeción a los cánones hermenéuticos normalmente utilizados.*", véase ÁLVAREZ GARCÍA, *op. cit*., p. 179.

[1207] Véase MEZGER, *op. cit*., T. I, p. 151.

[1208] Sobre la intervención de la jurisprudencia del TS acerca del tipo penal abierto, en el contexto de los delitos imprudentes, el TS ha establecido los criterios para decidir cuándo y cómo se ha producido la imprudencia punible, en este sentido véase, principalmente, la STS, S. 2ª, Sección 1ª, 29.2.1992, (MP: Excmo. Sr. D. Roberto HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ); también, las SSTS de 28-11-89, de 12-3 y 12-7 de 1990, de 12-11-1997 y de 16-6-1997.

[1209] En este contexto, véase la STC, Pleno, 13.5.1991, FJ 4º, (MP: Excmo. Sr. D. Eugenio DÍAZ EIMIL).

[1210] En este contexto, véase la STC, S. 2ª, 23.5.2009, FJ 6º, párrafo 7º, (MP: Excmo. Sr. D. Ramón RODRÍGUEZ ARRIBAS), sentencia comentada por ÁLVAREZ GARCÍA, *op. cit*., pp. 179 – 180.

[1211] Véase sentencia de la AP de Las Palmas, 23.1.2012, FJ 3º, (MP: Ilma. Sra. Laura MIRAUT MARTÍN).

2.1. Definición y diferenciación entre incumplimiento, quebrantamiento y evolución desfavorable.

Aunque, en los dos supuestos legales (Art. 50.2 y Art. 51.1 LORPM) donde se puede encauzar la conducta incumplidora, se podría producir la misma consecuencia jurídica (la sustitución desfavorable, que se materializa en internamiento en centro semiabierto), diferenciamos y definimos el concepto "*incumplimiento*", "*quebrantamiento*" –Art. 50.2 LORPM- y "*evolución desfavorable*" –Art. 51.1 LORPM- en los próximos subepígrafes.

Su descripción y diferenciación[1212] es necesaria para un entendimiento correcto del problema planteado y porque ambos conceptos suelen confundirse[1213], pese a que el incumplimiento no es delito[1214] y sí el quebrantamiento, en virtud del Art. 468 del CP.

2.1.1. Definición de incumplimiento (Art. 50.2 LORPM).

Sobre la dificultad para su definición, se posicionó la doctrina especializada en Derecho penal juvenil[1215] y, del mismo modo, los tribunales[1216].

Para superar esta dificultad, pasamos a describir *el objetivo* a conseguir: aportar argumentos en la línea que es necesaria una definición del incumplimiento en la legislación penal de menores, para lo que realizaremos algunas propuestas.

Nos planteamos la especificación de la conducta incumplidora en la legislación, puesto que la regulación del supuesto de hecho (incumplimiento) en la LORPM, no aportaría mayor grado de seguridad jurídica, porque ésta es aportada por el reglamento en el que además se especifica el contenido de su incumplimiento –Arts. 10.1.6ª b) y 14 c)-.

Incluso aunque no existiese tal definición en el reglamento, VARGAS CABRERA[1217] sostiene que no es exigible en la ley, pues se puede deducir el significado de tal incumplimiento fácilmente de la lectura del Art. 50.2 en relación con el Art. 7.1 LORPM (precepto donde se determinan las penas juveniles y las obligaciones asociadas a dichas penas).

1212 Sobre la diferenciación entre el concepto del incumplimiento y el quebrantamiento en la legislación común o de adultos, la doctrina ofrece algunas pautas en el marco del incumplimiento de la pena sustitutiva, en este sentido, véase MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *op. cit*., p. 576.

1213 Véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2007, *op. cit*., p. 487.

1214 Tal y como, en este sentido, establece la Regla 30.2, Regla que se contiene en la *Recomendación CM/*R *(2008) 11 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las reglas europeas para infractores menores de edad sometidos a sanciones o medidas.*

1215 Véase GARCÍA PÉREZ, M. F., "Experiencias…", *op. cit*., p. 147; GARCÍA PÉREZ, M. F., "El delincuente…", *op. cit*., p. 417; AYO FERNÁNDEZ, *op. cit*., p. 173.

1216 En este contexto, véase la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 2ª, 27.3.2009, FJ 2º, (MP: Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel PARRAMÓN i BREGOLAT).

1217 Véase VARGAS CABRERA, "Reglas para la ejecución…", *op. cit*., p. 443.

En todo caso, consideramos que sí se debería especificar el contenido de la conducta incumplidora en la ley, en virtud del principio de reserva de ley, debido a que en función del Art. 50.2 LORPM (precepto legal donde se regula el incumplimiento y sus implicaciones jurídicas), se priva de un derecho fundamental, el de la libertad ex Art. 17.1 CE al menor que está condenado a una pena juvenil no privativa de libertad si la incumple. Y de acuerdo con la reserva de ley, las conductas infractoras que impliquen limitación de algún derecho fundamental han de regularse en una norma con rango de ley orgánica, cosa que no sucede actualmente, en la LORPM en el supuesto del incumplimiento de la pena juvenil no privativa de libertad. Desde esta perspectiva, el GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL[1218] sí considera necesaria la definición del incumplimiento, que puede dar lugar al quebrantamiento, en la LORPM por exigencias de claridad –y entendemos que como consecuencia también, de seguridad jurídica-, en la ley; igualmente, LANDROVE DÍAZ[1219] aboga por establecer dicha definición en la legislación penal de menores.

Propuesta de definiciones. A priori, incumplir la pena juvenil no privativa de libertad es incumplir las obligaciones que dicha respuesta penal comporta; tales obligaciones constan:

a) en la LORPM, en el Art. 7.1, letras "e" a "f" y letras "h" a "ñ"[1220];

b) en el reglamento: en el Art. 14 c, donde se establece que incumplir la pena juvenil no privativa de libertad es incumplir las obligaciones que conforman su contenido, según lo dispuesto en el Art. 7.1 LORPM; y en el Art. 10.1.6ª b, donde se determina que si el menor no se presenta a la primera entrevista, incumplirá y, en su caso, quebrantará, siendo de aplicación el Art. 50.2 LORPM[1221];

c) en la sentencia condenatoria han de figurar los objetivos a conseguir en el marco de la pena juvenil no privativa de libertad[1222] y, por tanto, si el menor no cumple con dichos objetivos se puede concluir que ha incumplido dicha pena;

d) y en el plan de trabajo o programa[1223] individualizado de ejecución[1224], donde se concretan y especifican las obligaciones y objetivos anteriores con más detalle (programa educativo que ha de ser aprobado por el juez, en virtud del Art. 44.2.c) LORPM).

1218 En este marco, véase GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Un proyecto alternativo…, op. cit.*, p. 62.

1219 En este contexto, véase LANDROVE DÍAZ, *Derecho penal…, op. cit.*, p. 346.

1220 Excepto la letra "g", que regula las obligaciones de la pena juvenil de permanencia de fin de semana, esta pena juvenil es privativa de libertad y, por tanto, no es objeto de estudio de esta investigación, que se centra en las penas juveniles no privativas de libertad.

1221 En contra de la aplicación de la sustitución desfavorable en virtud del Art. 50.2 LORPM, en caso de no presentación a la primera entrevista, se posicionan los fiscales de menores; en este marco, véase FGE, Jornadas de los Fiscales Delegados de Menores. Conclusiones. Madrid. 16 y 17 de octubre 2013, p. 8.

1222 El contenido de la pena juvenil (la duración y los objetivos que se pretenden asumir durante su ejecución) han de constar en la sentencia condenatoria, en virtud del Art. 39.1 LORPM.

Partiendo de la LORPM y de su reglamento, aportamos criterios para ayudar a la labor de interpretación a la hora de apreciar la presencia del incumplimiento como consecuencia de vulnerar tales obligaciones por parte del menor.

La FGE contribuye con el propósito de encontrar una descripción del incumplimiento; su intervención se basa en relacionar el Art. 14 del reglamento con el Art. 7.1 LORPM, de la manera siguiente: "*El quebrantamiento de medidas no privativas de libertad, conforme al apartado cuarto del Art. 14 RLORPM se producirá por la falta de presentación a las entrevistas a las que el menor haya sido citado para elaborar el programa de ejecución* [1225]***y el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones que, según lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, conforman el contenido de cada medida.***"[1226]

El legislador considera que la relación entre el Art. 14 c) del reglamento y el Art. 7.1 LORPM puede colaborar a la hora de saber cuándo y cómo el menor incumple (y, en su caso, quebranta) la pena juvenil no privativa de libertad; la regulación establecida en dicho Art. 14 c) del reglamento induce a concluir que incumplir la pena juvenil no privativa de libertad es no cumplir con las obligaciones establecidas en el Art. 7.1 LORPM.

Por otro lado el legislador, a través del Código penal (Arts. 49.6ª c, 86.1.b i c, 86.2 y 106.4), sostiene que la gravedad del incumplimiento o la reiteración en el mismo es un criterio para decidir si ha habido incumplimiento o no.

La doctrina especializada en Derecho penal juvenil. ORNOSA FERNÁNDEZ[1227] sostiene que el contenido del incumplimiento se establece en el Art. 14 del reglamento. Otra aportación válida es la que proponen GONZÁLEZ / REDONDO a la hora de definir en qué consiste el incumplimiento, que puede dar lugar al quebrantamiento: "*En una medida no privativa de libertad, el quebrantamiento* ***es un determinado nivel de incumplimiento de las***

[1223] Programa elaborado por el profesional encargado de la ejecución, seguimiento y control de la pena juvenil, profesional responsable de la ejecución de la pena juvenil, en virtud del Art. 46.3 LORPM.

[1224] Sobre el programa o proyecto individualizado de ejecución, véase el Art. 46.1 LORPM, entre otros; el reglamento es la norma que más desarrolla el contenido de dicho programa, tal y como se especifica en el preámbulo de dicho reglamento. La mayoría de las penas juveniles no privativas de libertad se ejecutan a partir de un programa educativo; además -por ser penas juveniles de ejecución temporal- se requiere dicho programa para un correcto desarrollo, cumplimiento y ejecución de la pena juvenil (libertad vigilada, por ejemplo); en este sentido, se menciona en el reglamento, en su preámbulo; por ello, no tiene sentido establecer un programa educativo para la pena juvenil de amonestación, o para la pena juvenil de retirada del permiso de conducir, por ejemplo; en estas penas juveniles, la competencia corresponde al juez de menores o a la administración estatal de tráfico y que, además, son de ejecución inmediata.

[1225] Negrita es mía.

[1226] Véase FGE, Circular 1/2009, p. 11.

[1227] Véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2007, *op. cit*., p. 488; en la misma línea, véase MONTERO HERNANZ, *La justicia juvenil en España*…, *op. cit.,* p. 387. Sobre la definición del incumplimiento, en la CA de Catalunya, véase Departament de Justícia – Generalitat de Catalunya, "Causas de los incumplimientos y estrategias para fomentar la responsabilización de los menores y evitar el incumplimiento de las medidas judiciales.", 2009, pp. 4 - 5.

obligaciones que comporta aquella medida, definidas en la Ley[1228]*. En todo caso, es el juez de menores quien ha de valorar si el comportamiento del menor o joven es un quebrantamiento de la medida.*"[1229] FEIJÓO SÁNCHEZ[1230] nos ofrece otra descripción que se basa en infringir la pena juvenil de una manera reiterada. SERRANO TÁRRAGA[1231] sostiene que se han de incluir las circunstancias personales del menor a la hora de apreciar si se ha producido el incumplimiento que puede dar lugar al quebrantamiento. Otra definición procedente del GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL[1232] es la que, igual que las anteriores, señala que el incumplimiento (que es la base del quebrantamiento) es no seguir las condiciones, las obligaciones aparejadas a la pena juvenil no privativa de libertad establecidas en el Art. 7.1 LORPM.

Recogiendo los aspectos más esenciales de las definiciones anteriores, exponemos nuestra *propuesta* de definición: el incumplimiento de la pena juvenil no privativa de libertad consiste en infringir las obligaciones (en el caso de la libertad vigilada, reglas de conducta[1233] o pautas socioeducativas[1234]) aparejadas a la ejecución de dicha pena juvenil y previstas en el Art. 7.1 LORPM, de una manera reiterada.

2.1.1.1. El incumplimiento como "incidencia" en la fase de ejecución.

En este apartado -ampliatorio del anterior- exponemos el incumplimiento desde un contexto incidental. Para ello *el objetivo* a conseguir es describirlo como una incidencia durante la fase de ejecución de la pena juvenil no privativa de libertad.

El incumplimiento (Art. 50.2 LORPM) y la "evolución desfavorable" –que, también lo es- (Art. 51.1 LORPM) constituyen una situación procesal anómala durante su período de ejecución, y esa anomalía constituye una incidencia. La LORPM en su Art. 41.3 utiliza la expresión "incidente" para referirse a la situación anómala que implica el modificar la pena juvenil impuesta. El Art. 44.1 y su apartado 3 menciona también la expresión "incidencias", que pueden aparecer durante el transcurso de la ejecución. De la misma manera sucede en los Arts. 46 y 49.1 LORPM, la expresión "incidencias" vuelve a ser citada.

[1228] Negrita es mía.
[1229] Véase GÓNZÁLEZ / REDONDO, *Informe jurídico…, op. cit.*, p. 63.
[1230] Véase FEIJÓO SÁNCHEZ, "Artículo 50…", *op. cit.*, p. 473.
[1231] Véase SERRANO TÁRRAGA, "Medidas…", *op. cit.*, p. 351.
[1232] Véase GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Un proyecto alternativo…, op. cit.*, p. 62.
[1233] Sobre las reglas de conducta, véase el Art. 7.1.h) LORPM.
[1234] El incumplimiento de dichas pautas no constituiría quebrantamiento de la pena juvenil de libertad vigilada según ABEL SOUTO, "Las medidas…", *op. cit.*, apartado 8, párrafo 13º.

El reglamento. Las incidencias se regulan en el Art. 13, a través de los informes de seguimiento[1235] sobre el grado de cumplimiento de las penas juveniles y de las incidencias que se produzcan durante la ejecución de las mismas.

La doctrina[1236] considera una incidencia la situación anómala producida mediante el incumplimiento de las obligaciones derivadas de las penas juveniles en la ejecución.

La FGE en su Circular 1/2000[1237] sostiene que la evolución desfavorable o el incumplimiento que implique una sustitución de una pena juvenil por otra más gravosa, en virtud del Art. 51.1 LORPM, constituye un incidente durante el período de ejecución. En la Circular 1/2007[1238], mantiene la misma posición. En la Circular 1/2009[1239], considera de la misma manera que la modificación de la pena juvenil es un incidente. En la Memoria del 2010, considera una vez más, que el incumplimiento regulado en el Art. 50.2 LORPM constituye un "… *incidente de sustitución.*"[1240]

Poder judicial. El incumplimiento durante la fase de ejecución, constituye una "incidencia", tal y como se posicionó la APB, Sección 3ª[1241].

Enunciamos las *conclusiones* derivadas de todo lo dicho: el incumplimiento no es una infracción penal, a pesar de que dicho Art. 50.2 –también el Art. 51.1- LORPM establece respuestas jurídicas graves (el internamiento en centro semiabierto) con ocasión de dicha incidencia.

El incumplimiento previsto en el Art. 50.2 y en el Art. 51.1 LORPM constituye una incidencia en la ejecución de la pena juvenil no privativa de libertad. En este contexto incidental, consideramos exigible observar las mismas garantías procesales - constitucionales ex Art. 24.2, Art. 9.3 y Art. 25.1 CE que en un hecho delictivo, en caso de limitarse un derecho fundamental, la libertad por ejemplo, consecuencia de dicho incumplimiento.

1235 El juez y el fiscal de menores han de ser informados de las incidencias que surjan durante la ejecución de la pena juvenil, en virtud de los Arts. 13.1, 44.2, 49.1, 50.2 y 51.1 LORPM y el Art. 10.1.6ª b) y los Arts. 13 y 14 c del reglamento.

1236 Véase DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., "La ejecución de las medidas: comentario a los Arts. 43 a 53 (disposiciones generales y reglas para la ejecución de las medidas) de la Ley orgánica 5/2000, de responsabilidad penal del menor", en *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología.* Núm. 14, Ed. Eguzkilore, San Sebastián, 2000, pp. 47 – 86, p. 77. También, véase MONTERO HERNANZ, *La justicia juvenil en España*…, p. 351.

1237 Véase FGE, Circular 1/2000, apartado X.6.- Recurso de casación para la unificación de doctrina, último párrafo.

1238 Véase la mencionada Circular 1/2007, *sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006,* apartado "VII.3.2. Regresión al internamiento cerrado.", p. 79 y p. 81.

1239 Véase FGE, Circular 1/2009, p. 11, apartado 5.

1240 Véase FGE, Memoria 2010 (en la que se expone el trabajo realizado durante el año 2009), Apartado 6, Capítulo I, p. 969. Con más amplitud, véase el apartado 8.3. "Otros incidentes. Transformación de medidas de libertad vigilada en régimen semiabierto (Art. 50.2 LORPM)", p. 1005 y ss.

1241 Véase APB, Sección 3ª, Auto de fecha 14 de julio de 2008, fundamento jurídico único, (MP: Ilmo. Sr. D. Josep NIUBÓ i CLAVERIA).

2.1.1.2. Propuestas de mejora.

Después de haber puntualizado el significado del incumplimiento como una incidencia en la ejecución, pasamos a detallar algunas propuestas de mejora ante los problemas derivados de la ausencia de definición del supuesto de hecho, del elemento objetivo que se manifiesta a través del incumplimiento ex Art. 50.2 LORPM –y de la evolución desfavorable ex Art. 51.1 LORPM-.

Para dar respuesta a dichos problemas, este subepígrafe contiene *el objetivo* siguiente: hacer disminuir la inseguridad jurídica; y para ello, vamos a sugerir unos criterios generales[1242] que puedan ser utilizados por el personal técnico – educativo responsable de la ejecución y seguimiento del menor sometido a una pena juvenil no privativa de libertad; también por el juez y el fiscal de menores, a la hora de decidir si ha habido o no incumplimiento. Estas pautas o criterios generales son dos, básicamente:

a) La falta de colaboración.

b) La característica del incumplimiento (leve, grave o muy grave).

a) La falta de colaboración. En primer lugar y como criterio básico o general: el incumplimiento se ha de manifestar a través de una evidente falta de colaboración – responsabilización por parte del menor, que ha de indicar que desea sustraerse voluntaria y definitivamente al cumplimiento de las obligaciones aparejadas a la pena juvenil no privativa de libertad.

b) La característica del incumplimiento. En segundo lugar: la levedad o la gravedad de la conducta incumplidora; las características del incumplimiento, leve, grave o muy grave, es un ítem a tener en cuenta a la hora de decidir la sustitución de una pena juvenil no privativa de libertad, incumplida, por otra más gravosa, tal y como proponen las *Reglas europeas para delincuentes juveniles sujetos a sanciones o medidas - Recomendación Rec (2008) 11*, en su punto A.5, cuando dicho punto se refiere a la excepcionalidad de la sustitución de penas juveniles no privativas de libertad por internamientos: en función de las características del incumplimiento en cuanto a su magnitud, proponemos aplicar el Art. 50.2 (para los incumplimientos graves) o el Art. 51.1 LORPM (para los leves).

A continuación y en virtud de las características del incumplimiento, detallamos la propuesta de conductas incumplidoras a subsumir en el Art. 50.2 (más adelante, proponemos

[1242] Estos criterios generales pueden verse enriquecidos o ampliados a través de la lectura de las Reglas 46 a 48.5, Reglas contenidas en la *Recomendación CM/R (2008) 11 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las reglas europeas para infractores menores de edad sometidos a sanciones o medidas.*

las pautas para aplicar el Art. 51.1 LORPM) y como consecuencia, para activar el mecanismo sustitutivo previsto en dicho Art. 50.2.

Conductas que proponemos como subsumibles en el Art. 50.2 LORPM[1243]. La antes comentada falta de colaboración – responsabilización podrá considerarse incumplimiento siempre y cuando la conducta incumplidora sea grave o muy grave, y tal conducta lo será cuando el menor manifieste alguna de las actitudes personales siguientes:

1) Incumplimiento muy grave: tal y como ya se establece en el Art. 47.3 LORPM[1244]. Este supuesto de hecho se produce cuando el menor comete una nueva infracción penal durante el período de ejecución. Para verificar tal incumplimiento, deberían de converger los siguientes requisitos:

- la infracción penal cometida habría de ser verificada mediante sentencia firme[1245];
- la fecha de la comisión de dicha conducta infractora habrá de estar comprendida dentro del período de ejecución (a partir del día de la entrevista inicial con el personal técnico educativo responsable de la ejecución de la pena juvenil).

2) Incumplimiento grave de las obligaciones (y de las pautas socioeducativas o reglas de conducta, en caso de libertad vigilada[1246]) que constan en el Art. 7.1 LORPM[1247]. La conducta incumplidora sería grave cuando ha imposibilitado el cumplimiento de cualquiera de las obligaciones derivadas de la pena juvenil no privativa de libertad de una manera que sea inviable la reconducción o abordaje educativo de tal incumplimiento.

Para apreciar tal inviabilidad, ese incumplimiento ha de cometerse de una manera voluntaria, habitual, persistente y reiterada[1248] (sólo así podrá ser considerado grave y, por tanto, activar el mecanismo sustitutorio "a peor" del Art. 50.2 LORPM).

Incomparecencia a las entrevistas[1249]. Estaríamos ante un incumplimiento grave también, cuando el menor no se presente a las entrevistas de una manera voluntaria, habitual,

---

1243 Propuesta inspirada en las *Reglas europeas para delincuentes juveniles sujetos a sanciones o medidas - Recomendación Rec (2008) 11*, en su punto A.5, cuando se refiere a la excepcionalidad de la sustitución de penas juveniles no privativas de libertad por internamientos, que, dispone, como regla general, que la imposición y ejecución de penas juveniles "… *deberá estar (…) limitada por la gravedad de los delitos cometidos*."

1244 Tal y como se regula en el Art. 47.3 LORPM. Aparición de "nuevos hechos" (la infracción penal) es un requisito para que se pueda modificar a peor la pena juvenil, tal y como exige la doctrina constitucional establecida en la famosa STC 36/1991, FJ 8º, último párrafo.

1245 Tal y como señala ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2007, *op. cit.*, p. 480; tal y como así se exige en la jurisdicción de adultos, en este sentido, véase la STC, Pleno, 6.11.204, (MP: Excmo. Sr. D. Fernando VALDÉS DAL – RÉ).

1246 El incumplimiento de dichas pautas socioeducativas no constituiría quebrantamiento de la pena juvenil de libertad vigilada según ABEL SOUTO, "Las medidas…", *op. cit.*, apartado 8, párrafo 13º.

1247 Propuesta basada en el Art. 14 c) del reglamento que desarrolla la LORPM y, también, tal y como propone la FGE en su Circular 1/2009, apartado 5 "Constatación del quebrantamiento", p. 11.

1248 Respecto a la reiteración, en el marco del incumplimiento que puede dar lugar al quebrantamiento, véase GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Un proyecto alternativo…, op. cit.*, p. 62; también, véase el Art. 86.1.b) CP.

persistente o reiterada: no presentarse a la entrevista inicial –primera entrevista[1250]- o a las entrevistas de seguimiento.

Respecto a la voluntariedad, persistencia o reiteración, como criterio decisivo a la hora de apreciar el incumplimiento grave, el CP[1251], el CGPJ[1252], y, sobre todo, la FGE[1253] y las Audiencias Provinciales[1254] ofrecen una pauta orientativa –a nivel cuantitativo-, una guía respecto a cuántos incumplimientos leves podrían constituir un incumplimiento grave. A partir de dicha pauta, formulamos la recomendación de que dicha voluntariedad, persistencia, habitualidad o reiteración se valore o se decida a través de los siguientes criterios generales orientadores:

- a partir de tres conductas, que denoten que el menor desea sustraerse al incumplimiento de las obligaciones que conlleva una pena juvenil no privativa de libertad de una manera evidente, manifiesta o voluntaria;
- estas tres conductas se han de manifestar en un período temporal inferior al de 1/3 de la duración total de dicha pena juvenil; ejemplo: a un menor se le impone una pena juvenil (libertad vigilada) durante doce meses; si durante un período de 4 meses seguidos (que es 1/3 de 12 meses) da muestras de incumplimiento (a través de tres o más conductas incumplidoras) se podrá considerar que ha incumplido de una manera reiterada, persistente o habitual. En este caso, ya se podrá activar el mecanismo sustitutivo "a peor" previsto en el Art. 50.2 (después del proceso debido ex Art. 16 y ss LORPM).

1249 Esta propuesta está basada en el Art. 14 c) del reglamento que desarrolla la LORPM y, también, tal y como propone la FGE en su Circular 1/2009, apartado 5 "Constatación del quebrantamiento", p. 11.

1250 No obstante, los fiscales de menores están en contra, en principio, de apreciar como incumplida la pena juvenil si el menor no se presenta a la primera entrevista; en este marco, véase FGE, Jornadas de los Fiscales Delegados de Menores. Conclusiones. Madrid. 16 y 17 de octubre de 2013, p. 8.

1251 Sobre las conductas delictivas reiteradas, véanse los artículos siguientes del CP: 37.1, 49 c), 86.1.b), 106.4, 173.1, 570 ter 1.c) CP.

1252 Sobre la reiteración como criterio determinante a la hora de decidir sobre si el incumplimiento es delictivo o no, se posiciona el CGPJ, Informe. Magistrada Ponente: Excma. Sra. Dña. Margarita URÍA ETXEBARRÍA, Informe de fecha 26 de febrero de 2009, al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código penal, p. 44.

1253 En este contexto, véase FGE, Circular 2/2003, de 18 de diciembre, *sobre la aplicación práctica del nuevo delito consistente en la reiteración de cuatro faltas homogéneas*. Respecto a la voluntariedad, hemos de tener presente a la FGE, Circular 1/2009, p. 11 – 12, para solicitar la sustitución regulada en el mencionado Art. 50.2 LORPM. Consideramos necesario que se observe voluntariedad y continuidad o reiteración, pues se entiende que "*Las faltas de presentación justificadas y los incumplimientos aislados no pueden fundamentar la modificación*.", véase FGE, Circular 1/2009, p. 12.

1254 Sobre la voluntariedad y la reiteración, hemos de tener en cuenta, también, la jurisprudencia mayoritaria de las audiencias provinciales; véase, por todos, el Auto de la Audiencia Provincial de Huesca, Sala penal, Sección 1ª, 15.4.2002, (MP: Ilmo. Sr. D. José Tomás GARCIA CASTILLO), Auto citado por la FGE, en su Circular 1/2009, p. 12.

2.1.2. Definición de quebrantamiento (Art. 50.3 LORPM).

El Art. 468 CP[1255] -al que nos deriva el Art. 50.3 relación con el Art. 1.1 LORPM- no define el quebrantamiento, más en concreto, no especifica el supuesto de hecho, los caracteres objetivos del delito de quebrantamiento ex Art. 468.1 CP claramente o de una manera satisfactoria. Por ello, el *problema* a resolver se centra en que la legislación[1256] no define el concepto de quebrantamiento de condena[1257] ni, tampoco, cuál es el precepto penal infringido cuando el menor quebranta la pena juvenil no privativa de libertad. Desde esta perspectiva, hemos de compartir la afirmación de LANDROVE DÍAZ[1258] -también de la FGE[1259]- que afirma que estamos ante un problema de indefinición de la conducta típica.

Para dar respuesta al problema descrito, nos planteamos *el objetivo* siguiente: vamos a ir a las definiciones del delito de quebrantamiento procedentes de la doctrina penal, de los tribunales y de la FGE, para relacionarlas con el problema que nos ocupa (la ausencia de definición del quebrantamiento en la ley) y de esta manera, sugerir una solución.

La teoría del bien jurídico protegido junto con la de la imputación objetiva y subjetiva[1260] nos ayudará conseguir el objetivo mencionado.

Bien jurídico protegido[1261]. El tipo básico relativo al delito de quebrantamiento de condena, "… *medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia*.", está tipificado en el

---

1255 Véase sentencia de la AP de Las Palmas, 23.1.2012, FJ 3º, (MP: Ilma. Sra. Dña. Laura MIRAUT MARTÍN).

1256 El delito ahora comentado fue un injusto penal regulado en los Arts. 334, 335 y 336 del CP de 1973, Código y delito –que se aplicó en la jurisdicción de menores- vigente durante la época de la Ley anterior a la actual, esto es, durante la Ley Orgánica 4/1992, tal y como afirma CAVERO FORRADELLAS, G., "Valoració per part del fiscal dels programes d'intervenció educativa en l'àmbit judicial amb joves de 16 a 18 anys", un ejemplar dedicado a "La intervenció educativa en l'àmbit judicial de 16 a 18 anys*"*, Ed. CGPJ y Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Departament de Justícia – Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1994, pp. 83 – 107, p. 97.

1257 Acerca del quebrantamiento de condena en la jurisdicción de adultos, véase ROVIRA TORRES, *op. cit.*, también, CORCOY BIDASOLO, M., "El quebrantamiento de condena: Una propuesta legislativa, la frustración de la pena", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 45, Fasc. /Mes 1, 1992, pp. 113-164; también, CARDENAL MONTRAVETA, S., "Política criminal y regulación legal del quebrantamiento de condena", en *Política criminal y reforma penal*, obra coordinada por Víctor Gómez Martín; Santiago Mir Puig (dir.), Mirentxu Corcoy Bidasolo (dir.), Ed. Edisofer, Madrid, 2007, pp. 547-589.
Sobre el delito de quebrantamiento de condena durante la vigencia del CP de 1973, véase GONZÁLEZ GUITIÁN, L., "Dos problemas del artículo 334 del Código penal: (en torno al delito de quebrantamiento de condena)", en *Estudios penales y criminológicos*, Ed. Universidad de Santiago de Compostela. Nº 2, 1977 – 1978, pp. 275 – 298.

1258 Véase LANDROVE DÍAZ, *Derecho penal…, op. cit.*, p. 346.

1259 Véase FGE, Circular 1/2000, apartado XI.7.- Quebrantamiento de la medida, párrafo 6º.

1260 "Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto" (título del capítulo utilizado por el autor), véase MIR PUIG, *El Derecho penal…, op. cit.*, p. 181 y ss y p. 194 y ss.

1261 Sobre la "*Función del Derecho penal. Protección de los bienes jurídicos fundamentales. Prevención de los injustos. Tutela de los derechos fundamentales*.", (título del epígrafe utilizado por el autor), véase DE LA CUESTA / BLANCO, *op. cit.*, p. 48 y ss.

Título XX del CP, dedicado a las infracciones penales contra la Administración de Justicia[1262], en el Art. 468 CP[1263]. En coherencia con la ubicación del delito en el citado Título XX, los tribunales[1264] y la doctrina penal[1265] consideran que el bien jurídico protegido a través de esta disposición legal es "… *el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, concretado en la última fase del ejercicio de la función jurisdiccional, cual es el efectivo cumplimiento de las decisiones judiciales.*"[1266] En el mismo sentido y según la jurisprudencia, "… *la eficacia de los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales en orden a la a la ejecución y cumplimiento de determinadas penas o medidas.*"[1267], y, también, "… *el principio de autoridad el que se ofende con el delito de quebrantamiento.*"[1268] En otras palabras y desde el ámbito de la jurisdicción de menores, MOLINA / CARRETERO añaden que, "… *el fundamento de la medida impuesta por el delito de quebrantamiento de condena es el interés del Estado en la efectividad de las resoluciones penales.*"[1269]

Según CORCOY BIDASOLO, y desde la óptica de la función preventiva de la pena[1270], hemos de decir que el bien jurídico que se protege a través de la norma penal establecida en el Art. 468 CP es "… *la efectividad de la finalidad preventiva de la pena.*"[1271], o en otras palabras, "… *la eficacia preventivo – general de la amenaza penal.*"[1272]

A continuación y para una mejor comprensión de la definición del delito de quebrantamiento, describimos la delimitación del tipo penal a través del elemento objetivo y del subjetivo, en función de criterios generales de imputación objetiva[1273] y subjetiva[1274].

1262 Así sucede desde el CP de 1870, tal y como señala CORCOY BIDASOLO, "El quebrantamiento…", *op. cit.*, p. 113.

1263 Sobre el bien jurídico protegido por la norma penal establecida en el Art. 468 CP, véase CORCOY BIDASOLO, "El quebrantamiento…", *op. cit.*, p. 124 y ss. y p. 132 y ss. En este marco, véase, también, CARDENAL MONTRAVETA, "Política criminal…", *op. cit.*, p. 547 y ss.

1264 Véase la Sentencia de la AP de Santa Cruz de Tenerife, S. 2ª, 28.3.2008, FJ 1º, (MP: Ilmo. Sr. D. Joaquín Luís ASTOR LANDETE).

1265 En este marco, véase CORCOY BIDASOLO, "El quebrantamiento…", *op. cit.*, p. 114 y 115.

1266 Véase ROVIRA TORRES, *op. cit.*, p. 7.

1267 Véase STS, S. 2ª, 24.2.2005, FJ 11º, (MP: Excmo. Sr. D. Miguel COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA).

1268 Véase la STS, S. 2ª, 19.1.2007, FJ 2º, (MP: Excmo. Sr. D. José Ramón SORIANO SORIANO).

1269 Este es el fundamento de la consecuencia jurídica regulada en el Art. 468 CP, según MOLINA BLÁZQUEZ, C., / CARRETERO GONZALEZ, C., "Análisis de las medidas y su ejecución", en *Cuestiones relevantes en la aplicación de la Ley orgánica 5/2000, de responsabilidad penal del menor*. Sara Díez Riaza (coordinadora). Ed. Universidad Pontificia de Comillas. Madrid, 2004, pp. 105 – 129, p. 126.

1270 Acerca de la función preventiva de la pena, véase CARDENAL MONTRAVETA, "Función de la pena…", *op. cit.*, p. 4 y ss.

1271 Véase CORCOY BIDASOLO, "El quebrantamiento…", *op. cit.*, p. 122.

1272 Véase CORCOY BIDASOLO, "El quebrantamiento…", *op. cit.*, p. 124.

1273 Sobre la imputación objetiva, véase MIR PUIG, S., "Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal", en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Nº 5, 2003.

1274 En relación con el quebrantamiento de condena y su "*Delimitación de los tipos de acuerdo con los criterios generales de imputación objetiva. El tipo subjetivo.*", (título de epígrafe utilizado por la autora), véase CORCOY BIDASOLO, "El quebrantamiento…", *op. cit.*, p. 155 y ss.

El elemento objetivo, que consiste en la acción real o evidente de quebrantar la resolución judicial (auto o sentencia)[1275], en el contexto del proceso y de la ejecución penal[1276]; en este marco, hemos de añadir que el delito de quebrantamiento está configurado como delito de resultado, según la doctrina[1277] y el TS[1278] y, por tanto, *"… si se inicia la ejecución del hecho delictivo y la consumación no se produce, caben formas imperfectas de ejecución, tentativa acabada o inacabada según los conceptos del CP 95."*[1279]

El elemento subjetivo ha de deducirse después de estudiar la intención, la voluntad, el ánimo de hacer inviable la resolución judicial; estamos ante un hecho criminal que descarta la imprudencia; por tanto, es de carácter doloso[1280].

El elemento normativo deriva de la exigencia de que la resolución judicial ha de haber sido impuesta por un tribunal competente y que además, tenga el carácter de ejecutiva, en el sentido de que ha de haberse iniciado la ejecución de dicha resolución judicial para concluir que se ha producido el quebrantamiento de condena[1281].

Continuamos profundizando en el concepto del quebrantamiento. Avanzamos una definición de mínimos o general: en el ámbito penal de menores, el delito de quebrantamiento exige en primer lugar, el elemento objetivo, la delimitación de los caracteres objetivos del delito, que son el incumplimiento de los deberes y obligaciones de la pena juvenil; y en segundo lugar, se exige el elemento subjetivo: estamos ante un delito doloso, y desde esta perspectiva, ha de apreciarse voluntariedad o intención permanente de sustraerse al cumplimiento de la pena juvenil por parte del menor sometido a la misma.

Otras definiciones que complementan la anterior, las enunciamos a continuación.

CGPJ. Acerca de la reiteración como criterio determinante a la hora de decidir sobre

---

1275 Se descarta, por tanto, la detención, tanto si es policial como, también, judicial; en este marco, véase FGE, Consulta Nº 3/1998, de 3 de abril. No obstante, la detención judicial, si tiene la finalidad de ordenar el inicio de la ejecución o cumplimiento de una condena, si es susceptible de ser ubicada en el delito de quebrantamiento, en caso de que se quebrante, en este sentido, véase la Sentencia de la AP de Cádiz, S. 8ª, 15.5.2001, FJ 1º, (MP: Ilmo. Sr. D. Ignacio RODRÍGUEZ BERMÚDEZ DE CASTRO).

1276 Se descarta el quebrantamiento de condenas o resoluciones judiciales del orden social, civil, contencioso – administrativo, incluso los pronunciamientos del orden civil que se contienen en las resoluciones judiciales del orden penal; en este marco, véase ROVIRA TORRES, *op. cit*., p. 7.

1277 En este contexto, véase CORCOY BIDASOLO, "El quebrantamiento…", *op. cit*., p. 133 y 161.

1278 En este marco, véase la STS, S. 2ª, 22.4.1999, FJ 3º B, (MP: Excmo. Sr. D. Joaquín DELGADO GARCÍA).

1279 En este sentido, véase la STS, S. 2ª, 22.4.1999, FJ 3º B, (MP: Excmo. Sr. D. Joaquín DELGADO GARCIA).

1280 En este marco, véase la STS, S. 2ª, 21.6.2013, FJ 4º, (MP: Excmo. Sr. D. Julián Artemio SANCHEZ MELGAR); también, la sentencia de la AP de Valladolid, S. 2ª, 22.4.2000, FJ 1º, (MP: Ilmo. Sr. D. Feliciano TREBOLLE FERNÁNDEZ); sentencia de la AP de Navarra, S. 2ª, 29.6.2010, FJ 1º, (MP: Ilmo. Sr. D. Ricardo J. GONZÁLEZ GONZÁLEZ). Igualmente, véase CORCOY BIDASOLO, "El quebrantamiento…", *op. cit*., p. 158.

1281 En este marco, véase la Sentencia de la AP de Sevilla, S. 7ª, 14.1.2000, FJ 1º, (MP: Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel GÓMEZ PÉREZ); también, la sentencia de la AP de Barcelona, Sección 20ª, 11.2.2014, (MP: Ilma. Sra. Dña. Maria de la Concepción SOTORRA CAMPODARVE).

si el incumplimiento presenta o no los caracteres objetivos del delito de quebrantamiento, se posiciona el órgano de gobierno de los jueces[1282].

Tribunales. Según la AP de Zaragoza, para que pueda existir quebrantamiento, "*Es preciso una voluntad o actitud contraria y permanente a la ejecución. No bastarán incumplimientos aislados, parciales, ni con mera renuencia, falta de esfuerzo y dedicación a las actividades. En esencia, se producirá cuando el comportamiento del menor imposibilite los fines u objetivos propuestos en la medida.*"[1283]

Doctrina. El GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL[1284] señala que el incumplimiento implicaría el infringir las obligaciones o condiciones establecidas en la LORPM, en su Art. 7.1, de una manera reiterada; esta reiteración sería la base para interpretar que se ha incurrido en delito de quebrantamiento.

2.1.2.1. En la legislación penal común.

En este subepígrafe pasamos a buscar alguna definición del incumplimiento, que puede dar lugar al delito de quebrantamiento, en el Código penal, en las leyes penales especiales y en la Ley orgánica general penitenciaria, en calidad de Derecho supletorio[1285], para su posible aplicación en la jurisdicción de menores.

Pero antes cabe recordar que el recurso al Derecho supletorio se determina y se admite en la jurisdicción de menores –siempre y cuando no perjudique al menor- en el Art. 1.1 y 1.2, en la Disposición final primera[1286] LORPM, en la Circular de la FGE 1/2000[1287], en

---

1282 Véase CGPJ, Informe. Magistrada Ponente: Excma. Sra. Dña. Margarita URÍA ETXEBARRÍA, Informe de fecha 26 de febrero de 2009, al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código penal, p. 44.

1283 Véase Auto de la AP de Zaragoza, S. 1ª, 30.3.2005, FJ 2º, (MP: Ilmo. Sr. D. Antonio Eloy LÓPEZ MILLÁN).

1284 Véase GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Un proyecto alternativo…, op. cit.*, p. 62.

1285 La LOPJ (junto con la LECRIM) conforma el Derecho supletorio también, en la jurisdicción de menores, tal y como el TC afirma en su ATC, pleno, 22.6.2005, FJ 7º, párrafo 3º; no obstante, la búsqueda de definiciones en la Ley de enjuiciamiento criminal y en Ley Orgánica del poder judicial no la realizamos, ya que, en estas dos leyes, no está prevista ninguna regulación acerca del incumplimiento de pena o medida de seguridad, por este motivo, sólo mencionamos estas dos leyes aquí, en calidad de Derecho supletorio al cual se puede recurrir en caso preciso, pero, no para hallar la definición del incumplimiento.

1286 Según la mencionada DF primera LORPM, el Derecho supletorio lo conforma el CP, las leyes penales especiales y la LECRIM; véase, también, la aplicación supletoria establecida en el Art. 1.2 LORPM, respecto a los derechos establecidos en la normativa nacional e internacional; no obstante, cabe añadir el Código civil y la Ley de enjuiciamiento civil como leyes aplicables igualmente en la jurisdicción de menores, leyes que, aunque no participen de la condición de Derecho supletorio, son vigentes y aplicables en la jurisdicción de menores, a efectos de la responsabilidad civil, en virtud del Art. 61.1 LORPM.

1287 Circular de la FGE 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*; véase, en concreto, en el apartado V.3., párrafo 6º de dicha Circular 1/2000, se afirma que: "*A falta de definición expresa en la Ley, habrá que acudir como Derecho supletorio al CP.*"

la Consulta 3/2004, de 26 de noviembre, de la FGE, *sobre la posibilidad de adoptar la medida cautelar de alejamiento en el proceso de menores*, y en la doctrina constitucional[1288].

A pesar de que es admitido el Derecho supletorio en menores, hemos de realizar algunas puntualizaciones:

a) respecto al Código penal: en general y por criterios educativos, el CP no es adecuado para aplicarlo en la jurisdicción de menores como Derecho supletorio[1289]; por este motivo, ponemos en cuestión la eficacia de una remisión directa de las conductas infractoras de los menores al Código penal: la tipificación idéntica del comportamiento de menores por una parte, y de adultos por otra, mediante el catálogo único de normativización típica del CP, plantea problemas, porque las normas del CP no disponen de la suficiente capacidad normativa y educativa para contener todas las visiones y comportamientos de los menores[1290];

b) respecto a la normativa penitenciaria: en principio, no es aplicable en la jurisdicción de menores como Derecho supletorio; no obstante, la LORPM hace referencia a la legislación penitenciaria en tres ocasiones en los Arts. 14, 44 y 54.1[1291]. En todo caso, la legislación penitenciaria sí puede formar parte del Derecho supletorio, siempre y cuando no perjudique al menor tal y como añaden RODRÍGUEZ LÓPEZ[1292] y la FGE[1293].

Pasamos a comentar las posibilidades de hallar una definición del quebrantamiento en la legislación penal de adultos.

Código penal. Cabe decir que hay cierta incertidumbre sobre el significado del quebrantamiento[1294]. Además, no se determina en qué consiste la conducta de incumplir y, en su caso, quebrantar la pena contenida en los tipos penales (excepto el Art. 49 CP, que sí define el incumplimiento, tal y como tratamos más adelante); en otras palabras, no se define el elemento típico objetivo del delito de la conducta infractora, del delito de quebrantamiento. A modo de ejemplo, citamos algunas de las disposiciones legales del CP que mencionan la expresión "quebrantamiento", como el Art. 468 CP, pero –y aquí radica el problema- sin

---

1288 El TC se ha referido a favor de la utilización del Derecho supletorio, en la jurisdicción de menores, para colmar las lagunas, a través del ATC, Pleno, 22.6.2005, FJ 7º, párrafo 3º.

1289 En este contexto, véase ALBRECHT, *El Derecho…, op. cit.*, p. 120.

1290 Véase FGE, Circular 1/2009, p. 17; igualmente, véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, S. 4ª, 23.4.2002, FJ 5º, (MP: Ilmo. Sr. D. Alejandro Mª BENITO LÓPEZ).

1291 Sobre los artículos de la LORPM que hacen una remisión a la legislación penitenciaria, véase el comentario que realiza VARGAS CABRERA, B., "Ejecución de las medidas. Disposiciones generales (Arts. 43 a 45)", en *Ley de la responsabilidad penal de los menores*, C. Conde – Pumpido Ferreiro (Director). Ed. Trivium, Madrid, 2001, pp. 405 – 421, p. 407.

1292 A favor de la consideración de la legislación penitenciaria, en todo aquello que beneficie al menor, como Derecho supletorio, y bajo la figura de la analogía *in bonam partem*, aplicable en la jurisdicción de menores, véase RODRÍGUEZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 256.

1293 En este contexto, véase FGE, Circular 1/2000, apartado XI.9.- Ejecución de las medidas privativas de libertad.

1294 En este marco, véase CARDENAL MONTRAVETA, "Política criminal…", *op. cit.*, p. 547.

definir el incumplimiento previo (los caracteres objetivos): el Art. 106.4 CP regula las consecuencias del incumplimiento de una o varias de las obligaciones derivadas de la medida de seguridad de libertad vigilada: "… *el Juez deducirá, además, testimonio por un presunto delito del artículo 468 de este Código.*"; el Art. 173.2.2° CP regula el delito de violencia habitual quebrantando la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima; el Art. 37.3 CP regula el incumplimiento de la pena de localización permanente; el Art. 226 y ss CP, el incumplimiento de los deberes familiares; el Art. 225 bis.2.2º CP, el incumplimiento del "… *deber establecido por resolución judicial o administrativa.*", acerca del delito de sustracción de menores.

En resumen, el Código penal no define el concepto del quebrantamiento de la pena o de la medida de seguridad, en general; menos todavía, de la pena juvenil, en el Art. 468 CP.

Leyes penales especiales[1295]. No hemos hallado ninguna definición acerca del incumplimiento –con resultado de quebrantamiento- de obligaciones o deberes derivados de la imposición de una pena en dichas leyes penales especiales que pueda ser de utilidad en la jurisdicción de menores.

Ley orgánica general penitenciaria. Hemos estudiado la legislación penitenciaria como posible fuente legal donde encontrar una definición del incumplimiento que puede dar lugar al delito de quebrantamiento[1296]; pero cabe afirmar que no hemos hallado ninguna referencia ni definición acerca del incumplimiento, con resultado de quebrantamiento de condena, que pueda ser aplicable en menores o, en todo caso, en el contexto de las penas no privativas de libertad, que son el objeto de estudio de esta tesis.

En base a lo dicho, *concluimos* lo siguiente: ante la ausencia de descripción de la conducta o caracteres objetivos del delito para poder subsumir la conducta incumplidora en el Art. 50.2 y en el Art. 50.3 LORPM, se puede recurrir al Derecho supletorio, en virtud de la DF 1ª LORPM, pero por la vía de la supletoriedad, no siempre se pueden superar los problemas de legalidad penal o de seguridad jurídica en la LORPM. En este contexto, afirmamos que la aplicación supletoria de la legislación penal común (en concreto, del Art. 468 y ss del Código penal) es difícil (aunque, no imposible, con la intervención de la jurisprudencia y de los métodos de interpretación de la norma penal), ya que el Código penal no define en qué consiste el incumplimiento, que puede dar lugar al quebrantamiento, de la pena juvenil no privativa de libertad.

[1295] Sobre las leyes penales especiales a tener presente en la justicia de menores, véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores...,* 2001, *op. cit.*, p. 145.
[1296] En este marco, véase CARDENAL MONTRAVETA, "Política criminal…", *op. cit.*, p. 577.

En la LORPM, no se regula correctamente el incumplimiento, con posible resultado de quebrantamiento, de la pena juvenil no privativa de libertad desde el ámbito garantizador del principio de legalidad y del de seguridad jurídica; por ello, observamos importantes dificultades para subsumir el incumplimiento, que da lugar al tipo penal del quebrantamiento, tanto en el Art. 50.2 como también en el Art. 51.1 LORPM y del mismo modo, en el Art. 468.1 CP, con una mínima certeza.

2.1.2.1.1. En el Art. 49 CP.

Existe un caso concreto en el CP en el que sí se especifica en qué consiste la conducta de incumplimiento que podrá dar lugar al delito de quebrantamiento ex Art. 468.1 CP: el Art. 49.6ª CP[1297], que regula la pena de Trabajos en beneficio de la comunidad[1298].

Ciertamente, el Art. 49.6ª CP ofrece una serie de criterios que clarifican cuándo y cómo la pena se ha incumplido; estos criterios pueden ser utilizados como punto de referencia (sobre todo cuando el menor incumple la pena juvenil de Prestaciones en beneficio de la comunidad, regulada en el Art. 7.1.k LORPM), ante la ausencia de definición del incumplimiento que puede dar lugar al delito de quebrantamiento en la LORPM. No obstante, el citado Art. 49.6ª CP adolece de algunos problemas que hemos de tener presente a la hora de utilizar esta disposición legal en la jurisdicción de menores, para no repetirlos.

Primer problema: en la letra "d" del Art. 49.6ª CP, estamos ante la posible vulneración del principio de legalidad[1299], que se halla en la indeterminación que contiene dicho apartado "d"; éste se establece que podría considerarse que el penado no cumple con las obligaciones inherentes a dicha pena de TBC "***Por cualquier otra razón***[1300]*, su conducta fuere tal*

1297 Art. 49.6ª CP que está desarrollado por el Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, *por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de la penas privativas de libertad y sustitución de penas.*

1298 Sobre la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, véase BRANDARIZ GARCÍA, J. A., *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal.* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2002; GÓMEZ ARROYO, J. L., "Apuntes sobre la pena de trabajos en beneficio de la comunidad", en *Noticias Jurídicas,* mayo, 2003, pp. 4 – 14; y, principalmente, BLAY GIL, E., *La pena de trabajo en beneficio de la comunidad* (tesis doctoral). Universitat Autònoma de Barcelona. Bellaterra - Barcelona. 2006.

1299 En este contexto, se posicionó el CGPJ; véase el Informe del CGPJ. Magistrado ponente: Excmo. Sr. D. Adolfo PREGO DE OLIVER Y TOLIVAR. Informe de fecha de 26 de marzo de 2003, *sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código penal.* 2003, p. 19. En cambio, la FGE sostiene que el apartado "d" del Art. 49.6 CP no presenta incompatibilidad con la legalidad penal; en este sentido, véase FGE, Circular 2/2004, *sobre aplicación de la reforma del código penal operada por ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (primera parte)*, apartado V. 6 Quebrantamiento de los trabajos en beneficio de la comunidad. No obstante, el Consejo Fiscal objeta una serie de problemas de legalidad penal y de seguridad jurídica a la regulación actual del Art. 49.6ª CP, en Informe del Consejo Fiscal, de fecha 4 de febrero de 2009, *sobre el anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal,* Apartado 8º, pp. 38 y 39.

1300 Negrita es mía.

que el responsable del trabajo se negase a seguir manteniéndolo en el centro." Sostenemos que tal expresión ("*Por cualquier otra razón*") implica una vulneración de la garantía penal y de la criminal, exigencia de *lex stricta*, por la ausencia de claridad, precisión y determinación.

Segundo problema: el Art. 49.6ª CP no concreta la manera a través de la cual el juez de vigilancia penitenciaria decide cuándo y cómo se ha producido el incumplimiento y, en su caso, el quebrantamiento, ya que deja elegir al mencionado juez entre las siguientes tres opciones: - "*acordar su ejecución en el mismo centro*", - "*enviar al penado para que finalice la ejecución en otro centro*", - "*o entender que el penado ha incumplido la pena. En caso de incumplimiento, se deducirá testimonio para proceder de conformidad con el artículo 468.*"

Por tanto y *en conclusión*, se permite al juez la elección entre que todo continúe igual, más o menos, y que el penado sea acusado como autor del delito de quebrantamiento de condena, en virtud del Art. 468 CP[1301]. La posibilidad de elección de estas tres opciones implica un elevado nivel de discrecionalidad judicial y, como consecuencia, de riesgo de arbitrariedad judicial.

2.1.2.2. Propuestas de mejora.

Proponemos lo siguiente, en relación con las dificultades de definición del concepto de quebrantamiento, tanto en la legislación penal de menores como también en la legislación común: el quebrantamiento de la ejecución de la pena juvenil no privativa de libertad es una conducta delictiva y, en su caso punible, si se constata el elemento objetivo (si se verifican los caracteres objetivos del delito de quebrantamiento –estos caracteres son los que rodean al incumplimiento de las obligaciones, en virtud del Art. 50.2 en relación con el Art. 7.1 LORPM) y el elemento subjetivo: el dolo, a través de una actitud o pretensión de sustraerse al cumplimiento de la pena juvenil de una manera permanente, con voluntariedad y reiteración (para valorar la citada voluntariedad y reiteración, nos remitimos al anterior subepígrafe 2.1.1.2., donde hemos concretado su contenido).

[1301] Véase el Informe del Consejo Fiscal *sobre el anteproyecto de Ley orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal*, de fecha 4 de febrero de 2009, p. 39.

2.1.3. Definición de "evolución desfavorable" (Art. 51.1 y 2 LORPM).

Este artículo no define –y aquí radica el problema- qué conductas, supuestos de hecho o caracteres objetivos de la conducta negativa son subsumibles en dicho precepto legal. Por ello, planteamos algunas definiciones a continuación.

La expresión "*evolución desfavorable*" no consta en la redacción del Art. 51.1 LORPM; sí consta la expresión "… *evolucione desfavorablemente*." en el Art. 51.2 LORPM, por este motivo consideramos que la expresión "*evolución desfavorable*" es utilizable en todos los apartados del Art. 51 LORPM.

Esta expresión –"*evolución desfavorable*"- la utilizamos en esta tesis como sinónimo de incumplimiento subsumible en dicho artículo 51.1 LORPM, porque, una evolución desfavorable o negativa implica incumplimiento, desde un punto de vista lógico o educativo[1302], en el sentido siguiente: infringir las obligaciones propias de la pena juvenil no privativa de libertad no puede interpretarse sino como evolución desfavorable; a la inversa, es difícil imaginar supuestos de evolución desfavorable que no supongan incumplimiento genérico de las obligaciones incluidas en dicha pena juvenil.

Desde esta perspectiva, hemos de tener en cuenta la práctica judicial habitual a través del Juzgado de Menores Nº 1 de Barcelona[1303]; en este Juzgado, se resolvió sustituir la pena juvenil no privativa de libertad (libertad vigilada) por la pena juvenil de internamiento en régimen semiabierto; el menor condenado a dicha libertad vigilada la incumplió y se le sustituyó por la privativa de libertad, en virtud del Art. 51.1 LORPM. En la práctica habitual de los juzgados de menores –por lo menos los juzgados de Barcelona[1304]-, los fiscales y jueces de menores subsumen la conducta incumplidora en el Art. 50.2 LORPM, pero también –y sobre todo cuando el incumplimiento es leve- en el Art. 51.1 LORPM (para evitar una incriminación doble o excesiva, en virtud del Art. 50.2 y del Art. 50.3 LORPM).

1302 En relación con la definición del concepto "evolución desfavorable", compartimos el posicionamiento de MONTERO HERNANZ, T., "El principio de intervención mínima en la legislación reguladora de la responsabilidad penal de los menores", en *La Ley*. Nº 7473, 22 de septiembre. Madrid. 2010, p. 13, donde dicho autor utiliza un concepto parecido al ahora analizado, la "evolución negativa".

1303 Véase el Auto del Juzgado de Menores Nº 1 de Barcelona, 13.3.2008, Magistrada: Ilma. Sra. Dña. María Sagrario GUITART PEÑAFIEL. De la misma magistrada y del mismo Juzgado de Menores, hemos de destacar el Auto de fecha 26.6.2013, ejecutoria Nº 130/2012.

1304 Esta vía legal – procesal (el aplicar, prioritariamente, el Art. 51.1 LORPM –y aplicar el Art. 50.2 LORPM como último recurso: cuando el incumplimiento es muy grave o cuando el menor comete un hecho delictivo-) es práctica habitual en, por lo menos, los seis juzgados de menores de Barcelona, tal y como en este sentido este doctorando fue informado, en el contexto de varias entrevistas mantenidas a lo largo de diferentes etapas de la redacción de esta tesis, con varios jueces y fiscales de menores y secretarios judiciales de los mencionados juzgados de menores.

En este último caso (cuando el incumplimiento es leve y, por tanto, se instruye a través del procedimiento establecido en el Art. 51.1 LORPM), el ministerio fiscal no acusa al menor de ningún delito de quebrantamiento, en virtud del Art. 50.3 LORPM. No se abre nuevo expediente ni se instruye nuevo procedimiento al menor que ha incumplido las obligaciones de la pena juvenil no privativa de libertad, tan sólo se le sustituye tal pena juvenil –que ha incumplido- por otra privativa de libertad, en virtud del proceso establecido en el citado Art. 51.1 LORPM.

Hemos afirmado antes que es práctica habitual en los juzgados de menores de Barcelona, pero, la transformación de la pena juvenil no privativa de libertad en otra privativa de libertad, en virtud del Art. 51.1 LORPM (y no en virtud del Art. 50.2 LORPM) también se supone que se realiza en los demás juzgados de menores de España, como práctica habitual, si se observan las estadísticas de la FGE[1305], en las que se puede observar cuantitativamente y en números absolutos las transformaciones de la pena juvenil no privativa de libertad en virtud del Art. 50.2 y en virtud del Art. 51.1 LORPM: el número de tales transformaciones en virtud del Art. 51.1 LORPM es muy superior al de tal pena juvenil en virtud del Art. 50.2 LORPM.

De lo anterior se deduce que, el Art. 51.1 LORPM es aplicable igualmente, a los supuestos de incumplimiento que se subsumen en el Art. 50.2 LORPM. Esto es debido a que no está clara la distinción entre una y otra disposición legal a la hora de subsumir la conducta negativa, desfavorable o incumplimiento de la pena juvenil no privativa de libertad; por este motivo hemos optado por considerar que el Art. 51.1 LORPM (que aquí interpretamos bajo el nombre de "evolución desfavorable") es equiparable al Art. 50.2 LORPM en lo que respecta al incumplimiento de la pena juvenil no privativa de libertad y, desde esta perspectiva, el concepto de "incumplimiento" lo consideramos sinónimo al de "evolución desfavorable".

No obstante la equiparación mencionada entre el Art. 50.2 y el Art. 51.1 LORPM, proponemos algunos criterios más adelante para subsumir determinadas conductas –graves o muy graves- en el Art. 50.2 LORPM y otras –menos graves o leves- en el Art. 51.1 LORPM –tal y como es práctica habitual en los juzgados de menores de Barcelona- para una aplicación del articulado relativo al incumplimiento más eficaz, para que no induzca a confusión, que puede producir inseguridad jurídica y, como consecuencia, arbitrariedad judicial.

[1305] Se puede observar en las mencionadas estadísticas de la FGE, en la página web de la FGE; para verificar la aplicación del Art. 51.1 y del Art. 50.2 LORPM, véase, por este orden, a) la página web de la FGE, b) "Últimas memorias", c) el año que se desee consultar, d) el apartado "*Presentación estadística por Comunidades Autónomas*", e) el cuadro donde se registran las MEDIDAS, f) dentro de este cuadro, véase el registro o subapartado "Transformación de las medidas", g) y en este subapartado, véase "Por quebrantamiento (Art. 50.2)", h) véase, también, "Reducciones y sustituciones (arts. 13 y 51)".

2.1.3.1. Propuestas de mejora.

Para dar respuesta al problema derivado de la ausencia de definición del supuesto del hecho subsumible en el Art. 51.1 LORPM, proponemos unos criterios generales, que pueden orientar a la hora de decidir si el menor ha incumplido o no la pena juvenil no privativa de libertad y, en caso afirmativo, tramitar dicho incumplimiento a través del procedimiento seguido en el citado Art. 51.1.

El primer criterio: la falta de colaboración –leve- del menor en la ejecución de la pena juvenil no privativa de libertad citada; con la expresión "leve", nos referimos al supuesto en el que la negativa a cumplir con las obligaciones establecidas en la sentencia o en el programa educativo sea reconducible hacia el cumplimiento normal.

El segundo criterio: y será reconducible la negativa mencionada si se observa ausencia de habitualidad, de persistencia y de reiteración (concepto de reiteración ya definido anteriormente, en el subepígrafe 2.1.1.2), en la actitud incumplidora respecto a las obligaciones aparejadas a la pena juvenil no privativa de libertad.

2.2. Definición del requisito "Excepcionalmente" (Art. 50.2 LORPM).

La "*excepcionalidad*" que se establece en el Art. 50.2 LORPM podría hacer decantar al juez de menores en la dirección de la aplicación del Art. 50.2 y, a la vez, de la inaplicación del Art. 51.1 LORPM; pero la expresión "*Excepcionalmente*"[1306] concede una discrecionalidad total al juez para aplicar el Art. 50.2 o el Art. 51.1 LORPM.

Desde esa perspectiva, *el problema* a resolver aparece a partir del momento en que dicho Art. 50.2 utiliza la palabra "*Excepcionalmente*", que es un concepto jurídico indeterminado. Como consecuencia, dicha expresión comporta dificultades a la hora de aplicar el Art. 50.2 de una manera excepcional[1307], tal y como afirmó la Audiencia Provincial de Las Palmas: "*Pues bien, en el caso de autos la Juez de menores no razona cuales han sido los motivos excepcionales que le llevaron a imponer una medida privativa de libertad, cuando la impuesta en la Sentencia no lo era.*"[1308]

1306 Sobre la expresión "*excepcionalmente*" o "*excepcionalidad*" en la jurisdicción de menores, los problemas que suscita y algunas posibles soluciones que propone la doctrina especializada en Derecho de menores, véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal juvenil*…, 2007, *op. cit.*, p. 489; VARGAS CABRERA, "Reglas para la ejecución…", *op. cit.*, p. 448, párrafo 2º.

1307 En este marco, véase GARCÍA LÓPEZ, *op. cit.*, p. 5245.

1308 Véase Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas, S. 1ª, 13.05.2005, FJ 3º, (MP: Ilmo. Sr. D. José Antonio MARTÍN Y MARTÍN).

Para dar respuesta a dicho problema, nos planteamos el *objetivo* siguiente: definir el contenido de la expresión "*excepcionalmente*" a partir de la FGE y también, en función del criterio de la proporcionalidad, tal y como argumentamos en el subepígrafe siguiente.

2.2.1. Propuestas de mejora.

Fiscalía General del Estado. La decisión judicial discrecional excesiva que permite al juez de menores aplicar el Art. 50.2 o el Art. 51.1 LORPM indistintamente se puede suprimir o delimitar mediante la recomendación que realiza la FGE, y que se concreta en su Circular 1/2009, de 27 de abril.

Según la FGE, se ha de aplicar el Art. 51.1 LORPM: en caso de la aparición de "*nuevos hechos*" –incumplimiento- que impliquen "*evolución desfavorable*" (no típica penalmente[1309]) únicamente. La FGE considera aplicable el Art. 51.1 LORPM en aquellos supuestos en los que la conducta incumplidora del menor condenado no es susceptible de enmarcarse en el concepto y en el artículo del incumplimiento, que puede dar lugar al delito de quebrantamiento de la ejecución ex Art. 50.2 y ex Art. 50.3 LORPM. De acuerdo con lo dicho, el Art. 51.1 LORPM será de aplicación en aquellos casos en los que exista incumplimiento, pero que de las características del mismo, se deduzca que no hay delito de quebrantamiento.

Según la FGE, se ha de aplicar el Art. 50.2 LORPM: en caso de aparición de "*nuevos hechos*" –incumplimiento-. Estos "*nuevos hechos*" serán susceptibles de ser ubicados en el Art. 50.2 LORPM si, de tales hechos se deriva o se interpreta que hay una conducta típica penalmente en los dos supuestos siguientes:

- incumplimiento de las obligaciones derivadas de la pena juvenil, con reiteración, voluntariedad y continuidad[1310] (aquí, estaríamos ante la aparición de una infracción penal, el quebrantamiento de condena ex Art. 468.1 CP);
- la comisión de un hecho durante el período de ejecución de la pena juvenil no privativa de libertad, que comporte responsabilidad penal (responsabilidad acreditada mediante resolución del juez de menores, en caso que dicha evolución

[1309] Véase su Circular 1/2009, p. 15.

[1310] En este contexto, véase FGE, Circular 1/2009, p. 12; véase, también, FGE, Jornadas de los Fiscales Delegados de Menores. Conclusiones. Madrid. 16 y 17 de octubre de 2013, p. 9; también, GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Un proyecto alternativo*…, *op. cit.*, p. 62; igualmente, el Art. 86.1.b) CP. Voluntariedad y continuidad observada por el equipo técnico, es decir, por el profesional que ejecuta la pena juvenil no privativa de libertad; y valorada, también, por el fiscal de menores, en este sentido, véase FGE, Circular 1/2009, p. 12; véase, también, FGE, Jornadas de los Fiscales Delegados de Menores. Conclusiones. 16 y 17 de octubre de 2013, Madrid, p. 9.

desfavorable se manifieste mediante la comisión de una infracción penal, en virtud del Art. 47.3 LORPM).

La proporcionalidad[1311] (este criterio es complementario a lo establecido anteriormente por la FGE, en su Circular 1/2009). El juez de menores podrá incardinar el incumplimiento grave en el Art. 50.2 y el leve en el Art. 51.1 LORPM, en función del criterio de la proporcionalidad que vamos a argumentar ahora.

Fundamento jurídico de la aplicación del Art. 50.2 LORPM para las conductas incumplidoras graves o muy graves. Desde esta perspectiva, el TC[1312] considera que hay que acudir al principio de proporcionalidad para aplicar el Art. 50.2 LORPM "*excepcionalmente*" a la hora de sustituir una pena juvenil no privativa de libertad, que se ha incumplido, por otra privativa de libertad. Así, ante un incumplimiento grave o muy grave, la consecuencia jurídica ha de ser igualmente grave: el internamiento, tal y como se establece en el Art. 50.2 LORPM.

En cambio, si el incumplimiento es leve, la consecuencia jurídica a aplicar ha de ser leve, del mismo modo: se trata de aplicar la sustitución de la pena juvenil no privativa de libertad –incumplida- por otra de la misma naturaleza[1313], en virtud del Art. 51.1 LORPM.

En base a lo dicho, *proponemos* lo siguiente: optamos por utilizar el concepto de "*reiteración*" o también, "*voluntariedad y continuidad*", como sustitutivo del concepto "*Excepcionalmente*"; desde esta perspectiva, proponemos aplicar el Art. 50.2 LORPM en supuestos excepcionales, y éstos serán aquellos en los que el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la pena juvenil no privativa de libertad es reiterado, voluntario y continuado, teniendo como punto de referencia la siguiente sugerencia: respecto al incumplimiento reiterado, el Código penal regula (sin definir) la figura de la reiteración en los siguientes artículos: Arts. 49.6ª c, 66.1.5º, 86.1.b i c), 86.2, y 106.4.

Una pauta orientativa para apreciar tal reiteración nos la ofrece el concepto de habitualidad (como sinónimo de reiteración) en el Art. 94 CP (la comisión de tres, o más, infracciones penales).

1311 Criterio inspirado en el Art. 100.2 CP y en la FGE en su Circular 1/2009, p. 16.

1312 Véase ATC Nº 33/2009, de 27 de enero, FJ 6º. En este mismo sentido, véase la Circular 1/2009 de la FGE, apartado Nº 3, p. 7, en este apartado, la FGE describe la posición del Tribunal Constitucional (en relación con la excepcionalidad que exige el Art. 50.2 LORPM para realizar la sustitución de una pena juvenil no privativa de libertad, incumplida, por otra de internamiento).

1313 Tal y como en este sentido propone la Regla 30.1, Regla que se contiene en la *Recomendación CM/R (2008) 11 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las reglas europeas para infractores menores de edad sometidos a sanciones o medidas* (Adoptada por el Comité de Ministros el 5 de noviembre de 2008 en la 1040ª reunión de los representantes de los ministros); esta propuesta de sustitución de la pena juvenil no privativa de libertad por otra de la misma naturaleza la sostiene, también, el GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Un proyecto alternativo…, op. cit*., p. 62; véase, también, la doctrina especializada en Derecho penal juvenil, por todos, ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2007, *op. cit*., p. 489. También, véase Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas, S. 1ª, 13.05.2005, (MP: Ilmo. Sr. D. José Antonio MARTÍN y MARTÍN).

3. El Art. 50.2 LORPM: norma penal en blanco sui géneris.

De las diversas disfunciones de legalidad penal (norma penal en blanco, tipo penal con elementos normativos y las normas penales incompletas), el Art. 50.2 LORPM contiene rasgos o características de cada una de tales disfunciones; no obstante, la relativa a la norma penal en blanco es la que más se adapta a las características o déficits de legalidad penal que presenta el Art. 50.2 LORPM; por este motivo, estudiamos aquí la posibilidad de que estemos ante una norma penal en blanco y, después y como finalidad de este epígrafe, trataremos si dicha norma es coherente o no con la legalidad penal y la seguridad jurídica.

Las normas penales en blanco suelen encontrarse en el Código penal (y en las leyes penales especiales), pues es en este cuerpo normativo, en concreto en la Parte Especial, donde se regulan los supuestos de hecho, los caracteres objetivos, los tipos penales (que son aplicados en la jurisdicción de menores, en su condición de Derecho penal supletorio o de referencia a la hora de subsumir las conductas delictivas realizadas por menores en un cuerpo legal penal). El Art. 50.2 LORPM es una disposición legal que, a pesar de que no figura regulada en el Código penal –pues se determina en una ley penal de menores-, presenta las características de una ley penal en blanco, pero que, como hemos dicho, no aparece regulada en el Código penal, siendo este el motivo por el que la calificamos de sui géneris, en este epígrafe.

A continuación, argumentamos respecto a los motivos por los que consideramos que la regulación establecida en el Art. 50.2 LORPM puede configurar una norma penal en blanco:

a) el Art. 50.2 no define el supuesto de hecho, el incumplimiento de la pena juvenil no privativa de libertad, que puede dar lugar al delito de quebrantamiento;
b) la definición del tal supuesto de hecho sí se contiene en el reglamento que desarrolla la citada LORPM, en sus Arts. 14.c)y 10.1.6ª b);
c) en la LORPM, en su Art. 43.2, hay una remisión implícita o indirecta –pero no expresa- de la ley (LORPM) al reglamento (de desarrollo de la LORPM), siendo esta remisión reglamentaria la característica principal de la ley penal en blanco.

El siguiente paso es comprobar si dicha normativa en blanco reúne los requisitos establecidos por el TC[1314] para que sea adaptable al marco constitucional:

a) Requisitos del reenvío. El reenvío normativo a otra norma jurídica ha de ser expreso, ha de estar justificado en razón o de acuerdo con el bien jurídico protegido, y ha de ser riguroso en referencia a la garantía criminal.

- El reenvío normativo de la LORPM al reglamento, acerca del incumplimiento, no es expreso, es indirecto o implícito (a través del Art. 43.2 LORPM), según se desprende del propio Art. 50.2 LORPM, que no realiza ninguna remisión expresa.
- Dicho reenvío no está justificado desde la óptica del principio de reserva de ley, en el sentido de que la regulación reglamentaria, donde se define el incumplimiento, podría estar incluida en el Art. 50.2 LORPM perfectamente, sin necesidad de dar cabida al poder ejecutivo en la redacción de supuestos de hecho (la conducta incumplidora), ya que la competencia para la redacción de tales supuestos corresponde al legislativo, en virtud del principio citado.
- El Art. 50.2 LORPM no reúne el requisito del reenvío, no está justificado en razón del bien jurídico protegido (la libertad del menor): éste puede pasar de una situación de cumplimiento en libertad a una situación de restricción de libertad, pasando a cumplir en un centro semiabierto, en caso de que incumpla la pena juvenil no privativa de libertad; tal restricción no está justificada, pues es desproporcionado privar de libertad a un menor por una conducta –el quebrantamiento de condena- que en adultos se penaliza con la pena de multa, en virtud del Art. 468.1 CP.

b) Núcleo esencial de la prohibición. El Art. 50.2 LORPM no define tal núcleo, pero dicha carencia de definición se puede superar con la interpretación de la norma penal y con la intervención de la jurisprudencia comentada antes. Por ello, consideramos que el requisito de que el "*núcleo esencial de la prohibición*" haya de constar en la "ley reenviadora" se cumple a medias en el ahora criticado Art. 50.2 LORPM; por un lado, este problema es superable, tal y como hemos dicho; pero, por otro lado, sí es aconsejable que dicha definición conste en la LORPM, en virtud del principio de legalidad (reserva de ley) y del de seguridad jurídica.

c) La Ley ha de establecer la pena. El Art. 50.2 LORPM sí establece la consecuencia jurídica (el internamiento en centro semiabierto); dicho Art. 50.2 regula que será sustituida por otra privativa de libertad, en caso de incumplimiento; por tanto, este requisito está satisfecho.

[1314] Sobre estos requisitos, véase la STC, Pleno, 8.5.2012, FJ 3º, (MP: Excmo. Sr. D. Pascual SALA SÁNCHEZ).

En base a lo dicho, *concluimos* que la regulación establecida en el Art. 50.2 LORPM contiene los elementos característicos o identificadores de una norma penal en blanco sui géneris.

No obstante, es una norma penal en blanco incompatible con la Constitución, pues no reúne las exigencias del TC para que pueda considerarse coherente con la legalidad penal y la seguridad jurídica; en concreto, el Art. 50.2 LORPM no satisface las exigencias derivadas del reenvío de la norma legal a la norma reglamentaria ni tampoco, cumple el requisito de establecer el núcleo esencial de la prohibición, en su totalidad.

De acuerdo con la conclusión anterior, *proponemos* que el Art. 50.2 LORPM ha de abandonar su condición de ley penal en blanco y sus tachas de inconstitucionalidad, para pasar a ser una norma jurídica que reúna todos los requisitos derivados de la legalidad penal y la seguridad jurídica (sin necesidad, por tanto, de reenvío normativa a norma infralegal), sobre todo, las exigencias derivadas de la reserva de ley y, también, de la garantía criminal.

4. Las garantías penales en la valoración del incumplimiento.

En este epígrafe y en los subepígrafes siguientes, argumentamos acerca de la vulneración del principio de legalidad y del de proporcionalidad, en concreto de las garantías siguientes: la penal, la de ejecución, la jurisdiccional, el derecho a la intangibilidad de las resoluciones firmes, al "*non bis in ídem*" y, por último, a la proporcionalidad en el contexto de la sustitución desfavorable por incumplimiento.

El problema de vulneración mencionado se manifiesta al sustituirse una pena juvenil no privativa de libertad, incumplida, por otra más gravosa, en virtud del Art. 50.2[1315] y del Art. 51.1 LORPM, a partir del momento en que dicha sustitución se tramita:

a) sin seguir el proceso debido, vulnerando la garantía penal, la de ejecución y la jurisdiccional;
b) iniciando dos procedimientos penales paralelos o simultáneos, el establecido en el Art. 50.2 y en el Art. 50.3 LORPM, vulnerando la regla del "*non bis in ídem*";
c) imponiendo una pena juvenil que es privativa de libertad, en virtud del Art. 50.2 LORPM –consecuencia del incumplimiento de una pena juvenil no privativa de libertad-, vulnerando el principio de proporcionalidad (Art. 8, párrafo 2º LORPM).

Este problema se amplía a la vez que se plantean soluciones a continuación.

4.1. Garantía penal y garantía de ejecución.

Según la FGE[1316], la pena juvenil impuesta en sentencia no se puede modificar en cuanto a restricción de derechos se refiere, a través de los Arts. 50.2 y 51.1 LORPM, durante su período de ejecución, en virtud de la garantía de ejecución ex Art. 43.1 LORPM[1317]. En el mismo

[1315] En este marco, véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2007, *op. cit*., p. 492 y p. 494; igualmente, DE LA CUESTA ARZAMENDI / BLANCO CORDERO, *op. cit*., p. 113; también, GONZÁLEZ CUSSAC / CUERDA ARNAU, *op. cit*., p. 119; PONZ NOMDEDÉU, *op. cit*., p. 408; VARGAS CABRERA, "Reglas para la ejecución…", *op. cit*., p. 448; SERRANO TÁRRAGA, "Medidas susceptibles…", *op. cit*., p. 365; GARCÍA PÉREZ, O., "La competencia de los órganos…", *op. cit*., p. 99. Véase, también, las resoluciones de algunos tribunales, como el Auto de la AP de Barcelona, Sección 3ª, 14.7.2008, (MP: Ilmo. Sr. D. Josep NIUBÓ i CLAVERIA); también, y de la misma Sección 3ª de la AP de Barcelona, véase el Auto, 12.9.2008, (MP: Ilma. Sra. Dña. Roser BACH i FABREGÓ).

[1316] Véase FGE, Circular 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,* Apartado XI.6.- Modificación de la medida, p. 68.

[1317] Y también, y supletoriamente, en el Art. 161 LECRIM, artículo que prohíbe modificar las resoluciones judiciales que han adquirido firmeza.

sentido, DE VICENTE MARTÍNEZ[1318] considera que la pena juvenil no se puede agravar durante la ejecución de ésta, en virtud del principio de legalidad y del de seguridad jurídica.

En base a lo dicho, podemos afirmar la vulneración de la legalidad penal, en concreto su garantía penal y su garantía de ejecución, debido a que se efectúa una mayor limitación de derechos durante la fase de ejecución de la pena juvenil no privativa de libertad: el menor ve transformada su situación de cumplimiento en libertad a un contexto de privación de libertad, en caso de incumplimiento, en virtud de los Arts. 50.2 y 51.1 LORPM.

En coherencia con lo anterior, *concluimos* que la dicción del Art. 50.2 y del Art. 51.1 LORPM permite la imposición de una pena juvenil –durante la fase de ejecución- más restrictiva de derechos que la que se impuso inicialmente mediante sentencia firme; esta regulación configura una situación anómala que vulnera el principio de legalidad, en su manifestación de garantía penal y de ejecución.

4.2. Garantía jurisdiccional.

Ambas disposiciones legales (el Art. 50.2 y el Art. 51.1 LORPM) establecen la opción de modificar agravando la pena juvenil –sin procedimiento previo[1319] o sin "… *el procedimiento regulado en la misma.*"[1320] (previsto en el Art. 43.1 en relación con el Art. 16 y ss LORPM)-.

En las dos disposiciones legales aquí criticadas, sí que se sigue un procedimiento, pero está "empobrecido", carente de garantías protectoras derivadas de la legalidad penal y de la seguridad jurídica, de la garantía jurisdiccional.

La LORPM exige la incoación de expediente judicial cuando un menor comete una infracción penal, según el Art. 1.1 y del Art. 16 y ss LORPM. En cambio no exige ninguna

---

[1318] Véase DE VICENTE MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 33 - 34, y, sobre todo, p. 35, nota a pie de página Nº 48, donde se cita a COBO / QUINTANAR, *op. cit.*, p. 136.

[1319] La necesidad de juicio o procedimiento previo es una exigencia del principio de legalidad, garantía jurisdiccional, pero también, es un requisito del derecho a un proceso debido, derecho fundamental previsto en el Art. 24.2 CE, en este sentido, véase CORDÓN MORENO, *op. cit.*, p. 18 y p. 171; también, DE LA ROSA CORTINA, *La responsabilidad…, op. cit.,* p. 268 – 269 y p. 276; también, AYO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 283 y ss., MARTÍN OSTOS, "Aspectos procesales…", *op. cit.*, p. 155; DE LA CUESTA / BLANCO, *op. cit.*, p. 137 y ss., DE LA CUESTA ARZAMENDI, "El nuevo Derecho…", *op. cit.*, p. 13; necesidad de procedimiento previo que implica, además, la obligación de que dicho procedimiento esté revestido con todas las garantías penales, tal y como, también, se pronuncia la jurisprudencia, en este sentido, véase la STC, S. 1ª, 18.5.1981, (MP: Excmo. Sr. D. Ángel LATORRE SEGURA); también, la STS, S. 2ª, 27.5.1999, (MP: Excmo. Sr. D. José Augusto DE VEGA RUIZ) y, sobre todo, véase la STC 36/1991, FJ 8º, párrafo último.

[1320] "… *en la misma*", en la LORPM, quiere decir.

incoación de expediente judicial ni tampoco seguir el proceso debido ex Art. 24.2 CE[1321] o ex Art. 16 y ss LORPM cuando el menor incumple la pena juvenil no privativa de libertad, a pesar de que las consecuencias jurídicas derivadas de dicho incumplimiento son gravosas (se priva de libertad a dicho menor) como establecen los Arts. 50.2 y 51.1 LORPM.

En principio, esta sustitución o modificación de la pena juvenil no privativa de libertad, que se ha incumplido, por otra más gravosa, no pone en duda el principio de legalidad, tampoco la seguridad jurídica, ya que hay una previsión legal: se da satisfacción a la legalidad penal, porque, la ley es taxativa suficientemente; hay claridad y precisión normativa suficiente en la ley, donde se especifica que se puede producir una consecuencia jurídica grave (la sustitución de esa pena juvenil por otra más restrictiva de derechos) ante una conducta negativa (que es el incumplimiento de la pena juvenil impuesta en sentencia).

Pero, por otro lado -y aquí detallamos *el problema* a resolver-, modificar la pena juvenil –a peor-, en virtud del Art. 50.2 y del Art. 51.1 LORPM (cuando se produce el incumplimiento de dicha pena juvenil, que fue impuesta en sentencia firme) pone en tela de juicio dicho principio de legalidad[1322] en su faceta de garantía jurisdiccional. Y variar o modificar la sentencia firme –a través de la cual se impuso la pena juvenil no privativa de libertad, que se ha incumplido-, sin procedimiento previo (o incidente procesal contradictorio), consideramos que es grave, por mucho que se cumpla –aunque de una manera muy relativa- con las exigencias derivadas de la seguridad jurídica[1323].

En función del problema enunciado, exponemos *el objetivo* a conseguir: aportar razonamientos jurídicos a favor de la necesidad de celebración de un procedimiento previo -en virtud de la garantía jurisdiccional o del proceso debido[1324]- antes de sustituir – modificar la pena juvenil no privativa de libertad, que se ha incumplido, en otra privativa de libertad.

1321 Las garantías que se regulan en el Art. 24.2 CE tienen su reflejo internacional en el Art. 40.2.b) de la Convención de los Derechos del Niño, de 1989, y su reflejo nacional y de aplicación directa en la jurisdicción de menores de dicho derecho se halla en, entre otros, el Art. 1.2 LORPM. Sobre las garantías del Art. 24.2 CE, aplicadas en la jurisdicción de menores, véase AYO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 213 y ss., ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2007, *op. cit.*, p. 489; también, DE LA CUESTA ARZAMENDI / BLANCO CORDERO, *op. cit.*, p. 137 y ss.

1322 Este problema de posible inconstitucionalidad la FGE lo manifestó en su Circular 1/2000, p. 68.

1323 El hecho de que, en principio, se cumpla con la seguridad jurídica no quiere decir que no se vulnere el principio de legalidad en el caso que nos ocupa; en este sentido, véase GARCÍA LÓPEZ, *op. cit.*, p. 5245; también, HUERTA TOCILDO, "El derecho…", *op. cit.*, p. 84.

1324 Tal y como propuso el TC, en este sentido véase la famosa STC, Pleno, 14.2.1991, (Ar. 36; MP: Excmo. Sr. D. Francisco RUBIO LLORENTE), véase, en concreto, el último párrafo del FJ 8º; en la misma línea, lo propone, también, la APB, Sección 3ª, en su auto de fecha 14 de julio de 2008, FJ 1º, a través del cual planteó cuestión de inconstitucionalidad ante el TC, que finalizó con el ATC Nº 31/2009, de 27 de enero.

4.2.1. Posicionamientos jurídicos.

Aquí exponemos el posicionamiento de los diferentes operadores jurídicos ante el problema enunciado antes, para, de esta manera, tener elementos y argumentos suficientes para conseguir el objetivo propuesto en el párrafo anterior.

Vamos a exponer para rebatir después, los argumentos principales de la doctrina (que el TC establece en el ATC 33/2009, de 27 de enero[1325]), de la FGE y de la doctrina y de algunos tribunales y grupos parlamentarios. Estos argumentos avanzarán en la consecución del objetivo antes descrito, al enriquecer las propuestas de solución.

Nos posicionamos contrarios a dicha doctrina, porque establece la constitucionalidad del Art. 50.2, e indirectamente del Art. 51.1 LORPM, a pesar de que dicho Art. 50.2 LORPM denota tachas de inconstitucionalidad evidentes, en relación con la legalidad y a la seguridad jurídica, en concreto respecto a la garantía jurisdiccional y la de ejecución, principalmente.

4.2.1.1. Tribunal Constitucional.

De entrada cabe afirmar que el TC no opta por la relativización de principios limitadores del Derecho penal en la jurisdicción de menores; el TC tiene presentes tales principios siendo garante de la proporcionalidad, de la legalidad y de la seguridad jurídica en el marco de la jurisdicción de menores[1326], en concreto en relación con la necesidad de evitar la sustitución de la pena juvenil mediante su agravamiento. El TC establece –acertadamente- que tal sustitución es viable únicamente "… *mediante nuevo procedimiento.*"[1327]

No obstante, esta doctrina fue modificada "a peor" –equivocadamente, según nuestra opinión- por el propio TC mediante el aquí criticado ATC Nº 33/2009, de 27 de enero: en este Auto el TC no exige la apertura de nuevo expediente, no ve necesaria la celebración de un nuevo procedimiento para variar o sustituir a peor la pena juvenil no privativa de libertad; desde esta perspectiva, este ATC entra en el fondo del asunto[1328] en

1325 Sobre dicha doctrina, véase MONTERO HERNANZ, T., "La doctrina del Tribunal constitucional sobre el Art. 50.2 de la LO 5/2000", en *La Ley Penal*. Nº 65. Noviembre. Madrid, 2009, (también, en Diario *La Ley*. Nº 7471, de 20 de setiembre de 2010. Madrid).

1326 Véase la famosa STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 8º, párrafo 4º.

1327 En este contexto véase toda la fundamentación jurídica de la STC, S. 1ª, 17.3.1998, (MP: Excmo. Sr. D. Pedro CRUZ VILLALÓN); en esta sentencia, el TC otorgó el amparo constitucional a un menor a quien se le condenó a una pena juvenil –desproporcionada- de internamiento, en régimen semiabierto, de 4 meses de duración, por una simple falta de hurto.

1328 A pesar de que inadmite la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 3ª, por motivos formales. En este sentido, véanse los fundamentos jurídicos 5, 6 y 7 del ATC

relación con la posible inconstitucionalidad del Art. 50.2 y del Art. 51.1 LORPM. A continuación, una breve reseña de los antecedentes de dicho ATC, para un mejor entendimiento del problema.

ATC Nº 33/2009, de 27 de enero. La Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 3ª[1329] intentó solucionar el mencionado problema. Este intento se tramitó mediante dos cuestiones de inconstitucionalidad[1330], confrontando la regulación actual establecida en el Art. 50.2[1331] y en el Art. 51.1 LORPM (disposiciones legales que permiten dicha sustitución desfavorable) con el marco constitucional. Esas cuestiones fueron resueltas por el TC mediante su ATC Nº 31/2009 y, principalmente, a través de su otro ATC Nº 33/2009, ambos de 27 de enero.

Los argumentos que vamos a exponer van en la dirección de abrir nuevo expediente, de celebrar un nuevo procedimiento, un "incidente procesal contradictorio", acompañado de todas las garantías procesales ex Art. 24.2 CE a la hora de tramitar la sustitución de la pena juvenil no privativa de libertad incumplida por otra privativa de libertad. En resumen, a través del mencionado ATC Nº 33/2009, de 27 de enero, vamos a profundizar en dicha necesidad de celebrar nuevo procedimiento de acuerdo con la garantía jurisdiccional.

A continuación, detallamos la argumentación jurídica del TC, mediante la cual dicho Alto Tribunal sostiene que los Arts. 50.2 y 51.1 LORPM no presentan tacha de inconstitucionalidad. Después, rebatimos dicha argumentación en la línea de demostrar la falta de compatibilidad con el marco constitucional de dichas disposiciones legales.

Principal argumento del ATC Nº 33/2009: "Procedimiento". Según este ATC el procedimiento establecido en el Art. 50.2 LORPM cumple con todas las exigencias constitucionales[1332] (que estableció el TC en la famosa STC 36/1991, de 14 de febrero), pues la sustitución de una pena juvenil no privativa de libertad, cuando se incumple, por otra privativa de libertad, se sujeta a un procedimiento (en el que participa el equipo técnico[1333]), que el TC[1334] afirma que es constitucional.

Nº 33/2009, de 27 de enero. El ATC Nº 31/2009, de 27 de enero, no entra en dicho fondo del asunto, por este motivo no es objeto de estudio en esta tesis.

1329 Véase Auto de la APB, 14.7.2008, (MP: Ilmo. Sr. D. Josep NIUBÓ i CLAVERIA).

1330 La APB, Sección 3ª, intentó suprimir la incompatibilidad de los Arts. 50.2 y 51.1 LORPM con la CE mediante, primero, auto de interposición de cuestión de inconstitucionalidad de fecha 14 de julio de 2008 y, segundo, mediante auto también de interposición de cuestión de inconstitucionalidad de fecha 12 de setiembre de 2008.

1331 El ATC 33/2009, de 27 de enero, se centra en el Art. 50.2 LORPM principalmente; dicho ATC apenas entra a analizar el Art. 51.1 LORPM.

1332 Véase el ATC Nº 33/2009, FJ 7º, párrafo 3º.

1333 *Loc. ult. cit.*

1334 Véase el ATC Nº 33/2009, FJ 7º, párrafo 6º.

A continuación, nuestros comentarios que rebaten los razonamientos anteriores.

El primero y principal: entendemos que el procedimiento se ha de interpretar tal y como el propio TC lo hizo en su STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 8º, y, también, en virtud del Art. 24.2 CE.

Segundo: en virtud de la garantía jurisdiccional y del proceso debido se podrá modificar - sustituir la pena juvenil no privativa de libertad, incumplida, por otra privativa de libertad, únicamente mediante la incoación de un nuevo expediente judicial, a través del proceso debido establecido en los Arts. 16 y ss y 43.1 LORPM junto con el Art. 7 del reglamento y en el Art. 24.2 CE.

Esta exigencia de la incoación de un nuevo expediente, de un nuevo procedimiento (que se contiene en la garantía jurisdiccional y en el derecho fundamental a un proceso debido ex Art. 24.2 CE), que finalice con una nueva resolución judicial, parece desconocerla el TC a través del ATC Nº 33/2009, de 27 de enero o que, en todo caso, realiza una interpretación del concepto de "procedimiento" poco acorde con la doctrina que en su día, estableció en la repetida STC 36/1991, de 14 de febrero.

En conclusión, la modificación de la pena juvenil no privativa de libertad, en virtud del Art. 50.2 y del Art. 51.1 LORPM, no se sujeta a un procedimiento por el simple hecho de que según el citado ATC Nº 33/2009, de 27 de enero, "… *participan las partes sino también un equipo técnico.*"; tampoco, sigue un procedimiento en términos constitucionales en el sentido establecido en la STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 8º.

4.2.1.2. Fiscalía General del Estado.

Inmediatamente después del ATC Nº 33/2009, de 27 de enero, la FGE promulgó la Circular 1/2009, de 27 de abril, *sobre la sustitución en el sistema de justicia juvenil de medidas no privativas de libertad por la de internamiento en centro semiabierto en supuestos de quebrantamiento.* Esta Circular es objeto de nuestro desacuerdo.

En este subepígrafe, planteamos *el objetivo* siguiente: rebatir los argumentos jurídicos que la FGE establece en la Circular 1/2009, porque los consideramos incompatibles con la legalidad penal y la seguridad jurídica y, como consecuencia, demostrar la inconstitucionalidad del Art. 50.2 y del Art. 51.1 LORPM, una vez más.

Para ello detallamos una breve reseña en relación con la evolución del posicionamiento de la FGE respecto a la garantía jurisdiccional y a la de ejecución, en el marco del incumplimiento de la pena juvenil no privativa de libertad y su sustitución por otra privativa de libertad.

En el año 1998 el ministerio fiscal instó la elevación de una cuestión de inconstitucionalidad al juez del Juzgado de Menores Nº 1 de Valencia, porque según dicho fiscal la Ley Orgánica 4/1992 (anterior a la actual) no respetaba el derecho fundamental a un proceso debido: vulneraba la garantía jurisdiccional, aquí comentada; propuso la elevación de cuestión de inconstitucionalidad por un motivo parecido al objeto de estudio del presente subepígrafe (modificar a peor la pena juvenil no privativa de libertad, en virtud del Art. 50.2 sin procedimiento previo). No obstante la cuestión de inconstitucionalidad mencionada fue rechazada por el TC[1335].

En el año 2000 la FGE[1336] se posicionó en relación con la posible vulneración de la legalidad penal por parte del Art. 50.2 LORPM. Expuso la dificultad de compaginar el principio de legalidad, proclamado en el Art. 43.1 LORPM y en los Arts. 9.1 y 25.1 CE, y el de seguridad jurídica establecido en el Art. 9.3 CE, con la disposición legal que aquí estudiamos y contrastamos con los principios de legalidad y de seguridad jurídica (el Art. 50.2 LORPM), dificultad que constatamos en este capítulo.

En el año 2007 la FGE afirmó nuevamente que no se puede variar la sentencia firme a peor "… *cuando el cambio suponga una mayor restricción de derechos.*"[1337], en virtud del principio de legalidad, en su manifestación de garantía de ejecución.

En el año 2009 la FGE expone en su Memoria[1338] una vez más sus reticencias en referencia a la posible incompatibilidad del Art. 50.2 LORPM con la legalidad y la seguridad jurídica. En ese mismo año, se promulga la Circular 1/2009, de 27 de abril, *sobre la sustitución en el sistema de justicia juvenil de medidas no privativas de libertad por la de internamiento en centro semiabierto en supuestos de quebrantamiento.* En esta Circular, realiza un cambio "a peor", respecto a sus Circulares anteriores puesto que no exige la celebración de procedimiento previo a la hora de sustituir una pena juvenil no privativa de libertad, incumplida, por otra privativa de libertad. En este marco, el

1335 Rechazada por el TC, a través de la STC, Pleno, 30.3.2006, antecedente a), (MP: Excmo. Sr. D. Eugeni GAY MOLTAVO). Cuestión de inconstitucionalidad Nº 1223/1998 planteada por el Juzgado de Menores Nº 1 de Valencia en relación con el Art. 15.1, reglas 7 y 9, de la Ley anterior a la actual, esto es, la Ley orgánica 4/1992, de 5 de junio*, reguladora de la competencia y procedimiento de los Juzgados de menores*.

1336 En este marco, véase FGE, Circular 1/2000, apartado XI.7.- *Quebrantamiento de la medida.*

1337 Véase FGE, Circular 1/2007, apartado VII. 3.1. Cese y sustitución ordinarias, p. 78.

1338 En este contexto, véase FGE, Memoria 2010 (en la que se expone el trabajo realizado en el año 2009), Apartado 6, Capítulo I, p. 968.

Ministerio Público fue muy estricto a la vez que coherente, en el año 1998[1339] llegando incluso a instar una cuestión de inconstitucionalidad al juez de menores, tal y como hemos comentado antes. Desde esta perspectiva, la FGE debería ser igual de estricta a la hora de realizar la sustitución a peor, aquí criticada.

4.2.1.3. Otros posicionamientos.

A continuación, mencionamos la opinión de otros actores jurídicos relevantes, como son los tribunales, la doctrina, la defensa técnica y algunos grupos parlamentarios.

Tribunales. Detallamos diferentes resoluciones de juzgados y tribunales que se han posicionado, a favor y en contra, en relación con el problema que aquí estudiamos.

A favor de la redacción actual del Art. 50.2 LORPM. La sustitución – modificación de una pena juvenil por otra más gravosa no es posible de acuerdo con el principio de legalidad y de seguridad jurídica, tal y como menciona el Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas; en dicho Auto se sugiere que el Art. 50.2 es constitucional; pero, si traemos a colación dicho Auto –a pesar de que estamos en desacuerdo con su consideración a favor de tal constitucionalidad- es porque menciona los argumentos –que los compartimos en su totalidad- que algunos autores sostienen en relación con la inconstitucionalidad del citado Art. 50.2 LORPM: "*Aunque algunos autores se han planteado dudas sobre la constitucionalidad de esta posibilidad no prevista en el proyecto de Ley, que supone una reformatio in peius, al señalarse que es contrario a los derechos y garantías reconocidos al menor a lo largo de todo el articulado de la Ley orgánica, considerándose en concreto que vulnera (…) el principio de legalidad consagrado en el Art. 43.1*[1340]*, no está de acuerdo esta Sala con tales apreciaciones.*"[1341]

La AP de Madrid, Sección 4ª[1342] considera constitucional la sustitución desfavorable regulada en el Art. 50.2 LORPM en virtud del pensamiento educativo que rige la jurisdicción de menores. En este mismo contexto citamos las siguientes resoluciones: Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, S. 1ª, de 30.3.2005; Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, S. 4ª, de 5.10.2006; Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas, S. 1ª, de 13.2.2007.

1339 Véase la STC, Pleno, 30.3.2006, antecedente 2 c), (MP: Excmo. Sr. D. Eugeni GAY MOLTAVO). Esta STC fue la resolución –desestimatoria- del TC ante la cuestión de inconstitucionalidad Nº 1223/1998 planteada por el Juzgado de Menores Nº 1 de Valencia –a instancia del ministerio público- en relación con el Art. 15.1, reglas 7 y 9, de la –derogada- Ley Orgánica, 4/1992, de 5 de junio, *reguladora de la competencia y procedimiento de los Juzgados de menores.*

1340 En el Art. 43.1 LORPM, quiere decir.

1341 Véase la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, S. 1ª, 13.2.2007, FJ 1º, (MP: Ilmo. Sr. D. Secundino ALEMÁN ALMEIDA).

1342 Véase el Auto de la AP de Madrid, S. 4ª, 5.12.2003, FJ 3º, (MP: Ilmo. Sr. D. Alejandro María BENITO LÓPEZ).

En contra de la redacción actual del Art. 50.2 LORPM. La Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 3ª[1343] se posiciona a favor de la apertura de nuevo expediente, de la celebración de nuevo procedimiento –revestido con las garantías procesales del Art. 24.2 CE- ante las incidencias que surgen durante la ejecución de una pena. Ésta sostiene –igual que nosotros- que sí es preciso observar la garantía jurisdiccional y de ejecución, porque estamos ante una consecuencia jurídica gravosa: se restringen las condiciones de libertad del menor, sin el proceso debido a causa de la incidencia que constituye el incumplimiento, hecho vulnerador del Art. 17, 24.2 y 25.1 CE. Por todo ello, coincidimos totalmente con los argumentos de la AP de Barcelona, en el hecho de que la modificación de la pena juvenil, durante la fase de ejecución, debería de tramitarse mediante un nuevo expediente, un nuevo procedimiento que, por supuesto, ha de ir acompañado de las garantías procesales del Art. 24.2 CE.

La AP de Zaragoza se posiciona en un sentido parecido al de la AP de Barcelona, en relación con la dificultad que presenta el citado Art. 50.2 LORPM respecto a su adaptación a la CE, de la manera siguiente: "*Que tiene difícil encaje con el principio de legalidad en el ámbito de la ejecución que prevé el Art. 43.1, al establecer que no se puede ejecutar ninguna medida que no sea la contenida en la sentencia firme; así como sustituir la medida acordada en sentencia por otra sin mediar un nuevo procedimiento.*"[1344]

Doctrina. Hemos de recordar que la garantía de ejecución tiene varias implicaciones, una de ellas es según DE LA CUESTA ARZAMENDI[1345], el respetar los límites a la hora de afectar a los derechos de las personas sancionadas, derechos y límites establecidos en la sentencia; en un sentido parecido, protege la garantía jurisdiccional a través del proceso debido[1346]. Desde esta perspectiva, destacamos a ORNOSA FERNÁNDEZ cuando afirma que el Art. 43.1 LORPM establece que sólo se podrá ejecutar una pena juvenil en virtud de una sentencia firme que ha de ser dictada en base al procedimiento señalado en dicha LORPM: "*Está claro que la nueva medida, más grave que la anterior, en cuanto que privativa de libertad, no se adopta en sentencia firme después de un proceso con todas las garantías, sino sólo a petición del Fiscal y con una simple audiencia del letrado, del representante legal del menor y del equipo técnico, con lo que la vulneración del principio de legalidad es evidente.*"[1347]

[1343] En este contexto, véase Auto de la APB, Sección 3ª, 14.7.2008, FJ Único, (MP: Ilmo. Sr. D. Josep NIUBÓ i CLAVERIA).

[1344] Este párrafo que resume la problemática que contiene el Art. 50.2 ha sido obtenido del Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, S. 1ª, 30.3.2005, (MP: Ilmo. Sr. D. Antonio Eloy LÓPEZ MILLÁN).

[1345] Véase DE LA CUESTA ARZAMENDI, "La ejecución de las medidas: comentario…", *op. cit.*, p. 50, nota a pie de página Nº 6 citando a COBO / QUINTANAR.

[1346] Véase DE LA ROSA CORTINA, "Los principios…", *op. cit.*, p. 23.

[1347] Véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2007, *op. cit.*, p. 489.

La opinión de la doctrina citada está secundada por la mayor parte de autores especializados en Derecho penal juvenil[1348] -también, por parte del senador URRUTIA ELORZA[1349], durante el proceso de reforma de la LORPM- que se han posicionado en contra de la sustitución de una pena juvenil por otra más gravosa, en contra de la *reformatio in peius* y además, sin procedimiento previo –que vulnera la garantía jurisdiccional-[1350]. A título de ejemplo, VARGAS CABRERA ilustra el mensaje mayoritario de dicha doctrina: "*El inciso 2º del apartado*[1351] *confiere expresamente al Juez la facultad de sustituir la medida no privativa de libertad quebrantada por el internamiento en centro semiabierto. Tal previsión genera serias reservas de su conformidad con la doctrina del TC y con los propios principios de la LORRPM, como veíamos. Debe pensarse que en definitiva se produce una agravación de la restricción de derechos sin fundamento en nuevos hechos imputados y tipificados en la Ley penal y sin contradicción en el acto de la audiencia.*"[1352]

No obstante, otro sector de la doctrina[1353] acepta esa agravación de la pena juvenil (impuesta inicialmente, que se incumple y se sustituye por otra más gravosa), y a pesar de que considera esa agravación de la pena juvenil una *reformatio in peius*, entiende igualmente –consideramos que de una manera equivocada-, esa agravación como necesaria en la justicia de menores, en virtud del principio del "interés superior del menor". Este argumento favorable a la sustitución a peor por parte del Art. 50.2 LORPM es rebatido mediante la afirmación -que

[1348] El Art. 50.2 LORPM concede la *modificación in peius*, esto es, la modificación a peor de la pena juvenil no privativa de libertad impuesta en sentencia sin procedimiento previo, más en concreto, sin procedimiento revestido de las garantías procesales reguladas en el Art. 24.2 CE, tal y como la doctrina especializada en Derecho penal juvenil se ha pronunciado; en este marco, véase HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal…, op. cit*., p. 390; GONZÁLEZ PINEDO / REDONDO HERMIDA, "La llei orgánica…", *op. cit*., p. 40 y p. 36; DE LA CUESTA ARZAMENDI, "La ejecución de las medidas en la LO 5/2000.", *op. cit*., p. 193; DE LA CUESTA ARZAMENDI / BLANCO CORDERO, *op. cit*., p. 113; VENTURA FACI / PELÁEZ PÉREZ, *Ley orgánica*…, 2000, *op. cit*., p. 90, p. 184 - 185; SERRANO TÁRRAGA, "Medidas susceptibles…", *op. cit*., p. 365; ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2007, *op. cit*., p. 488; DE LA ROSA CORTINA, *La responsabilidad…, op. cit*., p. 268 – 270; VIANA BALLESTER, *op. cit*., p. 178; MONTERO HERNANZ, "La doctrina…", *op. cit*., p. 1; VARGAS CABRERA, "Reglas para la ejecución…", *op. cit*., p. 444; CERVELLÓ / COLÁS, *op. cit*., p. 150.

[1349] Véase URRUTIA ELORZA, J. R., Enmienda Nº 64. BOCG. Senado. 21 de septiembre de 2006. Proyecto de Ley 621/68 Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, *reguladora de la responsabilidad penal de los menores*.

[1350] En este marco, véase GÓMEZ RIVERO, *op. cit*., p. 10; ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2007, *op. cit*., p. 494; VENTURA / PELÁEZ, *Ley orgánica*…, 2000, *op. cit*., p. 90, p. 167 y p. 184; véase, también MONTERO HERNANZ, "La doctrina…", *op. cit*., p. 1; también, GONZÁLEZ / REDONDO, *Informe jurídico, op. cit*., p. 63; GONZÁLEZ / REDONDO, "La Llei Orgànica 5/2000…", *op. cit*., p. 40; GARCÍA PÉREZ, M. F., "Experiencias…", *op. cit*., p. 147 y p. 151; MOLINA / CARRETERO, *op. cit*., p. 126; RODRÍGUEZ LÓPEZ, *op. cit*., p. 252; DE LA ROSA CORTINA, *La responsabilidad…, op. cit.,* p. 270; DE LA CUESTA ARZAMENDI, "La ejecución de las medidas: comentario…", *op. cit*., p. 78; HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal…, op. cit*., p. 387 – 388.

[1351] Se refiere al Art. 50.2 LORPM.

[1352] Véase VARGAS CABRERA, "Reglas para la ejecución…", *op. cit*., p. 444; ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores...,* 2007, *op. cit*., p. 492.

[1353] En este contexto, véase GUINARTE CABADA, *op. cit*., p. 413; y, principalmente, CUELLO CONTRERAS, *op. cit*., p. 97; DE LA ROSA CORTINA, *La responsabilidad…, op. cit.,* p. 269; también, BLANCO BAREA, *op. cit*., p. 14. En el Derecho comparado, encontramos también referencias favorables a la substitución de la pena juvenil no privativa de libertad por otra privativa de libertad, sin respetar las garantías procesales básicas reguladas en el Art. 24.2 CE; en este sentido, véase DE LA ROSA CORTINA, *La responsabilidad…, op. cit*., p. 269, nota a pie de página Nº 38, haciendo referencia a Bolivia.

compartimos en su totalidad- de PONZ NOMDEDÉU: "*No pudiendo justificarse*[1354] *con el razonamiento de que es prioritario para el interés del menor, ya que ese interés pasa por que se respeten sus derechos y garantías.*"[1355]

Defensa técnica. Hemos de tener presente la opinión de OLMEDO GÓMEZ, que manifesta la problemática aquí tratada, posicionándose en referencia a la inconstitucionalidad del Art. 50.2 LORPM por posible vulneración del principio de seguridad jurídica[1356].

Algunos grupos parlamentarios presentes en el Senado (CUENCA CAÑIZARES[1357] y URRUTIA ELORZA[1358]) se pronunciaron –durante la reforma de la LORPM[1359]- en la misma línea que la propuesta en este estudio, a favor de la garantía jurisdiccional, del proceso debido. Sus pronunciamientos iban dirigidos a evitar sustituir una pena juvenil impuesta en sentencia, por otra más grave (para así respetar el principio de legalidad, en su vertiente o garantía jurisdiccional).

En definitiva, parte del Senado refuerza la postura planteada en este estudio, en referencia a la trasgresión del principio de legalidad (garantía jurisdiccional) por parte del Art. 50.2 LORPM –principalmente-, también en el Art. 51.1 LORPM, por permitirse la sustitución de una pena juvenil no privativa de libertad, que se ha incumplido, por otra más gravosa (internamiento en centro semiabierto), sin seguir el procedimiento habitual o legal, el establecido en el Art. 16 y ss LORPM, junto con el ámbito protector del Art. 24.2 CE.

De todo lo anterior, podemos enunciar las *conclusiones* siguientes:

La "solución" que aportó el TC, a través del ATC Nº 31 y Nº 33/2009, ambos de 27 de enero, la consideramos incoherente con la propia doctrina del TC establecida en la STC 36/1991, de 14 de febrero, porque no se puede denominar "procedimiento" al trámite procesal previsto en el Art. 50.2 LORPM para efectuar la sustitución de una pena juvenil no privativa de libertad, incumplida, por otra privativa de libertad. Entendemos que tal trámite

1354 No pudiendo justificarse la sustitución a peor, se refiere.
1355 Véase PONZ NOMDEDÉU, *op. cit.*, p. 408.
1356 Véase OLMEDO GÓMEZ, *op. cit.*, p. 2 – 3. En el año 2003, otro abogado cuestionó la constitucionalidad del Art. 50.2 LORPM mediante recurso de apelación; en este marco, véase el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, S. 4ª, 5.12.2003, FJ 2º, (MP: Ilmo. Sr. D. Alejandro María BENITO LÓPEZ).
1357 Véase Eduardo CUENCA CAÑIZARES, representante del Grupo Mixto Enmienda Nº 38. BOCG. Senado. 21 de septiembre de 2006. Nº 68 (Congreso Diputados, Serie A, Nº 76. Nº Exp. 121/76). Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero*, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.* En idéntico sentido, se posicionó el Grupo Parlamentario *Entesa Catalana de Progrés* (GPECP), a través de la enmienda Nº 162.
1358 Véase URRUTIA ELORZA, Enmienda Nº 64, *op. cit.*, p. 42.
1359 La reforma se concretó en la Ley orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, *reguladora de la responsabilidad penal de los menores,* BOE Nº 290, de 5 de diciembre de 2006.

no reúne las exigencias constitucionales establecidas en el Art. 24.2 CE y legales determinadas en los Arts. 1.2, 16 y ss y 43.1 LORPM.

En virtud de la legalidad penal y de la seguridad jurídica, las resoluciones judiciales no pueden ser agravadas, en general; sí únicamente y en casos particulares, mediante nuevo procedimiento y ante nuevos hechos, tal y como en este sentido afirma la citada STC 36/1991, de 14 de febrero[1360]. Por ello, dicho Art. 50.2 –y el Art. 51.1- LORPM puede vulnerar la Constitución en su vertiente de legalidad procesal, en concreto en la garantía de ejecución, del mismo modo en referencia a la seguridad jurídica, y acerca de la garantía jurisdiccional o derecho a un proceso con todas las garantías, puesto que, las garantías procesales que se regulan en ambos artículos no contienen todas las exigencias establecidas en el Art. 24.2 CE, por ejemplo, no se regula la posibilidad de realizar una actividad probatoria mínima.

Partiendo de estas conclusiones enunciamos algunas *propuestas*, a continuación.

4.2.2. Propuestas de mejora.

En relación con el Art. 50.2 LORPM.

Primera. Sustitución de la pena juvenil no privativa de libertad –que se ha incumplido- por otra de la misma naturaleza, tal y como ya se establece en el Art. 50.2 LORPM y, del mismo modo, en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas, *sobre las medidas no privativas de libertad*[1361].

En este supuesto, la sustitución de la pena juvenil no privativa de libertad incumplida podrá sustituirse, pero por otra de la misma naturaleza, y sin necesidad de procedimiento previo –no es obligatoria la celebración de tal procedimiento, pues no se vulnera ningún derecho ni se restringe ningún derecho fundamental, la libertad por ejemplo-.

En caso que la nueva pena juvenil no privativa de libertad (impuesta en sustitución de la pena juvenil inicial e incumplida no privativa de libertad) sea incumplida una segunda vez, proponemos que este nuevo o segundo incumplimiento se tramite procesalmente a través del mecanismo sustitutivo regulado en el Art. 50.2 LORPM –con posibilidad de internamiento en centro semiabierto-. Pero siguiendo el proceso debido, el establecido en el Art. 16 y ss LORPM, en virtud del Art. 24.2 CE y del Art. 1.2 y 43.1 LORPM.

1360 Véase la famosa STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 8º, párrafo último.

1361 Véanse las "Reglas de Tokio", adoptadas por la Asamblea General de la ONU, mediante Resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990, Regla 14.3.

Segunda. Sustitución de la pena juvenil no privativa de libertad –que se ha incumplido- por otra privativa de libertad. Podría ser instada por el ministerio fiscal al juez de menores únicamente ante la situación que enunciamos aquí:

a) si el delito cometido inicialmente (por el que se impuso la pena juvenil no privativa de libertad incumplida) había de tener una pena juvenil privativa de libertad asociada[1362];
b) esta sustitución ha de basarse en la necesidad educativa, que deberá ser valorada por el equipo técnico;
c) la sustitución ha de tramitarse a través del proceso debido, mediante un nuevo expediente, un nuevo procedimiento, un "incidente procesal contradictorio", en virtud de los Arts. 1.2, 43.1 y Art. 16 y ss LORPM y, sobre todo, del Art. 24.2 CE.

Tercera. Detallar la consecuencia jurídica del incumplimiento en el fallo de la sentencia. Este detalle sería idóneo, desde el prisma educativo (también desde la legalidad penal y de la seguridad jurídica); se debería de hacer constar la consecuencia jurídica prevista en la LORPM –Art. 50.2- (la conversión de la pena juvenil no privativa de libertad por otra privativa de libertad), en caso de incumplimiento, tal y como propone la FGE[1363].

Cuarta. Escuchar al menor[1364]. Actualmente, el Art. 50.2 y el Art. 51.1 LORPM sólo permiten escuchar al representante legal del menor. En base a esta propuesta "*de lege ferenda*",

---

[1362] Sabremos si la infracción cometida inicialmente (que dio lugar a la imposición de la pena juvenil no privativa de libertad incumplida) era merecedora de la imposición de una pena juvenil privativa de libertad en virtud del Art. 9 LORPM (reglas generales de elección, aplicación y duración de las penas juveniles), de este Art. 9, se deduce que la pena juvenil privativa de libertad se podrá aplicar a casi todas las infracciones penales; dicho de otra manera, la pena juvenil privativa de libertad no está excluida (salvo que se trate de faltas –actualmente, delitos leves, en virtud del Art. 13.3 CP- que, en este caso, no se podrá imponer dicha pena juvenil privativa de libertad) para ninguna de las infracciones penales que pueda cometer el menor, esto es, *"… la medida de internamiento en centro semiabierto está prevista o, mejor dicho, no está excluida, salvo que se trate de faltas, para ninguna de las infracciones que pueden dar lugar a la incoación del expediente*.", véase Auto de la Audiencia Provincial de Guadalajara, S. 1ª, 25.1.2007, FJ 1º, (MP: Ilma. Sra. Dña. Isabel SERRANO FRÍAS); también, FGE, Circular 1/2000, XI.7.- Quebrantamiento de la medida.
Igualmente, sabremos si a la infracción cometida inicialmente le correspondía una pena juvenil privativa de libertad: *"… cuando el delito por el que se impuso la medida no privativa de libertad hubiera podido ser sancionado con medida privativa de libertad, por estar prevista en el Código penal pena de la misma naturaleza*.", tal y como propone la FGE, en su Circular 1/2009, Conclusión Nº 13, p. 23. También, sabremos si la infracción penal lleva asociada pena juvenil privativa de libertad con fundamento en el Art. 10 LORPM (reglas especiales de elección, aplicación y duración de las penas juveniles), podemos observar los supuestos en los que el juez de menores podrá imponer una pena juvenil privativa de libertad.

[1363] Véase FGE, Memoria 2010 (en la que se expone el trabajo realizado durante el año 2009), p. 1006. También, véase FGE, Memoria 2009 (en la que se expone el trabajo realizado durante el año 2008), p. 850.

[1364] Diversos documentos y textos legales regulan en el sentido de otorgar el derecho de audiencia o derecho a ser escuchado, derecho que ostenta el menor a ser oído por el juez, tribunal o ministerio fiscal. Escuchar al menor en todo procedimiento judicial o administrativo es una exigencia legal, tal y como se establece en el Art.

ante un incumplimiento de la ejecución de la pena juvenil no privativa de libertad, el menor debe ser escuchado, durante el proceso de sustitución de una pena juvenil no privativa de libertad por otra privativa de libertad.

En relación con el Art. 51.1 LORPM.

Primera. La sentencia no debe modificarse a peor, en virtud del Art. 51.1 LORPM; en esta línea, el GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL (también la *Recomendación CM/R (2008) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa*[1365]) propone un redactado alternativo, que compartimos, para impedir la sustitución desfavorable: "*El primer inciso del número 1 del artículo 51 queda redactado in fine como sigue*: '*… dejar sin efecto aquéllas o sustituirlas por otras* ***que no sean de mayor gravedad***[1366] *y que se estimen más adecuadas de entre las previstas en esta Ley.*"[1367] Esta primera propuesta consiste en:

a) sustituir la pena juvenil no privativa de libertad, incumplida, por otra de la misma naturaleza;
b) o continuar aplicando la misma pena juvenil, pero sustituyendo las obligaciones (o, en el caso de la libertad vigilada, las reglas de conducta o pautas socioeducativas) por otras de las establecidas en la LORPM y en su reglamento[1368].

Segunda. Puede surgir el problema siguiente, que, en virtud del Art. 51.1 LORPM, la sustitución de una pena juvenil no privativa de libertad por otra de la misma naturaleza pudiese ser indefinida, en el sentido de que se sustituya la pena juvenil no privativa de libertad por otra también de la misma naturaleza una y otra vez.

12.2 de la *Convención de los Derechos del Niño*, de 20 de noviembre de 1989; la misma Convención, a través de la Observación General Nº 12 (2009), sobre *El derecho del niño a ser escuchado*, también, a través de la Observación General Nº 10 (2007), apartado "El derecho a ser escuchado", párrafo 43 y ss., el Art. 8.14 de la *Carta Europea de Derechos del Niño* (Resolución del Parlamento Europeo A 3-0172/92, de 8 de julio); el Art. 2.5.a) y el Art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, *de protección jurídica del menor*; la regla 33.2 de la *Recomendación (2008) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre Reglas Europeas para infractores juveniles sometidos a sanciones o medidas*, adoptada en fecha 5 de noviembre de 2008; LORPM: los Arts. Art. 22.1.d, 37.2, 52.1 párrafo 2º, y la Disposición transitoria única de la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, *por la que se modifica la LORPM*; la Circular 1/2009 de la FGE, p. 21, Conclusión 3ª. En sede de recurso de apelación, el menor no puede ser escuchado: la obligación –o necesidad- de ser escuchado, -en sede de recurso- mediante la celebración de audiencia pública, tampoco está regulada en la LORPM vigente ni en el derecho supletorio (CP y LECRIM); sobre este déficit procesal (ausencia de ser escuchado en fase de recurso), véase la sentencia del TEDH, Sección 3ª, 21.9.2010, (asunto Marcos Barrios contra España). Acerca del derecho del menor a ser escuchado, véase MADRIGAL MARTÍNEZ – PEREDA, *op. cit*., p. 28 y ss., también, PAREDES CASTAÑÓN, *op. cit*., p. 185.

1365 Tal y como, en este sentido, propone la Regla 30.1, Regla que se contiene en la *Recomendación CM/R (2008) 11 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las reglas europeas para infractores menores de edad sometidos a sanciones o medidas* (Adoptada por el Comité de Ministros el 5 de noviembre de 2008 en la 1040ª reunión de los representantes de los ministros). En la misma línea, véase VARGAS CABRERA, "Reglas para la ejecución…", *op. cit*., p. 448.

1366 Negrita es mía.

1367 Véase GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Un proyecto alternativo…, op. cit*., p. 62.

1368 Propuesta inspirada en el Art. 106.4 CP.

Para superar este problema, proponemos que el incumplimiento leve, cuando se produce de una manera reiterada, sea interpretado como un incumplimiento grave –y en este supuesto, aplicar el mecanismo sustitutivo a peor (internamiento) establecido en el Art. 50.2 LORPM-, con posibilidad de acusación por delito de quebrantamiento[1369].

A la vez, proponemos entender la reiteración siguiendo una pauta orientativa como la descrita anteriormente: tener en cuenta el concepto de habitualidad (como sinónimo de reiteración), previsto en el Art. 94 CP (la comisión de tres, o más, infracciones penales).

4.3. Regla del "Non bis in ídem".

Ante el incumplimiento de la pena juvenil no privativa de libertad (libertad vigilada, por ejemplo) –que puede dar lugar al delito de quebrantamiento- mediante una única acción incumplidora que realiza el menor, se produce una acumulación de sanciones, en concreto una doble consecuencia jurídica[1370].

Esta doble consecuencia jurídica –y aquí radica *el problema* a resolver- puede ser vulneradora de la legalidad penal, a través de su manifestación o prohibición del "*non bis in ídem*", de acuerdo con los argumentos que detallamos a continuación.

a) La primera consecuencia jurídica es:

- a nivel procesal; la apertura de un procedimiento –establecido en el Art. 50.2 LORPM- dirigido a sustituir la pena juvenil no privativa de libertad –que se ha incumplido- por otra privativa de libertad;
- a nivel material; después de dicho procedimiento, se puede producir la sustitución de la citada pena juvenil no privativa de libertad, si ésta se ha incumplido, por otra privativa de libertad, aunque tal sustitución se produce "Excepcionalmente" (según el Art. 50.2 LORPM);

b) La segunda consecuencia jurídica es:

- a nivel procesal; la apertura de nuevo expediente por la comisión de un posible delito de quebrantamiento, en virtud de los Arts. 50.3 y 1.1 LORPM y del Art. 468.1 CP (quebrantamiento de condena);
- a nivel material; después de ese expediente judicial, al menor se le puede imponer otra pena juvenil (si es culpable del delito de quebrantamiento ex Art. 468.1 CP

1369 Tal y como plantea GARCÍA PÉREZ, M. F., "Experiencias…", *op. cit.*, p. 156.

1370 Acerca del doble castigo o los dos efectos distintos que produce el incumplimiento de la pena juvenil, véase GONZÁLEZ / REDONDO, *Informe jurídico*, *op. cit.*, p. 63; también, ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2007, *op. cit.*, p. 487 y ss., también, CERVELLÓ / COLÁS, *op. cit.*, p. 151.

siguiendo el proceso que establece el Art. 50.3 junto con el Art. 16 y ss LORPM).

Observamos un supuesto de acumulación de procedimientos y, a la vez, de sanciones. No obstante, nos planteamos la cuestión sobre la característica del "*bis in ídem*" detectado a la vez que prohibido: ¿procesal o material? El análisis de algunos posicionamientos jurídicos –que realizamos a continuación- será un buen soporte a la hora de abordar la cuestión planteada.

4.3.1. Posicionamientos jurídicos.

Argumentos que sostienen la no vulneración de la regla del "*non bis in ídem*", desde la vertiente material. La doble punición o acumulación sancionadora no infringe la legalidad penal ni la seguridad jurídica, desde algunos posicionamientos jurídicos –que compartimos- (tribunales y doctrina especializada en Derecho penal juvenil); aportamos razonamientos jurídicos que defienden la constitucionalidad, en el sentido de no vulneración de la garantía del "*non bis in ídem*" por parte de los Arts. 50.2 y 50.3 LORPM.

Principalmente esos argumentos se basan en el hecho de que los fundamentos jurídicos que sustentan las dos consecuencias jurídicas (regulada, una, en el Art. 50.2 y otra, en el Art. 50.3 LORPM junto con el Art. 468.1 CP) son diferentes; al no existir la conocida triple identidad (de sujeto, de acción delictiva y de fundamento jurídico o del bien jurídico protegido por la norma), no hay vulneración de la regla del "*non bis in ídem*".

Los tribunales descartan la posibilidad de "*bis in ídem*"; este riesgo desapareció, a partir del ATC Nº 33/2009, de 27 de enero, según auto de la Audiencia Provincial de Jaén[1371]. En el mismo sentido y según la Audiencia Provincial de Madrid[1372], no se observa problema de "*bis in ídem*" en los dos artículos ahora estudiados, porque el fundamento de las dos sanciones que se regulan en el Art. 50.2 y en el Art. 50.3 LORPM es diferente; por este motivo, no hay vulneración del principio de legalidad, en su manifestación o garantía de "*non bis in ídem"*. En otras palabras, conforme se interpreta de la argumentación de la Audiencia Provincial de Madrid, hay respeto a la regla del "*non bis in ídem*", desde la vertiente material. Según el mencionado tribunal, el fundamento de la consecuencia jurídica que se aplica en virtud del

[1371] Véase la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 3ª, 12.11.2009, FJ 1º, (MP: Ilmo. Sr. D. Jesús María PASSOLAS MORALES).
[1372] Véase Auto de la AP de Madrid, S. 4ª, 5.12.2003, FJ 3º, (MP: Ilmo. Sr. D. Alejandro María BENITO LÓPEZ).

Art. 50.2 LORPM es educativo; en cambio, el del Art. 50.3 LORPM y del Art. 468.1 CP es diferente (es sancionador) del fundamento educativo; por este motivo, al no darse la identidad de fundamentos ya no se produce el prohibido "*bis in ídem*".

La doctrina especializada en Derecho penal juvenil[1373] opina del mismo modo: que no se produce "*bis in ídem*" en referencia a la doble punición establecida en el Art. 50.2 y en el Art. 50.3 LORPM, porque los fundamentos jurídicos de las dos sanciones son diferentes; en base a este argumento, estaría justificada la imposición sancionadora doble.

Argumentos que sostienen la vulneración de la regla del "*non bis in ídem*" procesal. A continuación, aportamos nuestros argumentos inspirados en diversos posicionamientos jurídicos (primordialmente, en la FGE[1374] y en los tribunales[1375]) en referencia a la inconstitucionalidad de los Arts. 50.2 y 50.3 LORPM, por vulneración de la regla del "*non bis in ídem*" en la dimensión procesal[1376].

El problema a resolver radica en el término "*Asimismo*" del Art. 50.3 LORPM: "***Asimismo**, el Juez de Menores acordará que el secretario judicial remita testimonio de los particulares relativos al quebrantamiento de la medida al Ministerio Fiscal, por si el hecho fuese constitutivo de alguna de las infracciones a que se refiere el artículo 1 de la presente Ley Orgánica y merecedora de reproche sancionador.*" El término "Asimismo" permite un doble o segundo procedimiento –por unos mismos hechos-: se tramitan dos procedimientos contra el menor que ha cometido una única acción negativa con relevancia jurídica (el incumplimiento de la pena juvenil no privativa de libertad):

a) en primer lugar, el procedimiento establecido en el Art. 50.2 LORPM, a través del cual se impone la pena juvenil privativa de libertad, internamiento en centro semiabierto; este procedimiento finaliza mediante una resolución firme con forma de auto[1377];

b) en segundo lugar, la apertura de un segundo procedimiento como consecuencia de la expresión *"Asimismo"*, regulada en el Art. 50.3 LORPM; la nueva apertura implica el inicio de diligencias penales por presunto delito de quebrantamiento ex Art. 468.1 CP, tal y como en este sentido expresa la FGE: "… *el nuevo delito cometido (quebrantamiento) va a dar lugar a un nuevo expediente."*[1378] Este nuevo procedimiento penal se abre cuando el primero (el de la

---

1373 Véase MOLINA / CARRETERO, *op. cit.*, p. 127.
1374 En este contexto, véase FGE, Circular 1/2009, p. 16.
1375 En este contexto, véase la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 3ª, 12.11.2009, FJ 1º, (MP: Ilmo. Sr. D. Jesús María PASSOLAS MORALES).
1376 Véase MOLINA BLÁZQUEZ, C., "El quebrantamiento de las medidas impuestas en virtud de la Ley de responsabilidad penal de los menores: ¿un problema de 'bis in idem'?", publicado en la *web* del Observatorio Internacional de Justicia Juvenil y extraído de dicha *web* en el mes de agosto de 2009, http://www.oijj.org/documental 2004, p. 3 - 4.
1377 En virtud de los Arts. 13.2, 41.2 y 44.1 LORPM.
1378 Véase FGE, Circular Nº 1/2009, p. 16.

sustitución de la pena juvenil no privativa de libertad, incumplida, por otra privativa de libertad, en virtud del Art. 50.2 LORPM) ya ha finalizado –pues se resuelve de una manera sumarísima[1379]- mediante resolución que ha adquirido firmeza con efecto de cosa juzgada.

Observamos identidad de sujeto y de hecho en ambos procedimientos sancionadores (recordemos que no se exige la identidad de fundamento o de bien jurídico protegido para acreditar la presencia del prohibido "*bis in ídem*" procesal, tal y como ya se concluyó en el capítulo II); por tanto, el Art. 50.3 LORPM vulnera la regla del "*non bis in ídem*" procesal, al dar lugar a un nuevo expediente o procedimiento a un menor, por unos mismos hechos, que ya fueron resueltos mediante resolución judicial firme en virtud del Art. 50.2 LORPM.

En base a lo dicho, *concluimos* que la apertura de un segundo procedimiento penal mediante el Art. 50.3 LORPM, contradice el derecho fundamental a la legalidad penal en su garantía o manifestación de la regla del "*non bis in ídem*" procesal. Tal vulneración se produce porque ante una misma o única conducta (incumplir la pena juvenil no privativa de libertad), el menor responsable de dicho incumplimiento es sometido a dos procedimientos penales paralelos: el que se determina en el Art. 50.3 y en el Art. 50.2 LORPM.

4.3.2. Propuestas de mejora.

En este subepígrafe y en los siguientes detallamos varias propuestas "*de lege lata*" y "*de lege ferenda*" para mejorar el redactado y la aplicación de los Arts. 50.2 y 50.3 LORPM; estas recomendaciones se dirigen hacia la evitación del "*bis in ídem"* procesal, en la línea de impedir la segunda instrucción o el doble procedimiento, en virtud del Art. 50.3 LORPM.

4.3.2.1. Desistimiento de la acción penal.

En virtud del Art. 18 LORPM. De acuerdo con la garantía del "*non bis in ídem*" procesal, para evitar el segundo procedimiento (el establecido en el Art. 50.3 LORPM) no se debería deducir testimonio por delito de quebrantamiento ex Art. 468.1 CP[1380] (de este delito el menor puede ser acusado y en su caso, condenado a través del procedimiento establecido en los Arts. 50.3 y 1.1 LORPM). Esta recomendación viene precedida por estos razonamientos:

[1379] En este contexto, véase el procedimiento establecido en el Art. 50.2 LORPM.

[1380] En contra de la sustitución desfavorable, en virtud del Art. 50.2 LORPM y de imputar delito de quebrantamiento ex Art. 468.1 CP, se posicionan los fiscales de menores; en este marco, véase, FGE, Jornadas de los Fiscales Delegados de Menores. Conclusiones. Madrid. 16 y 17 de octubre de 2013, p. 8; véase, también, GARCÍA DÍEZ, *op. cit.*, p. 18.

FGE, Circular 1/2000[1381]: se contempla la opción de desistir de la acción penal. Del mismo modo en la Circular 1/2009: una vez abiertas diligencias preliminares por el delito de quebrantamiento de condena (en virtud de los Arts. 50.2, 50.3 y 468.1 CP), el Ministerio Público puede optar por el desistimiento en dichas diligencias preliminares, *"… por cumplirse las exigencias impuestas en el Art. 18 LORPM para la aplicación del principio de oportunidad."*[1382] Este desistimiento será posible siempre y cuando: "… *los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas o faltas, tipificadas en el Código Penal o en las leyes penales especiales*.", tal y como exige el citado Art. 18 LORPM. El delito de quebrantamiento de la pena juvenil no privativa de libertad reúne los requisitos para poder ser susceptible del desistimiento en virtud del Art. 18 LORPM, ya que es leve en el que, además, no concurre violencia o intimidación[1383]. Por este motivo proponemos el desistimiento de la acción penal ante el posible delito de quebrantamiento[1384], cuando el menor incumpla –de una manera leve, sin violencia ni intimidación- la pena juvenil no privativa de libertad[1385]. La FGE en su memoria 2010[1386] establece también la opción del desistimiento de la acción penal.

El senador URRUTIA ELORZA propuso, igual que antes hemos comentado en el contexto de la FGE, que no se instruyan diligencias preliminares –que se desista de la acción penal- por delito de quebrantamiento, bajo los siguientes términos: "*Se propone modificar el apartado 2 del artículo 50 del proyecto: (…)* [1387]***En este caso no se deducirá testimonio por quebrantamiento.***"[1388]

Doctrina. DE LA CUESTA / BLANCO[1389] consideran que no es perseguible el quebrantamiento de la pena juvenil no privativa de libertad. En la misma línea se pronuncia el GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL[1390] cuando afirma que el ministerio fiscal debería de desistir de la acción penal y por tanto, dicho fiscal no debería de incoar nuevo expediente por quebrantamiento en virtud del Art. 18 LORPM. En este marco *proponemos*

1381 Véase FGE, Circular 1/2000 Circular 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,* apartadoVI.2.C.- Desistimiento de la incoación del Expediente: juicio de oportunidad acerca del ejercicio de la acción penal.

1382 Véase FGE, Circular 1/2009, p. 20; igualmente, véase FGE, Circular 1/2010, de 23 de julio, *sobre el tratamiento desde el sistema de justicia juvenil de los malos tratos de los menores contra sus ascendientes*, p. 29.

1383 Tal y como señala la FGE, en su Circular 1/2009, p. 20.

1384 En este marco, véase FGE, Circular 1/2009, p. 20.

1385 No hemos de olvidar que este desistimiento de la acción penal no implica impunidad para el menor que ha quebrantado la pena juvenil *a través de la comisión de una infracción penal*, en virtud del Art. 47.3 LORPM, ya que, siempre será posible exigir responsabilidad civil, en virtud de los Arts. 19.2, 22.3, 30.1, 30.3, 61 y ss., LORPM.

1386 Véase FGE, Memoria 2010 (donde se expone el trabajo realizado durante el año 2009), Fiscal de Sala Coordinadora de Menores, p. 969.

1387 Negrita es mía.

1388 Véase URRUTIA ELORZA, Enmienda Nº 64, *op. cit.*

1389 Véase DE LA CUESTA ARZAMENDI / BLANCO CORDERO, *op. cit.*, p. 115.

1390 En este contexto, véase GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Un proyecto alternativo…, op. cit.*, p. 62.

introducir un apartado más en el Art. 50 LORPM, relativo al desistimiento, apartado que según dicho GRUPO DE ESTUDIOS podría tener la siguiente redacción: "… *el Ministerio Fiscal podrá instar al Juez de menores la sustitución de aquélla por otra de la misma naturaleza,* [1391]***debiendo desistir de acuerdo al artículo 18, de la incoación de un ulterior expediente.***"[1392]

Tribunales. La Audiencia Provincial de Valladolid[1393] valora igualmente, que el ministerio fiscal puede desistir de la acción penal.

4.3.2.2. Prejudicialidad penal.

Tal y como ya avanzamos en el Cap. II, subepígrafe 3.2.2 y en virtud de la institución de la prejudicialidad penal, sugerimos que ha de existir una sentencia condenatoria –en virtud del Art. 50.3 LORPM y del Art. 468.1 CP-, previa o inicial, por delito de quebrantamiento, tal y como sucede en la jurisdicción de adultos: "… *por ejemplo en el delito de receptación (artículo 298) tiene que existir una sentencia anterior condenatoria por delito contra la propiedad.*"[1394]. Después de tal sentencia, aplicaremos el mecanismo sustitutivo a peor (sustitución de la pena juvenil no privativa de libertad, incumplida, por la privativa de libertad) establecido en el Art. 50.2 LORPM. De esta manera no se incurre en el prohibido "*bis in ídem*" procesal (pues sólo se iniciaría un único procedimiento, el establecido en el Art. 50.3 LORPM).

A continuación, concretamos un poco más lo dicho anteriormente, con la finalidad de establecer un único procedimiento (en sustitución del doble procedimiento que actualmente se determina en los Arts. 50.2 y 50.3 LORPM), para impedir el "*bis in ídem*" procesal. En este marco recomendamos:

a) instar el procedimiento penal establecido en el Art. 50.3 LORPM, con la finalidad única de, en su caso, constatar la responsabilidad penal del menor en el delito de quebrantamiento de la pena juvenil no privativa de libertad;

b) y en el supuesto de que se constate dicha culpabilidad y responsabilidad del menor en el delito de quebrantamiento a través del procedimiento establecido en el Art. 50.3 LORPM, sólo después, proponemos aplicar el mecanismo sustitutivo que se regula en el procedimiento del Art. 50.2 LORPM. De esta manera se evita el segundo procedimiento –el

[1391] Negrita es mía.
[1392] Véase GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Un proyecto alternativo…, op. cit.*, p. 62.
[1393] Véase la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, S. 4ª, 7.4.2004, Fundamentos de Derecho, párrafo 7º, (MP: Ilmo. Sr. D. José Luís RUÍZ ROMERO).
[1394] Véase ROMERO TEJADA, *op. cit.*, p. 155.

del citado Art. 50.2- y el "*bis in ídem*" procesal, pues la culpabilidad y responsabilidad del menor ya se ha demostrado, en su caso, siguiendo el procedimiento establecido en el primero, en el Art. 50.3 LORPM (que se ha de seguir respetando las garantías procedimentales reguladas en el Art. 16 y ss LORPM).

Si no se acredita dicha culpabilidad –después de haber seguido el procedimiento establecido en el Art. 50.3 y en el Art. 16 LORPM en relación con el Art. 468.1 CP-, no se debería aplicar el mencionado mecanismo sustitutivo establecido en el Art. 50.2 LORPM, en virtud del principio de presunción de inocencia y del principio de legalidad penal y de seguridad jurídica, en su manifestación del "*non bis in ídem*".

En resumen, la cuestión prejudicial a resolver o que proponemos tramitar previamente (antes de iniciar el procedimiento –la sustitución desfavorable- establecido en el Art. 50.2 LORPM) es el decidir –por parte del juez de menores- si ha habido quebrantamiento o no de la ejecución de la pena juvenil no privativa de libertad, a través del procedimiento establecido en el Art. 50.3 y en el Art. 16 y ss LORPM, en relación con el Art. 468.1 CP.

En base a lo dicho, *concluimos* lo siguiente a favor de la legalidad penal, de la seguridad jurídica y del "*non bis in ídem*": se podrá aplicar una sanción, que será el internamiento en centro semiabierto, en sustitución de la pena juvenil no privativa de libertad, que se ha incumplido y quebrantado –siempre y cuando el delito cometido inicialmente conlleva privación de libertad, para así respetar el principio de proporcionalidad; sólo si se ha acreditado judicialmente a través de un proceso debido que ha habido delito de quebrantamiento. Por ello, consideramos que es suficiente un único procedimiento (el establecido en el Art. 50.3 junto con el Art. 16 y ss LORPM) para aplicar dicha sanción y para dar cumplimiento a la regla del "*non bis in ídem*" procesal.

4.3.2.3. Otras propuestas.

Estas otras soluciones pasan por inaplicar los Arts. 50.2 y 50.3 y, en su lugar, aplicar el Art. 51.1 LORPM. Legalmente es posible esta solución; de esta manera, se prescinde del mecanismo sustitutivo previsto en dicho Art. 50.2 LORPM; en su lugar, proponemos aplicar el procedimiento establecido en el Art. 51.1 LORPM[1395], evitando así el "*bis in ídem*" desde la vertiente procesal.

[1395] En este contexto, véase Auto del Juzgado de Menores Nº 1 de Barcelona, 13.3.2008, (Magistrada: Ilma. Sra. Dña. María Sagrario GUITART PEÑAFIEL); de la misma magistrada y del mismo Juzgado de Menores Nº 1 de Barcelona, véase el Auto de fecha 26.6.2013, ejecutoria Nº 130/2012, a través del cual se resolvió sustituir en

La LORPM deja libertad de elección (entre el Art. 50.2 y el Art. 51.1 LORPM[1396]) al ministerio fiscal a la hora de instar o no la sustitución de la pena juvenil no privativa de libertad, incumplida, por otra pena juvenil privativa de libertad. Ante esta libertad, sugerimos prescindir de la aplicación del Art. 50.2 y, en su lugar, seguir el procedimiento previsto en el Art. 51.1 LORPM.

En resumen, se podría aplicar el Art. 51.1 LORPM únicamente. De esta disposición legal no se deduce un segundo procedimiento; de esta manera se evitaría el "*bis in ídem*" procesal.

4.4. Derecho fundamental a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes.

En este subepígrafe, tratamos este derecho[1397] en la jurisdicción de menores, a propósito del ATC Nº 33/2009, de 27 de enero, y –consecuencia directa de dicho ATC- de la Circular 1/2009, de 27 de abril de la FGE.

En primer lugar, cabe decir que el derecho aquí estudiado tiene relación directa con la tutela judicial efectiva y con la legalidad penal – seguridad jurídica, pues se puede encuadrar en el Art. 24.1[1398] y en el Art. 9.3 CE[1399].

---

virtud de lo regulado en el Art. 51.1 LORPM la pena juvenil no privativa de libertad (libertad vigilada) por la pena juvenil de internamiento en régimen semiabierto, al haber incumplido dicha pena juvenil de libertad vigilada.

1396 Excepto si el menor comete una infracción penal durante el período de ejecución; en este caso, sería de aplicación el Art. 47.3 en relación con el Art. 50.2 LORPM.

1397 Sobre el derecho fundamental a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, véase el ATC 33/2009, de 27 de enero, FJ 7º; también, la STC, Pleno, 29.3.2012, (MP: Excmo. Sr. D. Luis Ignacio ORTEGA ÁLVAREZ); AYO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 250 – 251, y su nota a pie de página Nº 367 y Nº 368 haciendo referencia a diversas sentencias del TC relativas al derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes; véase igualmente CORDÓN MORENO, *op. cit.*, p. 191; también, FGE, Circular 1/2009, de 27 de abril, p. 8.

1398 En este contexto, véase la STC, S. 1ª, 12.3.2007, FJ 2º, (MP: Excma. Sra. Dña. María Emilia CASAS BAAMONDE). Respecto a la jurisprudencia constitucional y del Supremo, acerca del derecho fundamental a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes (en relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ex Art. 24.1 CE), es necesario resaltar las resoluciones más citadas por la doctrina, en concreto: STC, S. 2ª, 30.10.1989, FJ 6º, (MP: Excmo. Sr. D. Francisco RUBIO LLORENTE); STC, S. 1ª, 8.5.2006, (MP: Excmo. Sr. D. Jorge RODRÍGUEZ – ZAPATA PÉREZ); STC, S. 1ª, 20.11.2006 (MP: Excma. Sra. Dña. María Emilia CASAS BAAMONDE); STC, S. 3ª, 22.12.2008, (MP: Excmo. Sr. D. Eugeni GAY MONTALVO); STC, S. 1ª, 5.11.2007, (MP: Excmo. Sr. D. Manuel ARAGÓN REYES); STC, S. 2ª, 10.12.1991, (MP: Excmo. Sr. D. Eugenio DÍAZ EIMIL); STS, S. 2ª, 26.2.2009, (MP: Excmo. Sr. D. Manuel MARCHENA GÓMEZ). El principio o derecho a la intangibilidad de las resoluciones firmes, también, denominado "Derecho a la inmodificabilidad de la sentencia", la doctrina lo entiende incluido en el Art. 24.1 CE, en el derecho a la tutela judicial efectiva (también en el Art. 161 LECRIM y en el Art. 267 LOPJ). Sobre este derecho a la intangibilidad de las resoluciones firmes, en relación con el aquí comentado ATC Nº 33/2009, de 27 de enero, véase MONTERO HERNANZ, "La doctrina…", *op. cit.*

1399 Tal y como afirma la STC, S. 1ª, 5.11.2007, FJ 4º, párrafo 2º, (MP: Excmo. Sr. D. Manuel ARAGÓN REYES). Véase, también, el ATC, Sala 3ª, 26.1.2009, FJ 2º, y, también, la STC, S. 1ª, 8.5.2006, FJ 3º, (MP: Excmo. Sr. D. Jorge RODRÍGUEZ – ZAPATA PÉREZ).

En segundo lugar y ya entrando en materia, la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 3ª, promovió dos cuestiones de inconstitucionalidad[1400]. La finalidad de ambas fue el confrontar el Art. 50.2 y el Art. 51.1 LORPM con la seguridad jurídica del Art. 9.3 CE, cuestiones que finalizaron con el ATC Nº 31/2009 y con el ATC Nº 33/2009.

El TC[1401] consideró que la confrontación de los preceptos legales cuestionados por la citada Audiencia Provincial de Barcelona era más apropiada realizarla en relación con el derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, y no con el principio de seguridad jurídica ex Art. 9.3 CE, a pesar de que la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Barcelona confrontó el citado Art. 50.2 LORPM con tal principio.

Según el TC dicha agravación de la pena juvenil o sustitución desfavorable, regulada en los Arts. 50.2 y 51.1 LORPM, son "… *supuestos y casos taxativamente previstos por la Ley*."[1402] (taxatividad prevista por la Ley que es la condición para considerar satisfecho el derecho fundamental a la intangibilidad de las resoluciones firmes). Por ello y según el TC[1403], tal derecho no se ve alterado por la regulación del Art. 50.2 y del Art. 51.1 LORPM y, en consecuencia, no es vulneradora de la seguridad jurídica.

Ciertamente, la sustitución desfavorable o agravación – modificación de la pena juvenil no privativa de libertad, incumplida, en otra privativa de libertad se realiza, tal y como se posiciona el TC, ante "… *supuestos y casos taxativamente previstos por la Ley*."[1404] En este sentido la citada regulación establecida en el Art. 50.2 y en el Art. 51.1 LORPM satisface las exigencias de tal derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes; desde esta perspectiva, no se pueden variar bajo ningún concepto, excepto en aquellos casos[1405] que están previstos por la ley taxativamente, como es el caso que nos ocupa.

Después de lo dicho, *concluimos* que la argumentación jurídica del TC, contenida en el ATC 33/2009, de 27 de enero, no es del todo acertada. Consideramos que es insuficiente que, por el hecho de que el supuesto de hecho (la posibilidad de modificar la sentencia firme) esté previsto taxativamente en la Ley, ya deba de entenderse que la regulación contenida en el Art. 50.2 y en el Art. 51.1 LORPM es compatible con el marco constitucional, con el derecho a la intangibilidad de las resoluciones firmes; es insuficiente porque hay otros requisitos y garantías penales (derecho a un proceso debido, principalmente) que los dos mencionados artículos no superan.

1400 Promovió dos cuestiones de inconstitucionalidad mediante dos autos, el primero, de fecha 14 de julio de 2008 y, el segundo, de fecha 12 de setiembre de 2008.
1401 Véase el ATC Nº 33/2009, de 27 de enero, FJ 6º.
1402 Véase el ATC Nº 33/2009, de 27 de enero, FJ 7º, párrafo 4º.
1403 *Loc. ult. cit.*
1404 *Loc. ult cit.*
1405 El recurso de revisión, en virtud del Art. 954 y ss LECRIM; también, el recurso de amparo.

4.5. Derecho fundamental a la proporcionalidad.

En coherencia con el problema y objetivo detallado en el epígrafe inicial de este capítulo, este subepígrafe se ciñe al encaje difícil del Art. 50.2 LORPM con la Constitución por contrariar la proporcionalidad penal[1406]. No obstante tal problema ya fue resuelto por el TC, a través del ATC Nº 33/2009, de 27 de enero[1407]; aunque no de una manera satisfactoria, según concluimos en esta investigación.

El problema que planteamos analizar y resolver es el siguiente: el Art. 50.2 regula la posibilidad de que se pueda sustituir la pena juvenil que se ejecuta en medio abierto, en caso de incumplimiento, por otra más gravosa en cuanto a un mayor grado de restricción de libertad. En este contexto, consideramos que dicha sustitución vulnera la proporcionalidad[1408].

Para abordar el problema descrito relativo a la exasperación punitiva que se contiene en el Art. 50.2 LORPM, nos planteamos *el objetivo* siguiente:

a) detallar los posicionamientos jurídicos que han tratado la vulneración de la proporcionalidad por parte del ahora criticado Art. 50.2 LORPM;
b) realizar las correspondientes conclusiones y propuestas de mejora, en la dirección de limitar el alcance punitivo del Art. 50.2 LORPM[1409].

El logro de estos objetivos lo desarrollamos a partir del subepígrafe siguiente, detallando los posicionamientos más esenciales que ayudarán a conseguir tales objetivos.

4.5.1. Posicionamientos jurídicos.

El Tribunal Constitucional se posiciona en relación con la posible vulneración de la proporcionalidad en el Art. 50.2 LORPM, a través del aquí analizado ATC 33/2009. De este ATC, se deduce que no incurre en desproporción.

Los párrafos siguientes van dirigidos a demostrar que tal artículo es incompatible con las exigencias del principio de proporcionalidad penal[1410]: sí constituye una exasperación

1406 En este contexto, véase GARCÍA PÉREZ, M. F., "Experiencias…", *op. cit*., p. 156, esta autora valora el Art. 51.1 LORPM bajo el razonamiento de que no se puede sustituir una pena juvenil por otra más grave a través de dicho Art. 51.1 LORPM, por ser contraria dicha substitución al principio de proporcionalidad.
1407 Véase ATC Nº 33/2009, de 27 de enero, FJ 6º, refiriéndose al Art. 50.2 LORPM.
1408 No obstante, la AP de Madrid sostiene que no hay vulneración de la proporcionalidad en el Art. 50.2 LORPM, en este sentido, véase el Auto AP de Madrid, S. 4ª, 5.12.2003, FJ 3º, párrafo 2º, (MP: Ilmo. Sr. D. Alejandro María BENITO LÓPEZ).
1409 En este contexto, se posiciona la FGE en su Circular 1/2009, p. 15.
1410 Tal y como señala ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2007, *op. cit*., p. 489; igualmente, véase GARCÍA DÍEZ*, op. cit*., p. 20 – 21.

punitiva al sustituir una pena juvenil no privativa de libertad, cuando ésta se incumple, por otra privativa de libertad.

La regulación establecida en el citado Art. 50.2 LORPM contiene desproporción si, en base a lo establecido en el Art. 8.2 LORPM, utilizamos la legislación penal de adultos -en virtud de la DF 1ª LORPM- como parámetro de comparación, para apreciar la desproporcionalidad que vamos a argumentar: según el Art. 468.1 CP quebrantar la condena cuando ésta no es privativa de libertad (como es el caso que nos ocupa, el incumplimiento, que puede dar lugar al quebrantamiento, de las penas juveniles no privativas de libertad), la pena asociada es, también, no privativa de libertad (en concreto, es multa). En cambio –y aquí viene la desproporción-, el incumplimiento de una pena juvenil no privativa de libertad está penado con privación de libertad, según el aquí criticado Art. 50.2 LORPM.

Desde esta perspectiva podemos afirmar que, en virtud del Art. 8 párrafo 2º LORPM, dicho Art. 50.2 LORPM es más restrictivo de derechos que el Art. 468.1 CP, restricción que es desproporcionada, más agravatoria que la del CP; por ello cabe recordar que no se puede reprimir a un menor más que a un adulto, ni en cantidad, en virtud del Art. 8 LORPM, ni en calidad –en cuanto a restricción de libertades- si ambos han realizado la misma infracción penal.

La FGE[1411] señala la vulneración de la proporcionalidad que existe en el Art. 50.2 LORPM; considera que se incurre en desproporción por los mismos motivos que hemos apuntado en el párrafo anterior. Por ello, opta a favor de que la sustitución de la pena juvenil no privativa de libertad que se ha incumplido, sea sustituida por otra de la misma naturaleza, no por otra más gravosa o de internamiento, para no vulnerar la proporcionalidad.

No obstante según la opinión –que compartimos- de la FGE[1412], dicha pena juvenil no privativa de libertad, incumplida, sí podrá ser sustituida por otra más gravosa o privativa de libertad –respetando la proporcionalidad-: se podrá sustituir a peor siempre y cuando el hecho criminal cometido inicialmente –a consecuencia del cual se condenó al menor a una pena juvenil no privativa de libertad que ha incumplido- fuese merecedor de una pena juvenil privativa de libertad, de acuerdo con la penalidad establecida en el CP y en los Arts. 9 y 10 LORPM.

[1411] Véase FGE, Circular 1/2009, p. 5 y p. 18. La FGE, a través de esta Circular, es coherente con el principio de proporcionalidad; sobre la posición jurídica de la FGE en relación con la disposición legal aquí analizada el Art. 50.2 LORPM y en el marco de la proporcionalidad, véase la citada FGE, Circular 1/2009, apartado 6.- "Requisitos materiales: principio de proporcionalidad", p. 13 y ss.

[1412] En este contexto, véase FGE, Circular 1/2009, p. 6.

Durante la reforma de la LORPM mediante la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, *por la que se modifica la LORPM*, ya se intentó reformular el actual redactado del Art. 50.2 LORPM en el sentido que proponemos en esta tesis, tal y como afirma la FGE: "… *sería recomendable poner límites al artículo 50.2º para que no se pueda calificar como una reformatio in peius sin nuevo juicio o como una* [1413]***quiebra del principio de proporcionalidad, por imponerse una medida privativa de libertad por un delito de quebrantamiento, que no está castigado con pena de prisión en el Código Penal.***"[1414]

La normativa internacional a través de la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa[1415], propone tener presente el hecho criminal cometido inicialmente (tal y como ya hemos comentado anteriormente, respecto a la FGE) antes de tramitar la sustitución de la pena juvenil no privativa de libertad, incumplida, por otra privativa de libertad, propuesta que compartimos totalmente en esta investigación.

De lo anterior se deduce que, si la pena juvenil prevista por el hecho criminal que el menor cometió inicialmente no era privativa de libertad, no puede imponerse la pena juvenil privativa de libertad –internamiento-, por ser desproporcionada, como sustitución de la pena juvenil no privativa de libertad –inicialmente impuesta y que ha sido incumplida-, con fundamento en el Art. 50.2 LORPM.

Doctrina especializada en Derecho penal juvenil[1416]. El Art. 50.2 LORPM puede ser contrario al principio de proporcionalidad que regula el Art. 8.2 LORPM, tal y como en este marco se posiciona ORNOSA FERNÁNDEZ cuando afirma respecto a dicho Art. 50.2, que: "… *se vulnera el principio de proporcionalidad que contiene el Art. 8.2.*"[1417] También según FARALDO CABANA[1418], la sustitución de una pena juvenil no privativa de libertad, incumplida, por otra privativa de libertad, no parece idónea en aquellos supuestos de violencia doméstica en los que el menor infringe alguna de las prohibiciones establecidas en el Art. 48 CP y en el Art. 7.1.i) LORPM. En este contexto dicha autora propone que ante la desproporción de imponer una

[1413] Negrita es mía.
[1414] Véase FGE, Circular 1/2009, p. 15.
[1415] En este marco, véase la Regla 48.4 de la Recomendación CM/R (2008) 11 del Comité de Ministros, del Consejo de Europa, a los Estados miembros *sobre las reglas europeas para infractores menores de edad sometidos a sanciones o medidas* (Adoptada por el Comité de Ministros el 5 de noviembre de 2008 en la 1040ª reunión de los representantes de los ministros) D.2. Consecuencias de los incumplimientos.
[1416] En este contexto, véase ABEL SOUTO, M., "La reforma de 25 de noviembre de 2003 en materia de principio acusatorio y la proporcionalidad garantizada por la Ley penal del menor", en *Estudios penales y criminológicos*, Nº 24, 2002 - 2003, pp. 7 – 57, p. 42, nota a pie de página Nº 241; DE LA ROSA CORTINA, *La responsabilidad…, op. cit.*, p. 269, nota a pie de página Nº 35; GARCÍA PÉREZ, M. F., "Experiencias…", *op. cit.*, p. 150; DE LA CUESTA ARZAMENDI / BLANCO CORDERO, *op. cit.*, p. 115.
[1417] Véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2007, *op. cit.*, p. 488 – 489.
[1418] Véase FARALDO CABANA, *op. cit.*, p. 24.

pena juvenil privativa de libertad sería más idóneo: "… *endurecer las condiciones de ejecución de la medida, previendo como refuerzo en caso de incumplimiento la imposición del control electrónico como sanción.*"[1419]

Tribunales. A continuación detallamos algunas resoluciones de diferentes tribunales y de jueces de menores que consideran que el Art. 50.2 LORPM puede vulnerar el principio de proporcionalidad:

- la Audiencia Provincial de Guadalajara[1420] considera que la sustitución de una pena juvenil de libertad vigilada por otra de internamiento es desproporcionada;

- la Audiencia Provincial de Las Palmas[1421] señala que el citado Art. 50.2 LORPM *"… vulnera el principio de proporcionalidad contenido en el Art. 8.*"[1422];

- según la Audiencia Provincial de Madrid[1423], se incurre en desproporción si se sustituye la pena juvenil no privativa de libertad, incumplida, por otra más gravosa, en virtud del Art. 50.2 LORPM, si el hecho criminal cometido inicialmente no conlleva privación de libertad;

- según la Audiencia Provincial de Zaragoza, el Art. 50.2 LORPM: "*Que puede dar lugar a una posible conculcación del principio de proporcionalidad contenido en el Art. 8.2.*"[1424]

- el Juzgado de Menores Nº 2 de Zaragoza[1425] observa riesgo de inconstitucionalidad, por posible vulneración del principio de proporcionalidad;

- los jueces de menores asistentes a las jornadas de Jueces de Menores organizadas por el CGPJ en el año 2001, consideran que la redacción del Art. 50.2 LORPM puede ser contraria a "… *los principios acusatorio y de proporcionalidad que regula el art. 8 de la LORRPM.*"[1426]

[1419] *Loc. ult. cit.* Esta propuesta de sanción mediante control telemático, y que compartimos, es posible aplicarla en virtud del Art. 7.1.h) 7ª LORPM, en caso de que al menor se le haya impuesto la pena juvenil de libertad vigilada junto con alguna de las prohibiciones establecidas en el Art. 7.1.i) LORPM o en el Art. 48 CP.

[1420] Véase el Auto de la Audiencia Provincial de Guadalajara, S. 1ª, 25.1.2007, FJ 1º, (MP: Ilma. Sra. Dña. Isabel SERRANO FRÍAS).

[1421] Véase el Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas, S. 1ª, 13.2.2007, FJ 1º, (MP: Ilmo. Sr. D. Secundino ALEMÁN ALMEIDA).

[1422] Art. 8 LORPM quiere decir.

[1423] Véase el Auto de la AP de Madrid, S. 4ª, 5.12.2003, FJ 3º, párrafo 2º, (MP: Ilmo. Sr. D. Alejandro María BENITO LÓPEZ).

[1424] Este párrafo que resume la problemática que contiene el Art. 50.2 ha sido obtenido del Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, S. 1ª, 30.3.2005, (MP: Ilmo. Sr. D. Antonio Eloy LÓPEZ MILLÁN).

[1425] Véase la Ejecutoria Nº 64/2004, que consta en el auto de fecha 7 de diciembre de 2004, por el que se acuerda no haber lugar a la sustitución de pena juvenil al menor JM; véase el Auto (que resuelve el recurso interpuesto por el ministerio fiscal contra el mencionado auto de dicho Juzgado de Menores) de la Audiencia Provincial de Zaragoza, S. 1ª, 30.3.2005, FJ 1º, (MP: Ilmo. Sr. D. Antonio Eloy LÓPEZ MILLÁN).

[1426] Véanse las jornadas de Jueces de Menores organizadas por el Consejo General del Poder Judicial, Servicio de Formación Continuada, durante los días 23, 24 y 25 de abril de 2001. Véase la conclusión Nº 12 de dichas Jornadas de Jueces de Menores, esta conclusión consta en *Cuadernos de Derecho Judicial.* Nº 3, "Conclusiones elaboradas por los participantes en el curso sobre la responsabilidad penal de los menores", pp. 589 – 597.

En base a lo dicho *concluimos* que existe desproporción con claridad si comparamos la consecuencia jurídica establecida en el CP, Art. 468.1 (multa), y en la LORPM, Art. 50.2 (privación de libertad), ante una infracción idéntica o similar: incumplir la condena, la pena juvenil no privativa de libertad.

4.5.2. Propuestas de mejora.

Con la finalidad de superar el problema mencionado antes, y que se ha concretado en la conclusión anterior referida a que el Art. 50.2 LORPM incurre en desproporción, apuntamos las recomendaciones siguientes.

Primera: dejar "libre" –sin ninguna consecuencia jurídica más- al menor, en caso de que el incumplimiento sea leve y en caso de que le quede poco tiempo para cumplir la pena juvenil no privativa de libertad que se ha incumplido. Si se comprueba que la pena juvenil no privativa de libertad (libertad vigilada, por ejemplo) no da unos resultados positivos mínimamente, porque se observa un incumplimiento leve, en la conducta del menor sentenciado a dicha pena juvenil, se podría:

- suspender la ejecución de oficio –sin ninguna consecuencia jurídica más-, o instarla por parte del ministerio fiscal[1427], tal y como está previsto en el Art. 40.1 LORPM, siempre y cuando se den los requisitos establecidos en el Art. 40.2 LORPM;
- o cancelar la pena juvenil no privativa de libertad (dejarla sin efecto), opción regulada en el Art. 13.1 y 51.1 LORPM.

Segunda: hemos de tener presente que la infracción penal cometida inicialmente[1428] ha de conllevar privación de libertad, a la hora de sustituir la pena juvenil no privativa de libertad –que se impuso al menor autor de tal infracción penal-, incumplida, por otra privativa de libertad. Por ello proponemos en primer lugar, que se inste la sustitución desfavorable, en virtud del mecanismo sustitutivo establecido en el Art. 50.2 LORPM únicamente, y de acuerdo con la FGE, "… *cuando el delito por el que se impuso la medida no privativa de libertad hubiera podido ser sancionado con medida privativa de libertad, por estar prevista, en el Código Penal, pena de la misma*

[1427] Esta posibilidad se recoge en la Instrucción 1/1993, de 16 de marzo, *sobre líneas generales de actuación del Ministerio Fiscal en el Procedimiento de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio.*

[1428] En este contexto, véase FGE, Circular 1/2009, de 27 de abril, pp. 18 – 20; véase, también, la regla 41.1 y la Regla 48.4 (Reglas destinada a recomendar pautas de actuación acerca del incumplimiento de la pena juvenil no privativa de libertad), Reglas que se contienen en la *Recomendación CM/R (2008) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre las reglas europeas para infractores menores de edad sometidos a sanciones o medidas.*

naturaleza."[1429]; y en segundo lugar, regular el requisito de las características del hecho criminal cometido inicialmente en la LORPM: el artículo 50.2 LORPM no regula -y aquí sugerimos que sí debería regular- tal requisito, que sólo se pueda sustituir la pena juvenil no privativa de libertad –incumplida- por otra privativa de libertad cuando el hecho criminal cometido inicialmente conlleva privación de libertad.

Tercera: absolución en el delito de quebrantamiento de condena. Proponemos que el ministerio fiscal inste tal absolución al juez de menores, para así vetar la desproporción (al "castigar" mediante una segunda consecuencia jurídica al menor que ha incumplido, en virtud del Art. 50.3 LORPM, artículo que obliga al juez de menores a abrir nuevo expediente judicial, por presunto delito de quebrantamiento, a dicho menor) que se produce tras la sustitución agravatoria establecida en el Art. 50.2 LORPM. En este sentido compartimos la solución aportada por la FGE que sugiere la opción de que, "… *tras la modificación agravatoria, un eventual pronunciamiento absolutorio en relación con el quebrantamiento de condena*." [1430]

4.6. Toma de postura.

El argumento que exponemos aquí gira alrededor de la premisa siguiente, que ha guiado todo lo dicho hasta aquí, en relación con el mantenimiento de las garantías penales en la legislación penal de menores, en concreto en el articulado que regula el incumplimiento de la pena juvenil no privativa de libertad: hemos de preservar el garantismo ante el problema aquí planteado –la *reformatio in peius*- o vulneración de las garantías constitucionales derivadas de la legalidad penal y de la seguridad jurídica (garantía criminal, penal, jurisdiccional, de ejecución y de proporcionalidad) hasta el final. Desde este contexto, nuestra toma de postura se dirige hacia la preservación del garantismo, en el mismo sentido que plantea CERVELLÓ / COLÁS: "*La razón que ha llevado al legislador a contemplar esta especie de reformatio in peius parece ser la pretensión de evitar los constantes incumplimientos de la libertad vigilada (…) Es preferible, sin embargo, mantener el garantismo hasta el último extremo, ya que si se trata de un Derecho penal de carácter educativo, ante el incumplimiento de una medida, no hay que optar por una más grave y posiblemente más eficaz, sino por aquella que, sin perjudicar la situación en que se encuentra el menor, atienda al déficit educativo que contribuye al quebrantamiento.*"[1431]

[1429] Véase FGE, Circular 1/2009, p. 19 – 20.
[1430] Véase FGE, Circular 1/2009, p. 14.
[1431] Véase CERVELLÓ / COLÁS, *op. cit*., p. 151.

CAPÍTULO VI

OTROS PROBLEMAS RELATIVOS A LA LEGALIDAD Y A LA SEGURIDAD JURÍDICA

1. Infracción de la seguridad jurídica y del derecho a un proceso debido.

Los problemas de legalidad penal y de seguridad jurídica hasta aquí estudiados y concentrados en los Arts. 50.2 y 51.1 LORPM se extienden a otros preceptos legales de la LORPM (que estudiamos en este capítulo) y del reglamento (que abordamos en el siguiente). Como consecuencia, hemos visto la necesidad de describir y afrontar dichos problemas para hacer más completo este trabajo de investigación.

1.1. Arbitrariedad judicial y seguridad jurídica.

Art. 7.1.h).7ª. Según este artículo de la LORPM, una de las penas juveniles susceptibles de ser impuestas a los menores infractores es la libertad vigilada. Si se impone dicha pena juvenil, el menor no sólo estará obligado a mantener las entrevistas establecidas en el programa educativo individualizado, en algunos casos (cuando el juez de menores lo considere conveniente) deberá cumplir también reglas de conducta. Una de estas reglas -la citada regla 7ª, del Art. 7.1.h)- prescribe lo siguiente: "***Cualesquiera otras obligaciones que el Juez***[1432]*, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal,* ***estime convenientes*** *para la reinserción social del sentenciado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona."*[1433]

Este tipo de redacciones indeterminadas implican el riesgo de vulneración del principio de legalidad y el de separación de poderes, derivado del Estado de Derecho. A través de la disposición legal ahora criticada, el legislador desplaza la función de señalar lo que está

[1432] Negrita es mía.
[1433] Esta regla de conducta es casi idéntica a la regulada (en forma de obligación o deber) en el Art. 83.1.9ª CP, regla destinada a los casos de suspensión de la pena privativa de libertad.

prohibido al poder judicial[1434], y ese desplazamiento está vetado en virtud del límite que el principio de legalidad impone al *ius puniendi*[1435].

Esta vulneración ya la tuvo en cuenta la Fiscalía General del Estado[1436], proponiendo como solución que el contenido de dichas reglas y obligaciones quede definido con los contornos más precisos posibles al dictarse la sentencia, de modo que ésta determine expresamente a cuáles de las reglas de conducta previstas en el artículo 7.h) se someterá el menor.

No obstante, esta solución no da respuesta al problema de indeterminación, ya que la FGE se limita a proponer que el juez de menores habrá de definir a qué regla de conducta, de las previstas en el Art. 7.1.h), habrá de someterse el menor, al dictar sentencia, pero no cuestiona la vaguedad e indeterminación del precepto legal.

En base a lo dicho, *concluimos* que se confiere un margen de discrecionalidad excesivo al juez de menores a través del Art. 7.1.h) 7ª LORPM, porque está redactado con una amplitud legal desmesurada. Tal amplitud ofrece la opción de crear penas juveniles o reglas de conducta al poder judicial, potestad reservada únicamente al poder legislativo en virtud del principio de la división de poderes y del de reserva de ley.

En este contexto, este artículo presenta problemas de tipicidad, de taxatividad deficitaria o insuficiente, que derivan o pueden derivar en arbitrariedad judicial a la hora de la imposición de la regla de conducta que acompaña a la pena juvenil –libertad vigilada- que se impone al menor infractor.

Estamos ante una dificultad determinante de control sobre el ejercicio de la discrecionalidad judicial[1437], pero también, acerca de la potestad de la redacción de las normas penales por parte del legislador.

Por su redacción excesivamente amplia e indefinida al contener una cláusula abierta en su dicción[1438], consideramos que este artículo es incompatible con la legalidad penal.

1434 Sobre la prohibición de la creación judicial del Derecho, véase DE VICENTE MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 28.

1435 Véase la STS, S. 2ª, 5.10.1990, FJ 1º, párrafo 2º, (MP: Excmo. Sr. D. José Hermenegildo MOYNA MÉNGUEZ).

1436 En este contexto, véase la FGE, Circular 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,* Regla V.1, "Elenco de medidas", p. 11.

1437 Sobre "El control del ejercicio de potestades discrecionales" (título utilizado por el autor), véase GONZALEZ CUELLAR, *op. cit.*, p. 43 y ss. Sobre la relación existente entre el principio de legalidad y la discrecionalidad judicial, véase "El principio de legalidad en el proceso penal en relación con la discrecionalidad" (título que utiliza el autor), RUIZ VADILLO, *op. cit.*, apartado VII.

1438 véase FARALDO CABANA, *op. cit.*, documento electrónico, p. 35; también, sobre la excesiva amplitud con que está redactada la ahora comentada regla 7ª, véase RODRÍGUEZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 91.

En función de las conclusiones anteriores, *proponemos* en primer lugar que no se debe regular una condena o pena juvenil con una descripción tan amplia, indeterminada y por tanto, confusa en un texto legal, porque se pone en duda el principio de legalidad y se transgrede el derecho a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos ex Art. 9.3 CE. Por todo ello, recomendamos que se suprima del texto legal la frase "*Cualesquiera otras obligaciones que el Juez (…) estime convenientes."*

En segundo lugar, las definiciones sirven de mucho a la hora de precisar la ley penal[1439], ya que aportan un elevado grado de claridad normativa y concreción semántica; esta concreción debería realizarla el legislador, en relación con el supuesto de hecho, la consecuencia jurídica u otros aspectos esenciales de la norma jurídico–penal. En el caso que nos ocupa se trataría de definir esas "*otras obligaciones*". Además, la definición por parte del legislador de esas obligaciones "*que el juez estime convenientes*", puede ser un medio más para combatir la arbitrariedad judicial -y por tanto, para limitar el ejercicio de la facultad punitiva del Estado[1440]- que se produce en el artículo Art. 7.1.h) 7ª LORPM.

Art. 7.3[1441] (el problema que subyace en este precepto legal se repite en el Art. 28.2 LORPM, siendo nuestra crítica extensible a dicho Art. 28.2). Según el mencionado Art. 7.3, para elegir la pena juvenil más idónea el juez 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 e interés del menor.***"[1442]

Esta disposición legal determina también un margen de maniobra excesivo en relación con la decisión judicial discrecional, permite tener en cuenta circunstancias ajenas al hecho delictivo (las circunstancias sociofamiliares, la edad, la personalidad y el interés del menor) "*especialmente*", a la hora de elegir la pena juvenil por parte del órgano judicial, y de instar su aplicación por parte del ministerio fiscal.

Esta posibilidad o margen de maniobra amplio que el legislador permite al juez de menores lo consideramos excesivo desde la legalidad penal y la seguridad jurídica, puesto que dicha redacción (en concreto la expresión "*especialmente*") parece dar prioridad a dichas

[1439] En este contexto, véase SÁNCHEZ OSTIZ GUTIÉRREZ, P., "Relevancia de las definiciones legales en la aplicación del Derecho penal", en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?* Juan Pablo Montiel Fernández (editor). Barcelona. Madrid. Buenos Aires. 2012, pp. 207 – 224, p. 209 y ss.
[1440] En este contexto, véase SÁNCHEZ OSTIZ, "Relevancia…", *op. cit*., p. 216 y ss.
[1441] Este artículo 7.3 LORPM ha sido tachado de inconstitucional por la doctrina especializada en Derecho penal juvenil; en este marco, véase CARMONA SALGADO, "Algunas observaciones…", *op. cit*., apartado III, párrafo 9º.
[1442] Negrita es mía.

circunstancias antes que a la prueba y a la valoración jurídica de los hechos[1443] a la hora de elegir e imponer la pena juvenil más idónea.

Antecedentes legislativos. A continuación una breve reseña que ayudará a entender mejor nuestra crítica a este artículo. Varios jueces de menores[1444] confrontaron la LTTM con la Constitución –a través de las diversas cuestiones de inconstitucionalidad que presentaron ante el TC, durante el período 1989 a 1990-, porque consideraron inconstitucional el Art. 16 LTTM debido a que tenía en cuenta las "*condiciones morales y sociales*" del menor infractor. En el mismo sentido que estos jueces, consideramos aquí que el Art. 7.3 puede ser contrario al principio de legalidad[1445], porque tiene en cuenta del mismo modo las circunstancias familiares, personalidad o interés del menor a la hora de elegir e imponer la pena juvenil.

En base a lo comentado anteriormente, *concluimos* lo siguiente: debido a que el órgano judicial podrá tener en cuenta aspectos externos a las características objetivas del delito, como las mencionadas circunstancias sociofamiliares, a la hora de seleccionar y aplicar la pena juvenil, en virtud del Art. 7.3 LORPM, se dificulta o se introduce un criterio de distorsión –que es criticable desde el contexto protector de la legalidad penal y la seguridad jurídica, en concreto desde la garantía criminal, "*lex certa*"- a la hora de saber qué pena juvenil corresponde al hecho criminal cometido, pues, esta pena juvenil dependerá no sólo de la prueba, de las características o magnitud (gravedad o levedad) del hecho criminal sino también –y de una manera "especial"- de las circunstancias del menor, en virtud del principio del interés superior del menor, principio rector en la legislación penal de menores.

En función de la conclusión anterior *proponemos* en primer lugar, que no deben de valorarse las circunstancias familiares y sociales *"especialmente"*, a la hora de seleccionar e imponer la pena juvenil. Sugerimos que se tenga en cuenta prioritariamente, la valoración jurídica de la prueba –fundamentada en el hecho criminal- para realizar el ejercicio de elección de la pena juvenil a aplicar de conformidad con el Art 7.3 LORPM, tal y como sugiere la doctrina[1446].

En segundo lugar, sugerimos que dichas circunstancias ajenas al hecho criminal sean valoradas durante la fase de ejecución de la pena juvenil[1447] (y de una manera compatible o

[1443] VENTAS SASTRE considera acertado que se regule el atender a la prueba y a la ponderación jurídica de los hechos para la elección de la pena juvenil en la LORPM, véase VENTAS SASTRE, *La minoría*…, 2002, *op. cit*., p. 521.
[1444] Véase la famosa STC 36/1991, de 14 de febrero, Antecedente 6º, párrafo 2º.
[1445] Tal y como señala VENTURA FACI / PELÁEZ PÉREZ, *Ley Orgánica*…, 2007, *op. cit*., p. 88.
[1446] Véase VENTAS SASTRE, *La minoría…,* 2002*, op. cit*., p. 521.
[1447] Esta fase de inicia en el Art. 46 LORPM.

equilibrada con la gravedad o levedad de la infracción penal), tal y como sucede en la legislación penitenciaria[1448] y en el Código penal[1449].

Art. 28.1. Este artículo establece que una de las posibles medidas cautelares a adoptar podrá ser el internamiento en centro bajo el *"régimen adecuado*".

Según la LORPM, hay tres regímenes de internamiento: el cerrado (Art. 7.1.a), el semiabierto (Art. 7.1.b) y el abierto (Art. 7.1.c). Desconocemos los criterios que la LORPM establece para ayudar al ministerio fiscal y al juez de menores a decidir en relación con qué régimen es el "adecuado".

En general, la LORPM establece unos criterios generales orientativos en el Art. 28.2 LORPM (la gravedad de los hechos, el riesgo de fuga, etc.), pero son difusos e indeterminados jurídicamente (como por ejemplo *"… las circunstancias personales y sociales del menor.*"). En particular, la LORPM no establece ningún criterio para orientar al juez y al fiscal de menores a decidir sobre cuál de los tres regímenes mencionados es el idóneo.

En *conclusión*, consideramos que la expresión "*régimen adecuado*" es un concepto jurídico indeterminado e indeterminable, que concede un amplio margen de decisión al juez de menores y que, como consecuencia, puede producir arbitrariedad judicial. Desde esta perspectiva, el Art. 28.1 LORPM infringe el principio de seguridad jurídica y el principio de legalidad, en su manifestación a través de la garantía penal.

A título de propuesta "*de lege ferenda*" *sugerimos* los criterios siguientes –a la hora de resolver acerca del internamiento en régimen cerrado-:

- la gravedad del delito cometido: si el delito es grave (según el Art. 9.2.a LORPM), ha de llevar asociado un mayor grado de restricción de libertad;
- la protección de la víctima: cuando se detecta riesgo evidente de que el menor acusado pueda atentar contra bienes jurídicos de la víctima;
- el riesgo de la comisión de nuevos hechos criminales.

[1448] Entre otros, véanse los Arts. 86, 100.2 y 196 del reglamento penitenciario de 1996.
[1449] En este contexto, véase el Art. 83 y ss CP, el Art. 90.1 CP, el Art. 91.2 CP, el Art. 92.1.c) CP, etc.

1.1.1. Amplitud excesiva de algunos marcos penales.

En principio, el límite temporal máximo de las penas juveniles que se regulan en la LORPM en virtud de su Art. 9.3 es de dos años[1450]. Esa duración se agrava a través del Art. 10 junto con el Art. 11.2 LORPM, al ampliarse hasta alcanzar un grado de amplitud que podría ser indeterminado (10 años) [1451].

El problema de dicha amplitud excesiva se manifiesta en la regulación de marcos penológicos excesivamente extensos, en la LORPM. Son tan amplios que podría afirmarse que algunas penas juveniles de internamiento están determinadas vagamente o de una manera insuficiente, en cuanto a su duración, situación que concede un elevado nivel de discrecionalidad judicial con riesgo de arbitrariedad y, desde esta perspectiva, el articulado que permite dicha amplitud puede ser vulnerador de la legalidad penal y de la seguridad jurídica.

En función de este problema, planteamos *el objetivo* a conseguir en este subepígrafe: en primer lugar, hacer patente la posible vulneración de la legalidad y de la seguridad jurídica en la LOPRM, por una regulación amplia en exceso del marco penal – temporal de duración de la pena juvenil de internamiento y de la no privativa de libertad en sede cautelar. Y una buena manera de hacer patente tal vulneración es a través de enunciar los diversos supuestos legales de determinación temporal confusa o excesivamente amplia que comporta igualmente, inseguridad jurídica. En segundo lugar, formular las propuestas de mejora correspondientes para disipar o minimizar las implicaciones negativas del problema todo lo que sea posible.

De acuerdo con el objetivo citado, enunciamos los supuestos de la LORPM que regulan la duración de la pena juvenil de una manera indeterminada, con unos marcos penales amplios en exceso, en concreto de la pena juvenil de internamiento (también de la no privativa de libertad en sede cautelar).

a) Art. 7.2: "*Las medidas de internamiento constarán de dos períodos: el primero se llevará a cabo en el centro correspondiente, conforme a la descripción efectuada en el apartado anterior de este artículo, el segundo se llevará a cabo en régimen de libertad vigilada, en la modalidad elegida por el Juez.* ***La duración total no excederá del tiempo que se expresa en los artículos 9 y 10***[1452]. *El equipo técnico*

[1450] Máximo de dos años que se aplica en todas las penas juveniles, excepto en la de amonestación, permanencia de fin de semana y prestaciones en beneficio de la comunidad; pero, ahora, este subepígrafe se centra en la pena juvenil de internamiento.

[1451] El problema aquí planteado sucede también, en la legislación penal del menor alemana, amplitud excesiva en cuanto a la duración de la pena juvenil que es criticada por inconstitucional por ALBRECHT, *El Derecho…, op. cit.*, p. 351 y ss.

[1452] Negrita es mía.

deberá informar respecto del contenido de ambos períodos, y ***el Juez expresará la duración de cada uno en la sentencia***[1453]."

En primer lugar y tal y como está regulada esta disposición legal, un menor puede ser condenado a una pena juvenil de internamiento *de uno a diez años,* en virtud del Art. 11.2 en relación con el Art. 10.2 LORPM. Esta gran amplitud hace que la extensión temporal de la pena juvenil, su marco penológico sea incierto para el destinatario de la norma. Mediante la regulación del Art. 7.2 no hay un grado de precisión suficiente de la ley penal, no hay una predeterminación normativa mínima de la pena juvenil. Con esta insuficiencia de precisión se facilita el no deseable recurso a la analogía o a la interpretación extensiva y se permite también una decisión judicial discrecional, que es fácil o susceptible de convertirse en arbitrariedad judicial. Esta situación anómala implica la vulneración de la legalidad penal y la seguridad jurídica en su manifestación de garantía penal y de predeterminación normativa o *lex stricta.*

En segundo lugar, valoramos que la regulación establecida en el Art. 7.2 LORPM ("… *y el Juez expresará la duración de cada uno*[1454] *en la sentencia.*") debe limitarse: es el juez quien establece la duración citada, en estos momentos, de una manera incompatible con el principio de división de poderes, con la legalidad penal (garantía penal y criminal, *lex stricta*) y principalmente, con la seguridad jurídica. Por ello, proponemos que el juez de menores no debe de disponer de un margen de discrecionalidad judicial tan amplio. Consideramos que es obligación del legislador el establecer los períodos o duración de las penas juveniles[1455], porque restringen derechos fundamentales, debiendo de suprimirse la expresión citada ("… *y el juez expresará la duración*…") y como consecuencia, el legislador debería de establecer la mencionada duración.

b) Art. 10. En este artículo, la duración temporal de la pena juvenil de internamiento apenas está determinada, por lo que comentamos a continuación la excesiva amplitud del marco penal de las penas juveniles de internamiento.

Art. 10.1.b). La pena juvenil de internamiento podrá alcanzar la duración máxima de seis años, si el menor infractor tuviese 16 ó 17 años de edad[1456], en el momento de los hechos, en virtud del Art. 9.3 en relación con este Art. 10.1.b). Desde esta perspectiva, este artículo puede ser contrario al principio de legalidad, porque también concede un amplio arbitrio

[1453] Negrita es mía.
[1454] De cada uno de los períodos, quiere decir la LORPM.
[1455] Véase FLÁVIO GÓMES, *op. cit.*, p. 1031 – 1032.
[1456] Si el menor infractor es mayor de 16 años, será de aplicación el Art. 10.1.b LORPM.

judicial no justificable[1457], debido a la duración amplia en exceso de las penas juveniles: duración máxima de dos años, pero ampliable *a seis años.*

Art. 10.2.b). Este artículo establece un marco excesivamente amplio, facilitando la decisión judicial discrecional en exceso, a la hora de aplicar la pena juvenil de internamiento[1458]: un mínimo de 1 año y un máximo de 8 años de internamiento en régimen cerrado (pudiéndose añadir 5 años más de libertad vigilada). Además, ese límite máximo de 8 años de internamiento podría alargarse dos más, hasta los 10, en virtud del Art. 11.2 en relación con el Art. 10.2 LORPM.

A pesar de que dicho artículo 10.2.b) determina la duración de la pena juvenil de internamiento, la establece de una manera tan amplia o abstracta, que tal regulación constituye un marco inconcreto al que es difícil atenerse, vulnerando la legalidad penal a través de la garantía penal y, también, la seguridad jurídica.

c) Art. 11.2. En este artículo la incertidumbre se agrava todavía más en cuanto a la duración de la pena juvenil, artículo que extiende *hasta 10 años* la duración máxima de la pena juvenil de internamiento en régimen cerrado, en caso de pluralidad de infracciones. Entendemos que aquí se vulnera el principio de legalidad en su garantía penal, y el principio de seguridad jurídica.

Para dar respuesta al problema expuesto hasta aquí (la amplitud excesiva de algunos marcos penales) apuntamos *la propuesta* siguiente: los marcos penológicos –excesivamente amplios- que se establecen para las penas juveniles de internamiento, en virtud de los Arts. 9, Art. 10.1.b), Art. 10.2.b) y Art. 11.2 LORPM deberían de limitarse aumentando el período mínimo o extensión mínima de cumplimiento, así como minimizando el período máximo o extensión máxima de cumplimiento, o mediante ambas soluciones a la vez: aumentando el período mínimo y, al mismo tiempo, minimizando dicho período máximo.

d) Art. 10.3. Otro ejemplo de margen amplio o excesivo en la determinación de los marcos penales se puede observar en la pena juvenil de Inhabilitación absoluta. Este artículo contradice el principio de legalidad en su manifestación o garantía penal[1459], por un lado no establece la naturaleza jurídica de la pena juvenil de inhabilitación absoluta, no se explicita si constituye una pena principal o accesoria. Se podría deducir su carácter principal de la

[1457] Tal y como señala AYO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 169.
[1458] Tal y como afirma GONZÁLEZ CUSSAC / CUERDA ARNAU, *op. cit.*, p. 100.
[1459] En este contexto, véase AYO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 170.

redacción del Art. 7.1.ñ LORPM[1460] en relación con el Art. 10.3. Por otro lado y aquí está el centro del problema, observamos una ausencia de certeza, porque la pena juvenil de inhabilitación no dispone de una duración propia, como sería idóneo en una pena juvenil con carácter principal: la duración de esta pena de inhabilitación depende de la duración de la pena de internamiento según este artículo.

En función de lo dicho, podemos *concluir* que la duración de la pena juvenil de inhabilitación absoluta se determina de una manera insuficiente, casi indeterminada, en la LORPM (por tanto, su duración es desconocida por el destinatario directo de la Ley el menor infractor). Esa regulación abstracta vulnera el principio de legalidad en su garantía penal y criminal en referencia a su exigencia de *lex stricta* e, igualmente, en su manifestación de seguridad jurídica.

Proponemos "*de lege ferenda*" un nuevo redactado a aplicar al Art. 10.3 LORPM, para dar respuesta al problema antes mencionado: "*En el caso de que el delito cometido sea alguno de los comprendidos en los artículos 571 del Código Penal, el Juez, sin perjuicio de las demás medidas que correspondan con arreglo a esta Ley, también impondrá al menor una medida de inhabilitación absoluta* ***con la misma duración*** *de la medida de internamiento en régimen cerrado impuesta*…" A título de ejemplo: si la pena juvenil de internamiento impuesta tiene 4 años de duración, la de inhabilitación absoluta deberá imponerse, también, durante 4 años; de esta manera se obtiene un elevado nivel de seguridad jurídica y se aleja el riesgo de arbitrariedad judicial.

e) Art. 28. Duración amplia en exceso de las medidas cautelares no privativas de libertad. La LORPM no establece un límite concreto en la duración de las medidas cautelares no privativas de libertad[1461], hecho vulnerador de la legalidad penal en su garantía penal y en su manifestación de seguridad jurídica.

[1460] Este Art. 7.1.ñ prescribe el contenido de la pena juvenil de inhabilitación absoluta: "*La medida de inhabilitación absoluta produce la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos sobre el que recayere, aunque sean electivos; así como la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la medida.*"

[1461] En este contexto, véase FGE, Circular 1/2010, de 23 de julio, *sobre el tratamiento desde el sistema de justicia juvenil de los malos tratos de los menores contra sus ascendientes.,* p. 11; también, GARCÍA INGELMO, F. M., "Actuación del fiscal durante el servicio de guardia en relación con menores detenidos y medidas cautelares." Ed. Fiscalía General del Estado. Localizable en www.fiscal.es Apartado "Documentos", "Ponencias formación continuada", Seminario especialización en menores: protección y reforma; 5 junio 2013; Madrid. 2013, pp. 1 – 63, p. 55.

Hay un límite máximo respecto a la duración de la medida cautelar, que es "… *el tiempo que permanezca pendiente el proceso penal.*"[1462]; esto es, "… *hasta que recaiga sentencia firme.*", (Art. 28.1, párrafo 3º LORPM), pero, es tan abstracto como indeterminado.

Por todo lo anterior *concluimos* que el Art. 28 LORPM es incompatible con la legalidad penal y la seguridad jurídica, desde la vertiente de la garantía penal.

De acuerdo con la conclusión anterior, y para dar respuesta al problema (la amplitud excesiva de algunos marcos penales) expuesto hasta aquí, apuntamos la *propuesta* siguiente: las medidas cautelares no privativas de libertad deberían tener un límite máximo de duración, tal y como sucede con las medidas cautelares privativas de libertad en virtud del Art. 28.3 LORPM. En esta línea, compartimos la solución que proviene de la FGE: *"… estas medidas podrán mantenerse durante toda la instrucción y la fase de enjuiciamiento, así como durante la fase de impugnación si la sentencia es condenatoria, hasta la firmeza de la misma."*[1463]

Desde esta perspectiva, sería conveniente regular la duración de la medida cautelar no privativa de libertad en la LORPM, en los términos mencionados: durante la instrucción y, si es necesario, hasta después de impugnada la sentencia.

1.2. Arbitrariedad judicial y derecho a un proceso debido.

Art. 40[1464]. Sus apartados 2 c) y 3 LORPM pueden vulnerar el principio de legalidad y el acusatorio[1465], del mismo modo el derecho fundamental a un proceso debido, por los motivos que detallamos a continuación.

En virtud del Art. 40, el juez de menores tiene un grado de decisión judicial discrecional elevado tal y como especifica LÓPEZ LÓPEZ, "*El ilimitado arbitrio judicial*"[1466], igualmente CONDE – PUMPIDO, que se refiere a una "… *ilimitada como incontrolada facultad*

[1462] Véase FARALDO CABANA, *op. cit.*, documento electrónico, p. 31.
[1463] Véase FGE, Circular 1/2010, de 23 de julio, *sobre el tratamiento desde el sistema de justicia juvenil de los malos tratos de los menores contra sus ascendientes,* Conclusión Nº 7, p. 32; también, GARCÍA INGELMO, *op. cit.*, p. 55.
[1464] Sobre este Art. 40 LORPM, véase "Artículo 40. Suspensión de la ejecución del fallo.", en *Comentarios a la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores.* J. Díaz – Maroto y Villarejo (director). Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2008. pp. 423 – 430.
[1465] Tal y como señala LANDROVE DÍAZ, *Derecho penal…, op. cit.*, p. 324 – 325; CONDE – PUMPIDO TOURÓN, C., "Sentencia (Arts. 38 a 40)", en *Ley de la responsabilidad penal de los menores*, C. Conde – Pumpido Ferreiro (Director), Ed. Trivium, Madrid, 2001, pp. 361 – 376, p. 375; COLÁS TURÉGANO, *op. cit.*, p. 239 – 240; y, sobre todo, FGE, Circular 1/2000, apartado IX, "Suspensión de la ejecución del fallo", párrafo 9.
[1466] Véase LÓPEZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 287.

decisoria."[1467], facultad que al ser ilimitada, puede entrar en el terreno prohibido de la arbitrariedad judicial.

En efecto, el juez de menores dispone de libertad absoluta sin seguir el proceso debido, para en primer lugar, imponer una pena juvenil (libertad vigilada o actividad socioeducativa) en el contexto de la suspensión del fallo, lo que según CONDE PUMPIDO "*… puede desembocar en una verdadera sustitución del fallo que se realiza sin necesidad de audiencia previa por parte del Fiscal o el defensor del menor y que sólo exige, tratándose de la realización de una actividad socioeducativa, la recomendación en tal sentido por parte del Equipo Técnico (…) Los Fiscales habrán de hacer uso de las facultades impugnatorias que la Ley les otorga a fin de impedir que la suspensión del fallo pueda ponerse al servicio de una tan ilimitada como incontrolada facultad decisoria.*"[1468]; y, para en segundo lugar, imponer otra pena juvenil más gravosa o restrictiva de derechos que la impuesta (libertad vigilada o actividad socioeducativa) en caso de incumplimiento de dicha libertad vigilada o actividad –en sede del Art. 40 LORPM, en el marco de una suspensión de la pena juvenil impuesta inicialmente, pero suspendida- (impuesta, suspendida e incumplida). El juez de menores podrá imponer la pena juvenil de internamiento, en virtud del Art. 40.3 LORPM sin seguir el procedimiento establecido (el proceso debido) en el Art. 16 y ss, en el Art. 43.1 y en el Art. 1.2 LORPM.

En base a lo dicho, podemos *concluir* lo siguiente: en virtud del Art. 40 LORPM, se vulnera la legalidad penal, en su manifestación de garantía jurisdiccional y penal.

En función de la conclusión anterior, *proponemos* que el ministerio fiscal haga uso de los recursos establecidos en la LORPM (Arts. 13.2, 33 párrafo último y 41) para impedir que la figura de la suspensión de la pena juvenil impuesta en el fallo de la sentencia pueda ser utilizada de una manera ilimitada por parte del juez de menores.

1.3. Concepto jurídico indeterminado y seguridad jurídica.

En este subepígrafe enunciamos varios ejemplos de conceptos jurídicos indeterminados en la LORPM.

Art. 9.2.b). Este artículo establece que la pena juvenil de internamiento en régimen cerrado sólo podrá ser aplicable cuando "*Tratándose de hechos tipificados como delito menos grave, en*

[1467] Véase CONDE – PUMPIDO TOURON, "Sentencia (Arts. 38 a 40)", *op. cit.*, p. 375.
[1468] *Loc. ult. cit.*

su ejecución se haya empleado violencia o intimidación en las personas o se haya generado ***grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas***[1469]".

Como se puede observar, el Art. 9.2.b) plantea dudas y dificultades a la hora de interpretar el significado de la expresión y, a la vez, concepto jurídico indeterminado que se contiene en la frase "*grave riesgo*…"[1470]

Por ello, *concluimos* que el Art. 9.2.b) infringe el principio de legalidad, en su variante de garantía criminal, exigencia de *lex certa*.

En función de la conclusión anterior, *proponemos* eliminar dicha expresión "*grave riesgo*…", de manera que sería suficiente que se haya utilizado violencia o intimidación en la ejecución del citado delito menos grave, a la hora de que el juez de menores decida imponer la pena juvenil de internamiento en régimen cerrado.

Art. 10.2. "*En su caso*". Esta disposición legal establece que "*Cuando el hecho sea constitutivo de alguno de los delitos tipificados en los artículos 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 del Código Penal, o de cualquier otro delito que tenga señalada en dicho Código o en las leyes penales especiales pena de prisión igual o superior a quince años, el Juez deberá imponer las medidas siguientes:*

a) Si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere catorce o quince años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cinco años de duración, complementada ***en su caso***[1471] *por otra medida de libertad vigilada de hasta tres años.*

b) Si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere dieciséis o diecisiete años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a ocho años de duración, complementada ***en su caso***[1472] *por otra de libertad vigilada con asistencia educativa de hasta cinco años.*"

Como se puede desprender de la dicción de este artículo, podemos afirmar que la LORPM no establece el significado de la expresión "*en su caso*" y, además, es un concepto jurídico indeterminado e indeterminable.

De acuerdo con lo dicho, *concluimos* que el ahora comentado Art. 10.2 LORPM vulnera la legalidad y la seguridad jurídica, en concreto el principio de taxatividad de las normas penales.

Como *propuesta* de mejora, sugerimos seguir la jurisprudencia, en el sentido de que el TS ya ha establecido la interpretación a aplicar a dicha expresión, cuando ha resuelto un recurso de casación de unificación de doctrina[1473], en el contexto del problema que nos ocupa.

[1469] Negrita es mía.
[1470] Sobre esta dificultad, la FGE se posicionó en su circular 1/2000, en el apartado V.3.- Las reglas del artículo 9 de la Ley, segundo párrafo.
[1471] Negrita es mía.
[1472] Negrita es mía.

Art. 10.3 LORPM. Este artículo establece la posibilidad del internamiento en centro cerrado en función de la "*gravedad del delito*" (en caso de que éste sea de terrorismo). El problema se manifiesta en que el Art. 10.3 no define en qué consiste la expresión "*gravedad del delito*", siendo tal expresión un concepto jurídico indeterminado[1474].

Esta problemática de ausencia de definición del concepto de "gravedad" del delito, de los hechos o de la conducta ocurre en varios artículos más de la LORPM: Art. 7.1.m ("*gravedad de los hechos*"); Art. 19.1 ("*gravedad y circunstancias de los hechos*" (…) "*falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos*"); Art. 28.2 ("*gravedad de los hechos*"); y Art. 39.1 ("*gravedad de los hechos*"). No obstante nos centramos en el Art. 10.3 LORPM únicamente, pues la posible solución que aquí planteamos es extensible a los mencionados artículos.

Podemos *concluir* que esta ausencia de descripción de la expresión "*gravedad del delito*" puede ser vulneradora del principio de legalidad y del de seguridad jurídica, en su manifestación a través de la garantía criminal y en su exigencia de taxatividad de la norma penal, debido a que no se define en ninguna ley el significado de la expresión "*gravedad del delito*" respecto a las infracciones penales cometidas en el contexto de terrorismo.

En base a esta conclusión, apuntamos algunas *propuestas* de mejora a continuación.

Jurisdicción común (Código penal). La expresión "*gravedad del hecho*", "*gravedad del delito*" o "*gravedad especial*" del delito aparece en el CP, en varias disposiciones, pero no se define en qué consiste o qué quiere decir dicha gravedad del hecho o del delito en estos preceptos legales. No obstante y de una manera genérica o indirecta, sí define en qué consiste esta gravedad en el Art. 13 (en relación con el Art. 33.2 CP).

Pero el criterio legal, la configuración o la concepción legal relativa a la gravedad del delito que se regula en el Art. 13 CP no es aplicable en la jurisdicción de menores por los siguientes motivos: en primer lugar y aunque no lo define, la LORPM sí utiliza un concepto de "*gravedad de los hechos*", en el Art. 19.1, último párrafo, y en el Art 28.2; pero la LORPM opta por un criterio o concepto de "gravedad" que es diferente, autónomo o independiente, que no concuerda con el concepto legal de gravedad (delito grave o menos grave) que se regula en el CP[1475], en el Art. 13.1. Esta discordancia se expresa de la manera siguiente: el Art. 28.2, párrafo primero LORPM establece que se podrá aplicar la medida cautelar de internamiento en casos

[1473] En este contexto, véase la STS, S. 2ª, 24.9.2012, FJ 3º, (MP: Excmo. Sr. D. Andrés MARTÍNEZ ARRIETA).
[1474] Desde esta perspectiva, véase ALBRECHT, *El Derecho…, op. cit.*, p. 152; sobre la interpretación del concepto de la gravedad de los hechos delictivos que se realiza en Alemania, por parte de la doctrina penal de menores, véase, por todos, *loc. ult. cit.* En la obra de GARCÍA ARÁN, *Los criterios…, op. cit.*, p. 222, podemos observar la dificultad, ya en el año 1982, para definir el concepto de la "*gravedad del hecho*", desde la doctrina y desde la jurisprudencia.
[1475] Sólo hay un supuesto de concordancia entre el concepto de gravedad de la LORPM y del CP, es el supuesto para aplicar la pena de internamiento en régimen cerrado, en el Art. 9.2.a) LORPM.

graves ("*Para la adopción de la medida cautelar de internamiento se atenderá a la* ***gravedad de los hechos*****"**), que en principio, serían los establecidos en el Art. 13.1 CP ("*Son delitos graves las infracciones que la ley castiga con pena grave"*). Pero la medida cautelar de internamiento se puede aplicar también, en casos "menos graves" (los supuestos establecidos en el Art. 13.2 CP), en virtud del Art. 28.2 LORPM de lo que se deduce que el concepto de "gravedad de los hechos" que establece la LORPM incluye tanto los delitos graves (Art. 13.1 CP) como también, los menos graves (Art. 13.2 CP). No hay concordancia entre el concepto de gravedad de la LORPM y el concepto de gravedad del CP, lo cual implica problemas de interpretación y, por tanto, con la legalidad penal y la seguridad jurídica, en relación con dicha expresión "*gravedad del delito*".

En segundo lugar, el aquí criticado Art. 10.3 LORPM determina la penalidad relativa a los delitos de terrorismo, que son delitos "graves" la mayoría de ellos (según la concepción legal del CP, Art. 13.1). Por tanto, la "*gravedad del delito*" establecida en el Art. 10.3 LORPM sería (en virtud del mencionado Art. 13.1 CP): "*Son delitos graves las infracciones que la ley castiga con pena grave"*. Pero como se deduce fácilmente, esta definición de "*gravedad del delito*" es inservible, insuficiente o es demasiado amplia o extensa para interpretar qué quiere decir el Art. 10.3 LORPM en los delitos relativos al terrorismo, lo cual produce igualmente, problemas de inseguridad jurídica.

Doctrina. FERNÁNDEZ ROS propone la siguiente definición acerca del concepto de "gravedad de los hechos" y "gravedad del delito": "*Hay que partir que no se trata de la gravedad del delito, porque esto ya es tenido en cuenta por el legislador a la hora de fijar un margen penológico para cada infracción penal, dentro de la cual es donde incide la individualización judicial. Al hablar de la gravedad del hecho, se está pensando en todas aquellas* [1476]***circunstancias fácticas concurrentes, en función de los medios, modos o formas concomitantes del supuesto concreto, y que determinará la pena que finalmente se le imponga***."[1477] Compartimos esta sugerencia, porque deberemos de interpretar que la expresión "*gravedad del delito*" establecida en el ahora criticado Art. 10.3 LORPM es equiparable a la expresión "*gravedad del hecho*" y, desde esta perspectiva, la "*gravedad del delito*" que se incluye en el citado Art. 10.3 significará apreciar "…*todas aquellas circunstancias fácticas…"* por parte del juez de menores.

Jurisprudencia. Acerca del delito contra la salud pública, la definición del TS, en referencia a la "*gravedad del hecho"*, se puede deducir de lo establecido en su STS del 28 de

[1476] Negrita es mía.
[1477] Véase FERNÁNDEZ ROS, *op. cit*., p. 5.

febrero de 2013[1478]. Esta explicación es trasladable a la jurisdicción de menores, pero para tal delito únicamente, lo cual no nos soluciona el problema tampoco, pues el delito al que hace referencia la disposición legal ahora criticada corresponde al de terrorismo. Lo mismo sucede cuando estamos ante un delito informático; en este supuesto el TC[1479] ha establecido unos criterios para apreciar la gravedad de dicha infracción penal; criterios aplicables en menores para delitos informáticos, únicamente (por tanto, no es aplicable en los de terrorismo).

En resumen, la concepción de la jurisprudencia y el criterio o concepción legal del CP (Art. 13 CP en referencia a la definición del concepto de "*gravedad del delito*") no sirve en menores para interpretar el significado de dicho concepto que se establece en el Art. 10.3 LORPM; esto quiere decir que el legislador concede un arbitrio amplio mediante la regulación relativa a la "*gravedad del delito*" que se establece en dicho Art. 10.3 LORPM, arbitrio de compatibilidad difícil con la legalidad penal y la seguridad jurídica.

Por ello *proponemos* lo que sigue: el concepto de "*gravedad del delito*" que establece el Art. 10.3 LORPM debería de informar qué significa tal expresión en el contexto del delito de terrorismo. Para ello sugerimos, en primer lugar tener presente la propuesta de significado de "*gravedad del delito*" antes detallada de FERNANDEZ ROS. En segundo lugar para hallar una definición de la "*gravedad del delito*" –que sea susceptible de ser aplicada en la jurisdicción de menores para el delito de terrorismo y también para todo tipo de delitos-. Proponemos recurrir a una concepción "social" –en virtud de la función del Derecho penal[1480], de acuerdo con los límites derivados de los principios configuradores del Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho: el principio de proporcionalidad-. Concepción o definición que la jurisprudencia iría "puliendo", perfeccionando o estableciendo a medida que el TS y el TC vaya resolviendo casos (tal y como dichos tribunales ya han hecho: el caso de delito contra la salud pública y el de delito informático) en los que esté implicado el concepto "*gravedad del delito*". En dicha concepción "social", a la hora de valorar tal concepto, proponemos que el principio de proporcionalidad juegue un papel decisivo en el contexto de los delitos de terrorismo, que es el caso que nos ocupa, tal y como propone LLOBET ANGLÍ, cuando sugiere en relación con "… *la gravedad de la conducta.*"[1481], la gravedad del delito, que hemos de tener en cuenta el principio de proporcionalidad[1482].

1478 Véase la STS, S. 2ª, 28.2.2013, FJ 13º, (MP: Excmo. Sr. D. Juan Ramón BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE).
1479 Véase la STC, S. 1ª, 3.4.2006, FJ 4º, (MP: Excma. Sra. Dña. M. Emilia CASAS BAAMONDE).
1480 En este marco, véase MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General, op. cit.*, p. 99.
1481 Véase LLOBET ANGLÍ, *op. cit.*, p. 184.
1482 *Loc. ult. cit.*

Art. 10.3 LORPM. Este artículo establece la opción del internamiento en centro cerrado en función de la gravedad del delito (expresión comentada anteriormente) y de las "*circunstancias que concurran en el menor*" (para delitos de terrorismo). Estas circunstancias constituyen un concepto jurídico indeterminado e indeterminable.

En base a lo dicho, *concluimos* que el Art. 10.3 LORPM no define en qué consisten dichas *circunstancias concurrentes*, esta ausencia de descripción puede ser vulneradora de la legalidad penal –mandato de taxatividad y garantía criminal, "*lex certa*"- y de la seguridad jurídica, al no poderse determinar qué circunstancias concurren de una manera objetiva.

En base a la conclusión anterior, *proponemos* que ante la ausencia de explicación de las mencionadas "*Circunstancias que concurran en el menor*", en la legislación penal de menores:

- se habría de acudir a la LORPM, en concreto a los artículos siguientes, con la intención de apreciar la existencia de "factores protectores", y así poder interpretar el concepto de "*Circunstancias que concurran en el menor*": Art. 7.3 ("*la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor*"); Art. 27.1 ("*la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social*"); Art. 28.2 ("*las circunstancias personales y sociales del menor")*. Se trata de averiguar si el menor dispone de recursos personales y familiares, de referentes familiares –normalizados-, si está en tratamiento psicológico –en caso que lo necesite-, si está en seguimiento educativo por parte del educador social o especializado, etc. En resumen, si dispone de factores protectores en su entorno sociofamiliar que le puedan ayudar a llevar una vida lo más adaptada posible;

- también se deberían de tener en cuenta los "factores de riesgo": las circunstancias agravantes (Art. 22 CP) para interpretar el concepto de "*Circunstancias que concurran en el menor*"; proponemos considerar especialmente, la existencia de antecedentes penales del menor (reincidencia, Art. 22.8º CP, que se regulan en el Art. 28.2 LORPM, también), o la presencia de xenofobia, discriminación sexual, razones de género, etc., (Art. 22.4º CP) en la motivación del hecho criminal cometido por el menor.

Art. 18, párrafo 2º. Este artículo determina la obligación de incoar expediente (sin opción de *"Desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar."*, Art. 18 LORPM) a cargo del ministerio fiscal, al menor que *"… ha cometido con anterioridad* ***otros hechos de la misma naturaleza***[1483]*."*

Tal y como está redactada esta disposición legal, produce confusión ya que desconocemos si esos "hechos" quieren decir "delitos", "condenas ejecutorias", o

[1483] Negrita es mía.

"reincidencia"[1484]. Es una expresión indeterminada jurídicamente tal y como señala SANZ HERMIDA[1485]. Este artículo no es clarificador según MÁRQUEZ BONVEHÍ[1486]: *"Hechos cometidos con anterioridad: sobre ello la Ley no es especialmente clara."*[1487]; y esa confusión puede suscitar según DOLZ LAGO: "… *una discriminación negativa para el menor, ya que la indefinición jurídica del párrafo 2º del Art. 18, podría dejar al arbitrio del Fiscal la apreciación de una circunstancia que, por garantía jurídica, debería reconducirse al contenido y límites de la reincidencia*."[1488]

En base a lo dicho anteriormente, *concluimos* que la LORPM es ambigua y confusa al regular la expresión "*otros hechos de la misma naturaleza*." como causa para que el fiscal de menores no desista (e incoe expediente y continúe el expediente judicial penal).

En virtud de la conclusión anterior, *proponemos* la interpretación que se realiza desde la Fiscalía de menores de Barcelona, en referencia a la expresión "ha cometido con anterioridad *otros hechos de la misma naturaleza*", que es la siguiente: *"Se entiende 'por hechos cometidos con anterioridad' que sobre el menor haya recaído con anterioridad otras denuncias, sin importar cómo terminaron éstas; es decir, si sobre el menor llegaron denuncias cuando tenía menos de catorce años procederá incoar expediente; si sobre el menor ha habido denuncias que terminaron archivadas, por la razón que fuere, en principio hay que incoar expediente, con independencia de si eran de la misma o distinta naturaleza. La única excepción a todo lo anterior es que haya transcurrido un tiempo 'importante' entre ambas denuncias, aproximadamente un año. El porqué se interpreta con tal amplitud la expresión 'hechos anteriores', es por entender que, si el menor no precisa de ninguna respuesta, normalmente será posible la aplicación posterior del artículo 27.4 de la LORRPM, y, si la precisa, siempre será bueno para el menor incoar expediente, que el Equipo Técnico haga un informe sobre el menor, y tras el mismo, si no es preciso seguir actuando, se podrá archivar en un futuro."*[1489]

Art. 27.4. Este artículo regula la opción de que el equipo técnico pueda proponer en su informe la necesidad de "… *no continuar la tramitación del expediente (…) por considerar inadecuada para el interés del menor cualquier intervención*, ***dado el tiempo transcurrido desde la comisión***

[1484] En contra de reconducir la expresión "hechos" hacia el concepto de "reincidencia", se posiciona toda la doctrina especializada en Derecho penal juvenil, en este sentido, véase MÁRQUEZ BONVEHÍ, *op. cit.*, p. 8; también, LÓPEZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 163.
[1485] Véase SANZ HERMIDA, *El nuevo proceso…, op. cit.*, p. 217.
[1486] Véase MÁRQUEZ BONVEHÍ, *op. cit.*, p. 8.
[1487] Véase MÁRQUEZ BONVEHÍ, *op. cit.,* p. 9.
[1488] Véase DOLZ LAGO, "El principio…", *op. cit.*, p. 492.
[1489] Véase MÁRQUEZ BONVEHÍ, *op. cit.*, p. 9. Este criterio interpretativo se puede complementar con lo establecido en FGE, Circular 1/2000, apartado VI.2.C.- Desistimiento de la incoación del Expediente: juicio de oportunidad acerca del ejercicio de la acción penal, párrafo 6º y ss., véase, también, SANZ HERMIDA, *El nuevo proceso…, op. cit.*, p. 217 y su nota a pie de página Nº 640 citando a DOLZ LAGO.

de los hechos.[1490]»[1491] La propuesta del equipo técnico se dirigirá al ministerio fiscal y éste, a su vez, "… *podrá remitir el expediente al Juez con propuesta de sobreseimiento.*"

La LORPM no determina el período de tiempo que ha de transcurrir desde la comisión de los hechos hasta que el equipo técnico realiza el informe sobre la situación psicológica, educativa y familiar (Art. 27 LORPM). Este equipo podrá proponer al fiscal de menores si el tiempo transcurrido (desconocemos –y aquí radica el problema- qué cantidad de tiempo) es perjudicial o no para el interés del menor.

En base a lo dicho anteriormente, podemos *concluir* que esta incertidumbre que implica la expresión "*dado el tiempo transcurrido*", que a la vez, es un concepto jurídico indeterminado e indeterminable, vulnera el principio de legalidad –en su manifestación o exigencia de taxatividad de las normas penales- y el principio de seguridad jurídica[1492]. Porque, en virtud del Art. 27.4 LORPM, algunos delitos cometidos por el menor podrán quedar impunes –y en cambio, otros no- por el simple paso –indeterminado- del tiempo.

En virtud de la conclusión anterior, *proponemos* que esta indeterminación respecto a qué cantidad de tiempo transcurrido es la necesaria para considerar que la infracción ya no es merecedora de reproche penal, podría superarse si la LORPM sustituyese este precepto contenido en el mencionado Art. 27.4 por una remisión a las reglas de la prescripción de delitos, reglas contenidas en el Art. 15 LORPM, en el Art. 84 de su reglamento[1493], y supletoriamente, en el Art. 131 y ss CP.

Art. 60.2 LORPM. Este artículo clasifica las faltas disciplinarias susceptibles de ser cometidas por los menores internados en centros. La clasificación se realiza en muy graves, graves y leves, "… *atendiendo a* ***la violencia desarrollada*** *por el sujeto, su intencionalidad,* ***la importancia*** *del resultado y* ***el número de personas***[1494] *ofendidas.*"[1495]

Los conceptos de "violencia", "importancia" y "número de personas" son conceptos jurídicos indeterminados, demasiado abstractos y difusos, imposibles de determinar o concretar mínima y jurídicamente.

[1490] Negrita es mía.

[1491] El concepto de "*tiempo transcurrido*" ya se empleó en la anterior legislación tutelar de menores para eximir de responsabilidad al acusado mayor de 16 años, pero, que cometió el hecho criminal siendo menor de 16 años. En este contexto, véase el Decreto 3096/1973*,* de 14 *de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley* 44/1971, *de* 15 de *noviembre.* De las circunstancias que eximen de la responsabilidad criminal. Artículo 8. 2º.

[1492] En este contexto, véase SALA DONADO, *op. cit*., p. 360, acerca del tiempo transcurrido, expresión regulada en el Art. 27.4 LORPM.

[1493] Sobre esta propuesta, véase MÁRQUEZ BONVEHÍ, *op. cit*., p. 20.

[1494] Negrita es mía.

[1495] El reglamento que desarrolla la LORPM incurre en la misma indeterminación e indefinición, en este sentido véase su Art. 61.

En base a lo dicho, podemos *concluir* que dichos conceptos incumplen las exigencias del principio de legalidad, en concreto, la garantía criminal y su exigencia de *lex certa*; también en su manifestación principio o exigencia de taxatividad de las normas penales.

En función de la conclusión anterior, *proponemos* eliminar del texto legal las expresiones "violencia", "importancia" y "número de personas". Como alternativa, a la hora de clasificar las faltas disciplinarias de los menores internados, recomendamos que sólo se debería tener presente la regulación reglamentaria destinada al efecto, los Arts. 61 a 64 del reglamento de desarrollo de la LORPM.

En resumen, los conceptos jurídicos indeterminados que hemos estudiado en este subepígrafe vulneran la Constitución, porque no reúnen los requisitos establecidos por el TC[1496] para que sean compatibles con la legalidad penal y la seguridad jurídica, ya que la concreción a la vez que comprensión de tales conceptos no es *"… razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia."*[1497]

[1496] Véase la STC, S. 1ª, 21.12.1989, FJ 5º, (MP: Excmo. Sr. D. Fernando GARCÍA – MON y GONZÁLEZ – REGUERAL).
[1497] Véase la STC, S. 1ª, 21.12.1989, FJ 5º, (MP: Excmo. Sr. D. Fernando GARCÍA – MON y GONZÁLEZ – REGUERAL).

CAPÍTULO VII

LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA EN EL REGLAMENTO

1. Infracción del principio de reserva de ley.

El reglamento de desarrollo de la LORPM determina las tres materias siguientes: la actuación de la policía judicial y del equipo técnico, el régimen disciplinario de los centros y la ejecución de las penas juveniles.

La materia que analizamos en este epígrafe gira alrededor de la última mencionada, la ejecución de las penas juveniles, tanto definitivas como cautelares. Vamos a profundizar en los Arts. 10.1.6ª b) y 14 c) del reglamento que regulan el incumplimiento[1498] -durante la fase de ejecución- de la pena juvenil no privativa de libertad; dichos artículos tienen la dicción siguiente:

- Art. 10.1.6ª b): "*Una vez aprobado el programa individualizado de ejecución de la medida, la entidad pública la iniciará (…) A efectos de la liquidación, que practicará el secretario judicial, se considerarán como fechas de inicio las siguientes: (…)* ***Si el menor no compareciera, citado en debida forma, incurrirá en el quebrantamiento previsto en el artículo 50.2 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero.***"[1499]

- Art. 14 c): "*La entidad pública comunicará al juez de menores y al Ministerio Fiscal* ***a los efectos, en su caso, de lo dispuesto en el artículo 50***[1500] ***de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, los incumplimientos siguientes*** *de los que tenga constancia: (…) c)* ***En las medidas no privativas de libertad, la falta de presentación a las entrevistas a las que el menor haya sido citado para elaborar el programa de ejecución y el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones que, según lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, conforman el contenido de cada medida****.*"[1501]

[1498] Indirectamente, el Art. 16.4 del reglamento (tratamiento ambulatorio) regula también el incumplimiento, que puede dar lugar al delito de quebrantamiento, de la medida terapéutica no privativa de libertad.
[1499] Negrita es mía.
[1500] Art. 50 LORPM que regula las consecuencias jurídicas del incumplimiento y, en su caso, del quebrantamiento de la ejecución de la pena juvenil, de la pena juvenil no privativa de libertad, en el caso que nos ocupa.
[1501] Negrita es mía.

Se hace necesaria una breve reseña sobre la evolución reciente de la regulación del incumplimiento en el reglamento, para una comprensión correcta del problema: del 13 de enero del 2000[1502] al 30 de agosto de 2004[1503], la legislación penal de menores no dispuso de reglamento de desarrollo de la LORPM; pero, los criterios mínimos para decidir cuándo y cómo se incumplía una pena juvenil no privativa de libertad, durante el período citado de 2000 – 2004, estaban aceptados por la comunidad jurídico–científica. Los juzgados y las fiscalías de menores se guiaron y se basaron en las aportaciones de la doctrina[1504] y la jurisprudencia "menor": las Audiencias Provinciales, principalmente.

La descripción del incumplimiento (del supuesto de hecho) aparece en el año 2004. A partir de ese año, el juez de menores y el ministerio fiscal ya pueden y deben acudir al reglamento[1505], Arts. 10.1.6ª b) y 14 c), para verificar si se ha incumplido o, en su caso, quebrantado la pena juvenil no privativa de libertad.

Adentrándonos en *el problema* a resolver, en primer lugar, del supuesto de hecho que se regula en los Arts. 10.1.6ª b) y 14 c), se pueden derivar implicaciones jurídicas graves: restricción de un derecho fundamental ex Art. 17.1 CE, a través de privación de libertad, mediante el internamiento en centro semiabierto al menor que incumple la pena juvenil no privativa de libertad, en virtud del Art. 50.2 LORPM.

En segundo lugar, la reglamentación aquí criticada (Arts. 10.1.6ª b) y 14 c) se promulga sin una habilitación o delegación previa mínima o suficiente, desde la LORPM (el Art. 43.2 LORPM no realiza una delegación expresa, en todo caso, es una delegación implícita). Por tanto, las implicaciones graves mencionadas se establecen en la LORPM (el internamiento en virtud del Art. 50.2 LORPM), pero el supuesto de hecho, los caracteres objetivos del delito –y aquí radica el fondo del problema- consta en una norma reglamentaria.

Esta situación comporta incompatibilidad con la legalidad penal y la seguridad jurídica (vulnerando por tanto, la reserva de ley): el Art. 50.2 LORPM y el Art. 468.1 CP no cumplen con el requisito principal de la delegación de la ley al reglamento, este requisito –entre otros- es el siguiente: la Ley ha de contener el "*núcleo esencial de la prohibición*"[1506].

1502 Fecha de publicación de la LORPM en el BOE.

1503 Fecha de publicación y de inicio de la vigencia del reglamento de desarrollo de la LORPM, en el BOE.

1504 Sobre la definición del incumplimiento y los criterios que se utilizaron durante el mencionado período de ausencia de definición en el reglamento (del 13 de enero del 2001, fecha de entrada en vigor de la LORPM, hasta el 30 de agosto de 2004, fecha de publicación del reglamento en el BOE), véase VARGAS CABRERA, "Reglas para la ejecución…", *op. cit.*, p. 443.

1505 En virtud del Art. 5 LOPJ.

1506 En este contexto, véase STC, Pleno, 8.5.2012, FJ 3º, (MP: Excmo. Sr. D. Pascual SALA SÁNCHEZ).

Cabe añadir que el problema que aquí planteamos ya fue resuelto por el Tribunal Supremo[1507] -aunque de una manera insatisfactoria, según argumentamos más adelante-: los dos artículos reglamentarios aquí estudiados fueron recurridos ante el TS, indirectamente (directamente, fue recurrido todo el reglamento) mediante recurso contencioso – administrativo; el TS desestimó dicha impugnación. El TS resolvió que el reglamento es acorde con las exigencias de legalidad; no obstante, sostenemos que su resolución es susceptible de ser revisada, revisión que realizamos en este epígrafe y en los subepígrafes siguientes.

Para resolver este problema, nos planteamos *el objetivo* siguiente: aportar argumentos para constatar la necesidad de que la regulación – definición de las condiciones o requisitos para considerarse incumplida o, en su caso, quebrantada la pena juvenil no privativa de libertad ha de establecerse en una norma con rango de ley orgánica[1508] y además, de una manera precisa, amplia y suficiente, en virtud del principio de legalidad en su manifestación de reserva de ley ex Art. 25.1, Art. 53.1[1509] y 81.1 CE[1510].

1.1. Incumplimiento y reserva de ley.

A continuación, exponemos los aspectos básicos que nos ayudarán a conseguir el objetivo descrito.

Primero. La definición del supuesto de hecho, del "*núcleo esencial de la prohibición*", puede considerarse como los caracteres objetivos del delito de quebrantamiento, lo objetivo[1511]. En este contexto, el Art. 10.1.6ª b) del reglamento expresa lo siguiente, en caso que el menor no se presente a la citación de la primera entrevista de la pena juvenil de libertad vigilada: "… ***incurrirá en el quebrantamiento***[1512] *previsto en el artículo 50.2 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero.*". Cuando el reglamento especifica en qué consiste la conducta incumplidora de la pena juvenil no privativa de libertad, a través de los Arts. 10.1.6ª b) y 14 c),

1507 En este contexto, véase la STS, Sala 3ª, Sección 6ª, 10.11.2006, (MP: Excma. Sra. Dña. Margarita ROBLES FERNÁNDEZ).
1508 Tal y como, también, se exige en la jurisdicción común, en el contexto penitenciario; en este sentido, véase NISTAL BURÓN, "El principio 'non bis in ídem'…", *op. cit.*, apartado IV. Conclusiones, párrafo 2º.
1509 Sobre este Art. 53.1 CE, véase DE OTTO Y PARDO / MARTÍN RETORTILLO, *op. cit.*, pp. 93 - 172.
1510 Respecto al Art. 81.1 CE, y para profundizar en la relación entre la Ley orgánica y el reglamento, véase la STC, Pleno, 13.5.1991, FFJJ 3º y 4º, (MP: Excmo. Sr. D. Eugenio DÍAZ EIMIL).
1511 "Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto" (título del capítulo utilizado por el autor), véase MIR PUIG, *El Derecho penal…, op. cit.*, p. 181 y ss y p. 194 y ss.
1512 Negrita es mía.

lo que hace es tipificar, delimitando el elemento objetivo, el supuesto de hecho de la conducta incumplidora y, a la vez, los caracteres objetivos del delito de quebrantamiento de condena.

Segundo. Todo lo relativo a restricción de derechos fundamentales, la libertad por ejemplo, se ha de regular en la ley no en una norma reglamentaria[1513]. Desde esta perspectiva, se posicionan CERVELLÓ / COLÁS[1514], que exigen que las penas juveniles (y los supuestos de hecho que dan pie a la imposición de dichas penas) se han de regular en la ley orgánica[1515], no en una norma de rango reglamentario (pues se deja la regulación de la materia penal a la libre discrecionalidad del Ejecutivo[1516]). Si se restringen derechos fundamentales con ocasión del incumplimiento de dichas penas juveniles, ha de intervenir la ley orgánica en virtud del principio de reserva de ley.

Desde la perspectiva enunciada en los dos aspectos básicos anteriores, podemos afirmar que el reglamento ha invadido parcelas reservadas a la ley, mediante la regulación del supuesto de hecho del incumplimiento. AYO FERNÁNDEZ[1517] y LANDROVE DÍAZ[1518] consideran que ha incorporado ámbitos que son privativos de la LORPM de una manera contraria al principio de legalidad, en su manifestación de reserva de ley; no cumple con la exigencia de legalidad, que según CERVELLÓ / COLÁS[1519] ha de abarcar igualmente a su ejecución y toda restricción de libertad ha de estar regulada mediante ley orgánica, sobre todo cuando restringen un derecho fundamental, la libertad ex Art. 17.1 CE, como es el caso que nos ocupa.

En función de lo dicho anteriormente, hemos de *concluir* lo siguiente:

Los citados artículos del reglamento proporcionan contenido a la norma superior, la LORPM, aclaran la obscuridad que implica el concepto de incumplimiento ex Art. 50.2 LORPM y del quebrantamiento que se establece en el Art. 468.1 CP: el reglamento regula en su Art. 14 c) y en su Art. 10.1.6ª b) "*el núcleo esencial de la prohibición"* del incumplimiento de la pena juvenil no privativa de libertad, que puede dar lugar a privación de libertad, en virtud del Art. 50.2 LORPM.

1513 Véase la STS, S. 3ª, Sección 1ª, 10.7.1992, FJ 4º, (MP: Excmo. Sr. D. Eladio ESCUSOL BARRA).
1514 En este contexto, véase CERVELLÓ / COLÁS, *op. cit*., p. 118.
1515 Tal y como el CGPJ exigió para establecer las condiciones o requisitos para considerarse incumplida la pena de TBC, en la jurisdicción de adultos; en este marco, véase CGPJ, Informe. Magistrado ponente: Excmo. Sr. D. Adolfo PREGO DE OLIVER Y TOLIVAR. Informe de fecha de 26 de marzo de 2003*, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código penal*, p. 18 - 19.
1516 En este contexto, véase DE VICENTE MARTÍNEZ, *op. cit.,* p. 27.
1517 En este contexto, véase AYO FERNÁNDEZ, *op. cit*., p. 173.
1518 En este contexto, véase LANDROVE DÍAZ, "Réquiem…", *op. cit*., p. 3.
1519 Véase CERVELLÓ / COLÁS, *op. cit*., p. 118.

Consecuentemente y en contra del principio de legalidad y de la reserva de ley, se ha configurado un supuesto de hecho, los caracteres objetivos del delito de quebrantamiento, con la intervención –única o independiente- del reglamento -en el Art. 14 c) y en el Art. 10.1.6ª b)-.

Dicha configuración del supuesto de hecho, que es la tipificación de una conducta desde una norma reglamentaria, es inconstitucional por vulnerar la reserva de ley; tal inconstitucionalidad se produce en los dos artículos aquí criticados: al establecerse el supuesto de hecho (la conducta regulada en los Arts. 10.1.6ª b) y 14 c) en el reglamento.

Para superar los problemas enunciados en estas conclusiones, realizamos las *propuestas* "*de lege ferenda*" siguientes: en primer lugar y en virtud del subprincipio de reserva de ley, debería regularse dicho supuesto de hecho en la ley previamente; o debería existir una delegación o habilitación de la ley a favor del reglamento.

En segundo lugar, se ha de trasladar este texto reglamentario (regulado en el Art. 14 c) y Art. 10.1.6ª b) del reglamento) al texto legal, a la LORPM –a través del procedimiento de creación y promulgación legislativa de las leyes orgánicas[1520]- dando así cumplimiento al principio de legalidad, en su manifestación de reserva de ley.

1.1.1. Algunas soluciones en el Código penal.

Un problema casi idéntico al planteado en el subepígrafe anterior existía en el CP, en concreto en la pena de Trabajos en beneficio de la comunidad[1521] regulada en su Art. 49.6ª. Tal problema fue resuelto a través de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, *por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal*. Vamos a tratar la manera a través de la cual se resolvió dicho conflicto, por si puede servir como alternativa a la situación problemática enunciada antes en relación con el reglamento.

Antes del año 2003 la definición de la conducta incumplidora, en la pena de Trabajos en beneficio de la comunidad, no se realizaba en la ley, sino en el reglamento: la descripción –regulación del tipo penal del quebrantamiento (que para considerarse consumado exige previamente, el incumplimiento de las obligaciones implícitas en la pena) de la pena de Trabajos en beneficio de la comunidad se realizaba en el Real decreto 690/1996, de 26 de

[1520] En este contexto, véase el Art. 87 y ss CE.

[1521] Sobre las directrices que la FGE establece para considerarse incumplida y, en su caso, quebrantada la pena de Trabajos en beneficio de la comunidad, véase la Circular 2/2004 *sobre aplicación de la reforma del código penal operada por ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (primera parte*), apartado V. 6 Quebrantamiento de los trabajos en beneficio de la comunidad. Estas directrices pueden servir como orientación a la hora de considerarse incumplida la pena juvenil de prestaciones en beneficio de la munidad.

abril[1522]*, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y arresto de fin de semana*. Esta regulación reglamentaria era una situación anómala, más bien ilegal e inconstitucional, por vulnerar la reserva de ley (tal y como sucede en relación con el reglamento que desarrolla la LORPM).

Dicho RD regulaba aspectos decisivos (relacionados con la inejecución por incumplimiento con posibilidad de incurrir en quebrantamiento) en referencia a la pena de TBC. Pero estos aspectos habían de ser regulados en una norma de rango legal, en virtud del principio de reserva de ley. El mencionado Real decreto 690/1996 infringía el principio de jerarquía normativa y el de reserva de ley, establecido en los Arts. 53.1 y 81.1 CE, porque a aspectos esenciales de la pena de TBC (por ejemplo, las condiciones o requisitos para considerarse que dicha pena se había incumplido) se les dispensaba un rango reglamentario cuando el desarrollo y la ejecución de dicha pena merecía la categoría de ley "… *y no un mero 'Real Decreto.*"[1523]. En este marco, el CGPJ[1524] se posicionó a favor de la exigencia hacia el respeto por el principio de reserva de ley, hizo constar dicha necesidad –respecto al requisito formal de rango de ley para la ejecución de la pena de TBC- en el año 2003, en relación con la regulación reglamentaria relativa a las circunstancias de la ejecución, y del incumplimiento, de la pena de TBC.

A partir del año 2003 se regula su incumplimiento en el Código penal con ocasión de la modificación operada por la Ley orgánica *15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal.* A través de tal modificación, se supera el problema, tal y como se puede deducir de la lectura del Art. 49. 6ª CP, disposición legal que especifica en qué consiste la conducta incumplidora, en una norma con rango de ley orgánica.

El actual Art. 49 CP determina la pena de Trabajos en beneficio de la comunidad de una manera completa, sin dejar margen de actuación normativa al reglamento en aspectos básicos de la ejecución que sólo se pueden regular por ley; su apartado, regla o condición 6ª regula las circunstancias de la ejecución detallando en qué consiste la conducta incumplidora que da lugar al tipo penal del quebrantamiento ex Art. 468.1 CP, después del proceso y sentencia correspondiente, si así lo decide el juez.

[1522] Este Real decreto 690 / 1996 ha sido derogado; la norma vigente es el Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, *por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de la penas privativas de libertad y sustitución de penas.*

[1523] Véase GÓMEZ ARROYO, *op. cit.*, en el apartado III Normativa reguladora, párrafo 12º.

[1524] Véase CGPJ, Magistrado ponente: Excmo. Sr. D. Adolfo PREGO DE OLIVER Y TOLIVAR. Informe de fecha de 26 de marzo de 2003, *sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código penal*, p. 18 – 19; véase, también, BLAY GIL, *op. cit.,* p. 81, que comentó el problema aquí planteado en relación con el Art. 49.6 CP.

A título de *conclusión*, sostenemos que la regulación de las circunstancias de la ejecución de la pena de TBC en el –ya derogado- Real decreto 690/1996, de 26 de abril era incompatible con el principio de legalidad, en concreto con el "subprincipio" de reserva de ley, antes de la modificación operada en el año 2003.

Lo afirmado en el párrafo anterior es un punto de partida para llegar a la conclusión siguiente: que, del mismo modo que la mencionada regulación contenida en el Real decreto 690/1996 (que se consideró incompatible con la legalidad penal en su manifestación de reserva de ley, como mínimo, por el CGPJ), los Arts. 10.1.6ª b) y 14 c) del reglamento que desarrolla la LORPM pueden ser incompatibles con la legalidad penal, en su manifestación de reserva de ley, igualmente.

1.2. Concepto jurídico indeterminado y reserva de ley.

En este subepígrafe, estudiamos la disposición reglamentaria contenida en el Art. 35.1.c) [1525], en concreto la expresión "*por otras causas*", en su condición de concepto jurídico indeterminado y como vulnerador de la reserva de ley. Este artículo regula la posibilidad de que el menor cumpla la pena juvenil de internamiento en una comunidad diferente de la que pertenece el juzgado de menores que le condenó pero, y aquí radica el problema, cumpliría en tal comunidad diferente a la del juzgado "*por otras causas*". Tal expresión configura un concepto jurídico indeterminado evidente, pero el problema de fondo es que presenta significativas dificultades de compatibilidad con el marco constitucional –con la legalidad penal, en concreto con la taxatividad penal-, ya que la expresión aquí criticada permite establecer esas "*otras causas*" de una manera arbitraria y sin sujeción a ningún texto legal. Por ello no reúne los requisitos establecidos por el TC[1526] para que sea posible dicha compatibilidad con la Constitución.

En base a lo anterior, enunciamos *la conclusión* siguiente: la indeterminación jurídica existe en la expresión "*por otras causas*", que implica inseguridad jurídica, y por tanto, riesgo evidente de arbitrariedad judicial.

[1525] Sobre la resolución que tomó el TS en relación con este Art. 35.1c) del reglamento, como respuesta al recurso contencioso administrativo que se interpuso el 29 de octubre de 2004, contra el reglamento, véase la STS, S. 3ª, Sección 6ª, 10.11.2006, FJ 11º, (MP: Excma. Sra. Dña. Margarita ROBLES FERNÁNDEZ).

[1526] El principal de estos requisitos, que no reúne la expresión "*por otras causas*" ahora criticada es que su concreción no es *"… razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia.",* véase la STC, S. 1ª, 21.12.1989, FJ 5º, (MP: Excmo. Sr. D. Fernando GARCÍA – MON y GONZÁLEZ – REGUERAL).

1.3. Relaciones de sujeción especial y reserva de ley.

En este subepígrafe, comentamos la posible vulneración del "subprincipio" de reserva de ley por parte de la LORPM (Art. 60) y del reglamento (Art. 59 y ss); más en concreto, estudiamos las relaciones de sujeción especial en el ámbito disciplinario de los centros de menores[1527] y su posible incompatibilidad con la reserva de ley.

A consecuencia de un recurso contencioso administrativo contra el reglamento[1528], el TS[1529] se pronunció respecto a la posibilidad de vulneración de la reserva de ley por parte del Art. 60 y ss LORPM[1530], resolviendo que no existía tal vulneración; sostuvo como razonamiento principal la condición de los menores internados por mandamiento judicial en el contexto del cumplimiento de una pena, que es la condición conocida como de "sujeción especial". Según el TS, la posibilidad de regulación de las incidencias como son las sanciones a consecuencia de la comisión de faltas disciplinarias, a través de norma con rango reglamentario es constitucional, porque los rasgos esenciales de la conducta prohibida –de las faltas disciplinarias- se hallan en la ley, en la LORPM más exactamente en su Art. 60.

No obstante y en contra de lo afirmado por el TS, consideramos que dichos rasgos esenciales de la conducta prohibida no se hallan regulados en la LORPM ni en ninguna otra normal legal de la legislación penal de menores, siendo este el problema que nos ocupa.

El problema a resolver es que estamos ante una ausencia de regulación del régimen disciplinario –de los supuestos de hecho que pueden dar lugar a una sanción disciplinaria- en una normativa con rango de ley, en la LORPM: en primer lugar, estamos ante una ausencia de regulación de uno de los aspectos esenciales de las penas juveniles de internamiento, que son las faltas disciplinarias que los menores pueden cometer durante el período de ejecución de la pena juvenil privativa de libertad. En segundo lugar, nos hallamos ante la presencia de la

---

1527 Sobre la necesidad de revisar el régimen disciplinario que se regula en la LORPM (Art. 60 y ss) y en el reglamento (Art. 59 y ss), véase el epígrafe "La urgente revisión del régimen disciplinario penitenciario previsto para menores infractores, contenido en el Real Decreto 1774/2004, de 30 de agosto", en ACALE SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 376 y ss. Sobre una crítica en referencia a la vulneración del principio de legalidad "… *en lo relativo a la reserva de ley, con lo concerniente a la ejecución de medidas de internamiento para menores.*", véase MATA Y MARTÍN, "El principio…", *op. cit.*, p. 30. Acerca del régimen disciplinario en los centros de menores, véase DE LA CUESTA ARZAMENDI / BLANCO CORDERO, *op. cit.*, p. 127 y ss.

1528 En este contexto, véase la demanda presentada por la Coordinadora de barrios para el seguimiento de menores y jóvenes**,** p. 39, presentada, también, por la Asociación pro derechos humanos de Andalucía, Coordinadora y Asociación que presentaron demanda, mediante recurso contencioso administrativo, ante el Tribunal Supremo, en fecha de 29 de octubre de 2.004, contra el Real Decreto 1774/2004, de 20 de julio, *por el que se aprueba el Reglamento de la L.O. 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.*

1529 Véase la STS, Sala de lo Contencioso – Administrativo, Sección 6ª, 10.11.2006, FJ 9º, (MP: Excma. Sra. Dña. Margarita ROBLES FERNÁNDEZ).

1530 Posibilidad de vulneración que los demandantes que interpusieron el recurso antes mencionado consideraron como existente, en este sentido, véase la demanda presentada por la Coordinadora de barrios para el seguimiento de menores y jóvenes**,** presentada, también, por la Asociación pro derechos humanos de Andalucía, Coordinadora y Asociación que presentaron demanda, mediante recurso contencioso administrativo, ante el Tribunal Supremo, en fecha de 29 de octubre de 2.004, contra el Real Decreto 1774/2004, de 20 de julio, *por el que se aprueba el Reglamento de la L.O. 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.*

regulación de dichas faltas en el reglamento (Art. 59 y ss): la normativa reglamentaria (donde se determinan las conductas negativas o faltas disciplinarias) relacionada con el régimen disciplinario de los centros de menores puede restringir el régimen de vida de éstos, parcial o totalmente. Este es el motivo principal por el que las conductas (las faltas disciplinarias) que pueden dar lugar a dicha restricción de libertad deberían de estar establecidas en una norma con rango de ley, en virtud del Art. 17.1 y del Art. 25.1 CE.

Una primera causa del problema: la exigencia de reserva de ley se ve relativizada o atemperada por la doctrina del TS[1531] en el marco de las relaciones de sujeción especial o de supremacía de la Administración, en los centros de internamiento de justicia juvenil, en concreto, en el régimen disciplinario previsto en la LORPM (Art. 60) y en el reglamento (Art. 59 y ss).

Una segunda causa se halla en el hecho de que la LORPM ha realizado una delegación o habilitación más allá de lo permitido por la reserva de ley a favor del reglamento; en todo caso, se produce deslegalización de la LORPM hacia el reglamento, tal y como señala COLÁS TURÉGANO: "*Sin embargo, existe una cierta deslegalización pues la LORRPM sólo prevé las sanciones, las infracciones se derivan al reglamento.*"[1532]

En función del problema enunciado, describimos *el objetivo* de este subepígrafe: primero, cuestionar la constitucionalidad de la regulación establecida en el Art. 60 LORPM (que como se verá y a diferencia de lo afirmado por el TS, no establece la conducta prohibida o negativa la falta disciplinaria); y segundo, reforzar, consolidar e insistir en la garantía protectora derivada de la reserva de ley, incluso cuando estamos ante las relaciones conocidas como de "sujeción especial" o de "supremacía de la Administración".

Para conseguir el objetivo mencionado, partimos de la *premisa* que guiará la argumentación para conseguir tal objetivo: hemos de ir con cautela extrema a la hora de reducir derechos (el derecho a la libertad ex Art. 17.1 CE) a las personas sometidas a tales relaciones de sujeción especial, tal y como advierte DÍEZ - PICAZO[1533] y según establece el TC, para impedir el deterioro del principio de legalidad: "… *'debilitamiento' y relativización del principio de legalidad que este Tribunal -en ciertos casos- ha considerado en los supuestos de las llamadas 'relaciones de sujeción especial.*"[1534]

[1531] Doctrina que se estableció en la STS, S. 3ª, 10.11.2006, FJ 9º, (MP: Excma. Sra. Dña. Margarita ROBLES FERNÁNDEZ), en la jurisdicción de menores, STS que resuelve una impugnación contra el reglamento de desarrollo de la LORPM.

[1532] Véase COLÁS TURÉGANO, *op. cit.*, p. 276.

[1533] En este contexto, véase DÍEZ – PICAZO GIMÉNEZ, "El principio…", *op. cit.*, apartado 8, párrafo 2º.

[1534] Véase la STC, S. 1ª, 29.3.1990, FJ 6º, párrafo 2º, (MP: Excmo. Sr. D. Carlos de la VEGA BENAYAS).

1.3.1. Toma de postura.

En la línea de posicionarnos a favor de la reserva de ley (en el marco de las relaciones de sujeción especial en la que están incluidos los menores internados cumpliendo pena juvenil privativa de libertad), defendemos la necesidad de establecer la normativa relativa a las faltas disciplinarias (conductas negativas que se producen en los centros de justicia juvenil) en una norma con rango de ley (orgánica), en concreto en la LORPM de una manera prioritaria –sin descartar la función de desarrollo o de complemento a través del reglamento-. Dicha necesidad se basa en los argumentos siguientes:

Primero. En contra de lo afirmado por el TS, cabe afirmar –tal y como se deduce de la lectura del Art. 60.2- que la LORPM no establece los elementos esenciales de la conducta antijurídica (el supuesto de hecho, la conducta negativa o prohibida, la falta disciplinaria); no hay una concreción mínima de los elementos básicos del comportamiento antijurídico en dicho Art. 60.2 LORPM. Esta previa determinación de dichos elementos es una exigencia de la reserva de ley, pero, tal determinación no se produce en la LORPM.

Además –y vulnerando la reserva de ley-, la propia ley remite los supuestos de hecho (las faltas disciplinarias) al reglamento, a través del Art. 60.1 LORPM. Por lo que consideramos -y a diferencia de lo que afirma el TS- que los elementos esenciales de la conducta antijurídica, de las faltas disciplinarias no se regulan en la LORPM, tal y como en este sentido señala ACALE SÁNCHEZ[1535].

En este contexto asumimos como propia la propuesta del GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL[1536], a través de la cual se describe una serie de conductas susceptibles de ser reguladas en la LORPM y, a la vez, incardinadas en el concepto de "faltas muy graves"; por ejemplo: *"Realizar con violencia o intimidación en las personas o daños en las instalaciones o efectos motines, plantes o desórdenes colectivos, o instigar a los mismos si éstos se hubieran producido."* Y también en el de "faltas graves" (por ejemplo: "*Faltar gravemente al respeto y consideración debidos al personal del centro."*

Segundo. Necesidad de regulación mediante norma con rango de ley. Como hemos dicho, la normativa reglamentaria -el Art. 59 y ss- puede restringir el régimen de libertad de los menores internados. No obstante, la tipificación de las infracciones (de la conducta prohibida, de las faltas disciplinarias) se ha de realizar en una norma con rango de ley, tal y como se

[1535] Véase ACALE SÁNCHEZ, *op. cit*., p. 378; pero, por otro lado, ACALE SÁNCHEZ sostiene que no se vulnera el principio de reserva de ley, "*A la vista de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 2/1987, de 21 de enero.*", *loc. ult. cit.*

[1536] Véase GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Un proyecto alternativo…, op. cit*., p. 61 y ss y p. 69 y ss.

obliga desde la Constitución, en virtud de los Arts. 17.1, 25.1, 53.1 y 81.1 CE; también, desde la ley, en virtud del Art. 129.1 LRJAPyPAC; y a través del Tribunal Constitucional[1537].

En este contexto, hemos de destacar a CÁMARA ARROYO[1538], que se posiciona en contra de la doctrina del TS antes mencionada relativa a las relaciones de sujeción especial. También, COLÁS TURÉGANO[1539] considera necesario que la LORPM tipifique la conducta antijurídica, las faltas disciplinarias, por motivaciones relacionadas con la seguridad jurídica. CERVELLÓ / COLÁS[1540] se posicionan, de la misma manera, en contra de la ausencia de regulación de las faltas disciplinarias en la ley, afirmando que dicha ausencia vulnera el principio de legalidad. La Coordinadora de Barrios y la Asociación pro derechos humanos de Andalucía[1541] se pronuncian en contra de la regulación reglamentaria, en referencia a las faltas disciplinarias, y a favor de la regulación de éstas en norma con rango de ley. El GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL[1542] se muestra, igualmente, a favor de la necesidad de rango de ley para las normas relativas al procedimiento sancionador - disciplinario de menores. AYO FERNÁNDEZ[1543] se posiciona en relación con la vulneración del principio de legalidad, en su manifestación de reserva de ley, por parte de la LORPM, en relación con el aquí criticado Art. 60 LORPM. Finalmente ACALE SÁNCHEZ[1544] realiza una crítica al reglamento en lo que respecta a la regulación del régimen disciplinario de las faltas desde una norma de rango reglamentario, crítica que compartimos en su totalidad.

Tercero. Delegación inconstitucional al reglamento de una materia que es objeto de reserva de ley. La regulación del régimen disciplinario se realiza a través del Art. 60.1 LORPM. En dicho Art. 60.1 se produce una delegación al reglamento que presenta tachas de inconstitucionalidad; desde esta perspectiva, se realiza una delegación o habilitación al reglamento (para regular la conducta antijurídica, la falta disciplinaria) que es ilegal a la vez que

---

1537 En este contexto, véase la STC, 1ª, 11.9.2006, FJ 4º, (MP: Excma. Sra. Dña. M. Emilia CASAS BAAMONDE).

1538 En este contexto, véase el análisis que realiza en profundidad, y que compartimos totalmente en este estudio, a través de CÁMARA ARROYO, *Derecho penal de menores*…, *op. cit*., p. 885 y ss, en el epígrafe "Relación especial de sujeción de los menores internados. Crítica."

1539 Véase COLÁS TURÉGANO, *op. cit*., p. 276.

1540 Véase CERVELLÓ / COLÁS, *op. cit*., p. 184.

1541 Véase la demanda presentada por la Coordinadora de barrios para el seguimiento de menores y jóvenes, p. 42, demanda presentada también, por la Asociación pro derechos humanos de Andalucía, coordinadora y asociación que presentaron demanda, mediante recurso contencioso administrativo, ante el Tribunal Supremo, en fecha de 29 de octubre de 2.004, contra el Real Decreto 1774/2004, de 20 de julio, *por el que se aprueba el Reglamento de la L.O. 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.*

1542 Véase GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Un proyecto alternativo…, op. cit*., p. 71.

1543 Véase AYO FERNÁNDEZ, *op. cit*., pp. 171 – 175; principalmente, la p. 173. En la misma línea, véase LANDROVE DÍAZ, G., "El nuevo Derecho penal juvenil", en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir.* José Luís Díez Ripollés, Carlos María Romeo Casabona, Luis Gracia Martín, Juan Felipe Higuera Guimerá (editores). Ed. Tecnos. Madrid. 2002, pp. 1575 – 1586, p. 1581.

1544 Véase ACALE SÁNCHEZ, *op. cit.,* p. 379.

inconstitucional por ir más allá de lo permitido por la reserva de ley, porque no determina el supuesto de hecho (la conducta negativa o falta disciplinaria) de una manera mínima o suficiente.

Sobre la delegación inconstitucional al reglamento ya se posicionaron –posicionamiento que compartimos- los demandantes contra el reglamento, en sede de recurso ante el TS, bajo los términos siguientes: "*La LO 5/2000 sólo dice que las infracciones serán muy graves, graves y leves, remitiéndose al reglamento para su tipificación, lo cual constituye una clarísima infracción de la LRJAE y PAC y del art. 25.1º CE, que sólo cabría admitirse con una interpretación claramente contra legem.*"[1545]

Cuarto. El reglamento es inválido. El reglamento excede la delegación o la habilitación de la LORPM[1546]: su Art. 59 y ss regula aspectos de la normativa penal (infracciones – faltas disciplinarias que pueden restringir derechos fundamentales, la libertad, entre ellos), y esta regulación hace mucho más que desarrollar la ley mediante especificaciones o graduaciones de las faltas disciplinarias. Lo que hace es regular el régimen disciplinario "ex novo" sin una regulación previa o mínima en la LORPM; esta posibilidad es, recordemos, competencia de las Cortes Generales, de la ley, en virtud del Art 25.1 CE, y, también, de los Arts. 53.1 y 81.1 CE y de los Arts. 127 y 129 LRJAPyPAC.

El articulado del reglamento relativo al régimen disciplinario, a aplicar en los centros de menores, Art. 59 y ss es inválido -desde la óptica de la reserva de ley-; y esta invalidez proviene de la inconstitucionalidad de la LORPM: el órgano delegante (el legislador, a través de la LORPM) permite al órgano delegado –el poder ejecutivo- regular (a través del reglamento) más allá de lo que le es permitido por la reserva de ley (que prohíbe regular infracciones y sanciones en norma reglamentaria). Por este motivo, este reglamento es inválido –no ilegal- (ya que el "vicio" de donde parte la ilegalidad radica en la norma, en la ley delegante). También, porque su inconstitucionalidad (de la LORPM) afectará a la fuente del Derecho desde donde se ha creado el "vicio" o el problema, a la norma delegante (la ley, la LORPM) –no al reglamento- por haber sobrepasado los límites de la reserva[1547].

En base a lo dicho anteriormente, *concluimos* lo siguiente: la mencionada doctrina del TS implica la relativización de la legalidad penal y de la reserva de ley, en el sentido de

[1545] Véase la demanda presentada por la Coordinadora de barrios para el seguimiento de menores y jóvenes**,** p. 42, demanda presentada, también, por la Asociación pro derechos humanos de Andalucía, coordinadora y asociación que presentaron demanda, mediante recurso contencioso administrativo, ante el Tribunal Supremo, en fecha de 29 de octubre de 2.004, contra el Real Decreto 1774/2004, de 20 de julio, *por el que se aprueba el Reglamento de la L.O. 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.*

[1546] Delegación o habilitación que se establece a través del Art. 43.2 LORPM, de una manera implícita.

[1547] En este contexto, véase RUBIO LLORENTE, *op. cit.*, p. 25.

permitirse o tolerarse que se pueda regular el régimen disciplinario (la descripción de las faltas disciplinarias) mediante reglamento, sin una habilitación previa mínima o suficiente.

En virtud de las conclusiones anteriores, *proponemos* que la LORPM debería de tipificar las infracciones en las que pueden incurrir los menores internados; de esta manera se preservaría el contenido esencial de los principios de legalidad y de seguridad jurídica, en su manifestación a través de la reserva de ley.

CAPÍTULO VIII

DEL INTERÉS DEL MENOR AL DERECHO A LA EDUCACIÓN

1. Revisión del concepto del interés superior del menor.

La ubicación del principio del interés del menor en esta cuarta parte de la investigación, en la que abordamos de nuevo tal concepto tras haberlo estudiado en el Cap. III, puede provocar cierta extrañeza. Por ello, creemos necesaria una mínima explicación de esta opción sistemática en el siguiente sentido: mientras en los capítulos precedentes hemos analizado los problemas de indefinición del citado principio, así como sus inconvenientes en el contexto problemático del quebrantamiento de la pena juvenil, a continuación pretendemos recuperar el punto de partida que supone tan discutido concepto para proponer su revisión en la línea de vincularlo al derecho fundamental a la educación.

Dicha revisión comportaría una mejora jurídica: el hacer compatible el principio del interés del menor con las garantías penales, y por tanto, con la Constitución; a la vez, pretendemos lograr otra consecuencia positiva, que es la de incorporar una mayor protección constitucional en el sentido de introducir más garantías en la legislación penal de menores.

Para materializar a la vez que desarrollar dicha revisión, planteamos *la finalidad* siguiente: partiendo del fundamento jurídico para el interés del menor (que ya detallamos en el Cap. III, epígrafe Nº 5) vamos a reinterpretar el concepto del interés del menor[1548] en la dirección de entenderlo como derecho a la educación en el contexto de la justicia juvenil.

[1548] Revisión que la doctrina alemana ya se planteó en el año 1990; en este marco, véase ALBRECHT, *El Derecho…, op. cit.*, p. 93 y ss; igualmente, dicha doctrina se planteó dicha revisión en el año 1997, en este sentido véase TAMARIT SUMALLA, "Principios político-criminales…", *op. cit.*, p. 31, nota a pie de página Nº 38 citando a M. KLINGST "Kriminelle Kinder", donde se afirma que este autor alemán sugiere redefinir el "principio del bienestar del menor".

1.1. El interés del menor como derecho a la educación.

Para conseguir la finalidad mencionada, realizamos una breve reseña y describimos unas premisas, que configuran el pilar que sustentará toda la argumentación siguiente.

Enunciamos la mencionada reseña en relación con el posicionamiento jurídico–educativo a favor del derecho a la educación en la justicia juvenil. En coherencia con los diferentes posicionamientos que ahora detallamos, proponemos subsumir el interés superior del menor en el derecho fundamental a la educación ex Art. 27 CE.

Esta propuesta surge como consecuencia de, por un lado, la ausencia de contenido y significado del interés del menor que sea compatible con las garantías penales, en concreto con la legalidad penal y la seguridad jurídica; y por otro, de las características propias o especiales del Derecho penal juvenil, en concreto, de las consecuencias jurídicas reguladas en la legislación penal de menores, en las que la educación o la reeducación juegan un papel decisivo, tal y como expresa:

- el legislador, ya desde el año 1994, consideró que la legislación penal de menores debía de ser reeducativa[1549]; también afirma la finalidad educativa de la LORPM[1550];
- la doctrina especializada en Derecho penal juvenil[1551] sostiene que la intervención penal con menores ha de ser educativa esencialmente;
- la jurisprudencia constitucional[1552] argumenta que la legislación penal de menores combina los elementos sancionadores y los reeducativos;
- la jurisprudencia del TS[1553] tiene en cuenta la prevención especial –que contiene la reeducación en su contenido- , en la jurisdicción de menores;
- la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, en concreto la Audiencia Provincial de Zaragoza[1554] afirma que el fin primordial de esta legislación es la reeducación;
- el CGPJ[1555] se posiciona a favor del principio educativo como base que sustenta la jurisdicción de menores.

1549 Véase la LORPM, Exposición de Motivos, apartado 3.

1550 Véase la LORPM, DT única, apartado 4º.

1551 Véase COLÁS TURÉGANO, *op. cit.*, p. 87; VIANA BALLESTER, *op. cit.*, p. 175; ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores…*, 2007, *op. cit.*, p. 240; DE LA CUESTA ARZAMENDI, "El nuevo Derecho…", *op. cit.*, p. 13; CUELLO CONTRERAS, *op. cit.*, p. 157; CRUZ MÁRQUEZ, *Educación…, op. cit.*, p. 19; BENÍTEZ ORTÚZAR, *op. cit.*, p. 55. SANZ HERMIDA, "Responsabilidad…", *op. cit.*, p. 17; véase, también, CRUZ MÁRQUEZ, "Presupuestos…", *op. cit.*, p. 247 - 248, esta autora señala que la característica diferenciadora del Derecho penal de adultos es el interés superior del menor, no la prevención especial.

1552 Véase la STC, S. 1ª, 16.5.2011, FJ 3º, (MP: Excmo. Sr. D. Pablo PÉREZ TREMPS).

1553 Véase la STS, S. 2ª, Sección 1ª, 21.1.2004, FJ 3º, (MP: Excmo. Sr. D. Andrés MARTÍNEZ ARRIETA).

1554 Véase el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, S. 1ª, de 30.5.2005.

1555 Véase el Informe del CGPJ, Magistrado Ponente: Excmo. Sr. D. Adolfo PREGO DE OLIVAR Y TOLIVAR, *al Anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, informe de fecha 23 de noviembre del 2005, Consideración cuarta, p. 19. La

A continuación, desarrollamos las premisas antes anunciadas:

La primera premisa. La mejora jurídica mencionada proponemos materializarla a través de la inclusión del interés superior del menor (reinterpretado bajo la concepción de derecho a la educación, como derecho propio de la justicia de menores) en el Derecho positivo, principalmente: en la Constitución a través de su Art. 25.2[1556] y de su Art. 27 y -de una manera expresa y definida- en la LORPM[1557].

La segunda premisa describe el derecho a la educación circunscrito y adaptado al Derecho penal juvenil, en concreto a la orientación de la prevención especial positiva[1558], en el contexto del Derecho penal juvenil. Desde esta perspectiva y según CANO PAÑOS, la finalidad de este Derecho no es "… *la pretensión estatal educativa en sentido amplio, esto es, la socialización concebida como proceso complejo que busca un desarrollo determinado de la personalidad.*"[1559], sino que tal pretensión educativa se ha de incluir dentro de los fines del Derecho penal, en concreto de la prevención especial: *"… la educación no es ni puede ser el fin de las sanciones penales para los menores infractores, sino tan sólo un medio para conseguir el fin de prevenir la reincidencia. La LORPM no es, por tanto, un elemento del sistema educativo, sino más bien una parte integrante del sistema punitivo del Estado caracterizado eso sí por su orientación educativa para cumplir los fines de prevención especial que le son propios debido a las características de sus destinatarios.*"[1560]

La tercera premisa supone que la reorientación y reinterpretación del interés del menor ha de garantizar el ejercicio del derecho a la educación en el ámbito de la justicia juvenil; este derecho ya está garantizado actualmente; en todo caso consideramos necesario protegerlo en supuestos extremos de la intervención punitiva estatal, en el campo de la justicia juvenil, como es el caso de la privación de libertad, tal y como señala PAREDES CASTAÑÓN: "*Así, por ejemplo, a la hora de fijar el régimen de ejecución de una medida (de internamiento*

LORPM relaciona igualmente el principio de flexibilidad en la ejecución de las penas juveniles y el interés superior del menor, en el apartado 6º de su Exposición de Motivos.

[1556] La ubicación del principio del interés superior del menor en el Art. 25.2 CE (en este artículo se establece el principio de resocialización), o lo que es lo mismo, la relación entre el principio del interés del menor y el principio de resocialización lo valora la doctrina especializada en Derecho penal juvenil en VIDAL HERRERO, *op. cit.*, p. 242 y ss; VIANA BALLESTER, *op. cit.*, p. 183; CANO PAÑOS, *El futuro…, op. cit.*, p. 203; MARTÍNEZ SERRANO, *op. cit.*, p. 38; también, DE LA CUESTA ARZAMENDI, "El nuevo Derecho…", *op. cit.*, p. 15; SERRANO TÁRRAGA, "Medidas…", *op. cit.*, p. 340. La resocialización se ubica dentro del principio de proporcionalidad, según GARCÍA ARAN / LÓPEZ GARRIDO, *El Código penal…*, *op. cit.*, p. 29. Acerca del Art. 25.2 y su contenido, véase MIR PUIG, *El Derecho penal…, op. cit.*, p. 40 y ss.

[1557] Tal y como proponen DE LA CUESTA ARZAMENDI / BLANCO CORDERO, *op. cit.*, p. 56, acerca del concepto del interés superior del menor.

[1558] Sobre la prevención especial en la jurisdicción de menores, véase ALBRECHT, *El Derecho…, op. cit.*, p. 95 – 96.

[1559] Véase CANO PAÑOS, "¿Supresión…", *op. cit.*, p. 10.

[1560] Véase CANO PAÑOS, "¿Supresión…", *op. cit.*, p. 11.

*en régimen cerrado, por ejemplo) (…) debería quedar garantizado que la libertad de expresión del menor sancionado (**o su derecho a la educación**[1561]) no se vea afectada por dicho internamiento.*"[1562]

En el subepígrafe siguiente, sugerimos una "propuesta de mínimos", que es ampliación y concreción de las premisas comentadas, con la finalidad de configurar el derecho fundamental a la educación en el marco de la justicia juvenil.

1.1.1. Propuesta de mínimos.

Esta propuesta se dirige hacia el diseño del derecho a la educación en el marco de la justicia juvenil, y la materializamos a partir del interés del menor como principio jurídico[1563]–educativo[1564] y como derecho a la educación:

a) Principio jurídico-educativo. Cuando nos referimos al interés superior del menor, estamos ante un principio que es sustantivo, identificador y planteamos que, del mismo modo, sea propio del ámbito de la responsabilidad penal de los menores[1565]. Proponemos que este principio esté fundamentado principalmente en las directrices básicas que se instauraron en el año 1989, mediante la CDN, Arts. 28, 29 y 30; también a través de la Observación General Nº 1 (2001), *Sobre los propósitos de la educación*[1566].

b) Derecho a la educación aplicable en la jurisdicción de menores. Consideramos idóneo que tal derecho parta de la concepción o de la finalidad que tiene la educación en el ámbito normalizado y en la justicia juvenil; esta finalidad y concepción consta en la normativa nacional e internacional, en el Tribunal Constitucional y en la doctrina. Desde esta perspectiva, tal concepción ha de partir:

Primero, de las garantías penales (legalidad, seguridad jurídica, derecho debido y proporcionalidad, principalmente). El derecho fundamental a la educación –en sustitución del concepto del interés superior del menor- aplicado en el contexto de la legislación penal de menores ha de reunir ciertos requisitos, ha de sujetarse a las exigencias de la legalidad penal y

---

[1561] Negrita es mía.
[1562] Véase PAREDES CASTAÑÓN, *op. cit.*, p. 168.
[1563] Sobre "El interés superior del menor como principio jurídico" (título del epígrafe utilizado por el autor), véase ÓSCAR VILLAMAYOR, *op. cit.*, p. 266 y ss.
[1564] El principio del interés superior del menor es denominado "principio educativo", según palabras de ALBRECHT, *El Derecho…, op. cit.*, p. 94 – 95. CRUZ argumenta la distinción entre el principio educativo y el interés superior del menor, en CRUZ MÁRQUEZ, "Presupuestos…", *op. cit.*, p. 244; también, CRUZ MÁRQUEZ, *Educación…, op. cit.*, p. 26 y ss., y p. 130 y ss. Acerca del "principio educativo", véase, también, MORA SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 124 y ss.
[1565] Tal y como así es tenido en cuenta por la doctrina especializada en Derecho penal juvenil, en este sentido, véase, MARTÍNEZ SERRANO, *op. cit.*, en el apartado II.3, "Principio del superior interés del menor".
[1566] Véase Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 1 (2001), Anexo IX, sobre los *Propósitos de la educación*, 17 de abril de 2001, en relación con el Art. 29, párrafo 1 de la CDN.

la seguridad jurídica junto con las exigencias derivadas de la proporcionalidad y del derecho a un proceso debido, en el sentido que hemos propuesto en esta investigación.

Segundo, del contenido esencial del derecho fundamental a la educación[1567], que ya se ha establecido, en el ámbito de:

- La normativa internacional configurada por los tratados internacionales ha conformado una verdadera doctrina internacional (tanto la normativa que ostenta el carácter vinculante -la CDN[1568]-, como la no vinculante, pero con una función interpretativa primordial de la Ley interna). Desde esta perspectiva ORNOSA FERNÁNDEZ[1569] propone configurar y dotar de contenido jurídico al principio del interés superior del menor mediante lo regulado en dicha doctrina internacional[1570]; lo que significa que los derechos fundamentales establecidos en el Art. 24.2 CE se han de interpretar de acuerdo con los tratados internacionales, tal y como estableció el TC en el año 1991[1571]. Por ello, hemos de hacer una breve reseña de la CDN a continuación.

Este derecho a la educación es un derecho jurídico garantizador, que se reconoce a favor del menor infractor[1572] en la Convención de los Derechos del Niño[1573], en sus Arts. 28[1574] y 29.1[1575], prioritariamente. En este marco, compartimos la interpretación que la doctrina realiza de estas disposiciones de la CDN, en la línea de que la educación es, básicamente, consolidar la igualdad de oportunidades[1576]. De acuerdo con dicha doctrina junto con el TC[1577], planteamos diseñar la configuración del interés superior del menor en su condición de derecho

---

1567 Sobre el "Contenido esencial del derecho fundamental a la educación" (título del subepígrafe utilizado por el autor), véase SANZ CARRASCO, G., *Principios, libertades y derechos educativos constitucionales*, Ed. Dulac. Barcelona. 2000, p. 145 y ss., también, DÍAZ REVORIO, *op. cit*., p. 54 y ss., también, MARTÍNEZ RUANO, P., "La configuración constitucional del Derecho a la Educación", en *European Journal of Education and Psychology*. Vol. 4, Núm. 2, 2011, pp. 171 – 181. También, Disponible en web en octubre de 2013: http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3780162

1568 Esta CDN forma parte del ordenamiento jurídico interno español, en virtud del Art. 96.1 CE y del Art. 1.2 LORPM.

1569 En este contexto, véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2001, *op. cit.,* p. 77; también, ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2007, *op. cit*., pp. 47 – 53.

1570 Véase GONZÁLEZ / CUERDA, *op. cit*., p. 90.

1571 Véase la citada STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 6º, párrafo 16º.

1572 Tal y como se sugiere en VENTURA / PELÁEZ, *Ley orgánica*…, 2007, *op. cit*., p. 26.

1573 El derecho a la educación junto al derecho a la resocialización se establece, también, en la Convención de los Derechos del Niño, derecho fundamental que se explicita en la Observación General Nº 1 (2001) sobre los *Propósitos de la educación*; también en la Observación General, Nº 10 (2007) y Nº 14 (2013); también, en el Art. 55 LORPM. La Convención de los Derechos del Niño se menciona, expresamente, como fuente del Derecho y de garantías aplicables al menor infractor, en el Art. 1.2 LORPM.

1574 Este Art. 28 de la CDN ha sido actualizado, reinterpretado y revisado por el Comité de los Derechos del Niño de las NNUU, a través de la Observación General Nº 1 (2001), sobre los *Propósitos de la educación.*

1575 Este artículo ha sido desarrollado, reinterpretado y puesto al día por el Comité de los Derechos del Niño de las NNUU, a través de la Observación General Nº 1 (2001), sobre los *Propósitos de la educación*, en su 26º período de sesiones, abril de 2001.

1576 Véase MADRIGAL MARTÍNEZ – PEREDA, *op. cit*., p. 53. También, MIR PUIG, *El Derecho penal…, op. cit*., p. 126; también, GARCÍA ARÁN, "La ejecución…", *op. cit*., p. 8.

1577 Véase la citada STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 6º.

a la educación –en el marco de la justicia juvenil- a través de la doctrina internacional establecida en los Arts. 28 a 30 de la CDN; también a través del Art. 40.1 CDN, que establece el principio de resocialización.

- La normativa nacional:

Constitución, Art. 25.2 (derecho a la reinserción social y a la reeducación), Art. 27.1[1578] y Art. 27.2 (derecho a la educación), y el Art. 10.1 (derecho al libre desarrollo de la personalidad, en el sentido que propone RAVETLLAT BALLESTÉ[1579], que relaciona el interés del menor con el concepto de educación y con la noción del libre desarrollo de la personalidad).

LORPM, Arts. 1.2 (incorporación de los derechos fundamentales en la legislación penal de menores), 55 (consagración del principio de resocialización) y 56.2.b) (integración del derecho a la educación, en el ámbito de las penas juveniles privativas de libertad).

Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, *de Educación,* en el sentido siguiente: "… *la educación se concibe como un aprendizaje permanente, que se desarrolla a lo largo de la vida. En consecuencia, todos los ciudadanos deben tener la posibilidad de formarse dentro y fuera del sistema educativo, con el fin de adquirir, actualizar, completar y ampliar sus capacidades, conocimientos, habilidades, aptitudes y competencias para su desarrollo personal y profesional.*"[1580]

- La doctrina especializada en Derecho penal juvenil a favor de enlazar el interés superior del menor con el derecho fundamental a la educación; compartimos la propuesta de CANO PAÑOS, bajo los siguientes términos: "*La doctrina penal suele circunscribir dicho concepto*[1581] *al interés en la educación.*"[1582]; en el mismo sentido, DE LA ROSA CORTINA[1583]. Igualmente,

[1578] Sobre la ubicación constitucional del derecho a la educación, véase MARTÍNEZ RUANO, *op. cit.* En este contexto, véase, también, FERNÁNDEZ – MIRANDA CAMPOAMOR, A. / SÁNCHEZ NAVARRO, A. J., "Comentario al artículo 27 CE", en *Comentarios a la Constitución Española,* (Tomo III), Óscar Alzaga Villaamil (Director). Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996, pp. 168 - 169.

[1579] Véase RAVETLLAT BALLESTÉ, "El interés superior…", *op. cit.*, p. 95.

[1580] Véase Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de *Educación*, Exposición de Motivos.

[1581] El autor se refiere al concepto del interés superior del menor.

[1582] Véase CANO PAÑOS, "¿Supresión…", *op. cit.*, p. 18.

[1583] Véase DE LA ROSA CORTINA, "Los principios…", *op. cit.*, p. 25, nota a pie de página Nº 36, en que se cita a "BUENO ARÚS, Francisco, en 'Presentación y análisis de la LORPM. Jornadas sobre la LORPM' (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, junio de 2000."; COUSO, J., "Principio educativo y resocialización en el Derecho penal juvenil", en *Revista UNICEF*. Ejemplar dedicado a "Justicia y Derechos del Niño", Nº 9, Madrid. 2007, pp. 219 – 232. Sobre la función de la educación en el Derecho penal juvenil, véase el trabajo de CRUZ MÁRQUEZ, acerca del "Contenido y posición del principio educativo en el Derecho penal de menores.", (título del epígrafe utilizado por la autora), en CRUZ MÁRQUEZ, *Educación…, op. cit.*, p. 23 y ss., véase, también, VIANA BALLESTER, *op. cit.*, p. 175.

RAVETLLAT BALLESTÉ opina que "… *la idea de interés aplicada al menor, unida a su beneficio, nos aboca necesariamente a otro concepto, que es el de educación*."[1584]

- La doctrina especializada en reeducación o de la inadaptación social[1585]. El nuevo concepto del interés superior del menor ha de incluir el concepto de la educación, más bien reeducación en el ámbito de la inadaptación social –que es donde la justicia juvenil más influencia o actividad ejerce-.

- El Tribunal Constitucional se posicionó en relación con la intervención de los poderes públicos respecto al derecho a la educación, en virtud del Art. 27.5 CE[1586], a través de su STC de fecha 3 de octubre de 1994[1587]. Las aportaciones del TC acerca del derecho a la educación y desde el ámbito público, sirven de base para configurar la propuesta de mínimos que aquí sugerimos.

1.1.2. Derecho a la educación y a la resocialización.

El derecho a la educación se ha habido de adaptar al contexto penitenciario[1588], partiendo de la orientación de las penas, basada en el principio de resocialización. En el mismo sentido y para alcanzar la reconfiguración del actual concepto del interés superior del menor, sugerimos que sea sustituido por el derecho a la educación ex Art. 27 CE, y de una manera conjunta, por el derecho a la resocialización ex Art. 25.2 CE, como derecho propio del Derecho penal juvenil.

A continuación planteamos la necesidad de un derecho a la educación específico o dirigido hacia los menores infractores, en el ámbito de la justicia juvenil. Para ello, hacemos una breve reseña respecto a las particularidades que presenta la justicia juvenil a las que el derecho a la educación que aquí proponemos se habrá de adaptar.

1584 Véase RAVETLLAT BALLESTÉ, "El interés superior…", *op. cit*., p. 95.

1585 En este contexto, véase PANCHÓN IGLESIAS, en concreto su obra *Manual de pedagogía de la inadaptación social, op. cit.*

1586 El derecho fundamental a la educación se regula, igualmente, en el Art. 27.5 CE, según SANZ CARRASCO, *op. cit*., p. 142.

1587 En este contexto, véase la STC, S. 1ª, 3.10.1994, (MP: Excmo. Sr. D. Pedro CRUZ VILLALÓN).

1588 Véase RODRÍGUEZ YAGÜE, C., "El Derecho a la educación en el sistema penitenciario español", en *La Ley*, Núm. 96 – 97, Sección Derecho penitenciario, Septiembre – Octubre 2012, p. 1.

Particularidades del ámbito de la justicia juvenil[1589] que se han de tener presentes:

a) la intervención penal - educativa sobre el menor infractor está circunscrita a un sector concreto de la población juvenil y con ciertas limitaciones:
   - el Derecho penal juvenil es según COLÁS TURÉGANO, "… *un sector del ordenamiento jurídico que no se dirige a la generalidad de los ciudadanos sino, únicamente a los menores de edad de catorce a diecisiete años.*"[1590] (y dentro de este sector de población de 14 – 17 años, únicamente a aquellos que han sido declarados culpables de una infracción penal);
   - un aspecto cuantitativo, el factor tiempo, la duración de la pena juvenil –que tiene una fecha de inicio y una fecha de finalización-;
   - un aspecto cualitativo, la naturaleza y características de la pena juvenil, que es penal (penal – educativa): privativa de libertad, no privativa de libertad o privativa de otros derechos[1591];
   - el menor sometido a una de las penas juveniles reguladas en la legislación penal de menores no dispone de su libertad totalmente;
b) los elementos sancionadores y los educativos o reeducativos se combinan, en este contexto de justicia juvenil o penal - educativo[1592].

Pasamos a profundizar en este subepígrafe, donde pretendemos razonar sobre la necesidad de que el derecho a la educación sea aplicado conjunta e inseparablemente junto con la orientación resocializadora, partiendo de la premisa siguiente: el interés superior del menor ha de ser derecho fundamental a la educación y a la resocialización. Desde esta perspectiva, la finalidad principal –que no única- de la educación en un contexto penal o lo que es lo mismo, de una justicia juvenil educativa ha de ser la transmisión de pautas normalizadas para resocializar:

a) con el fin de transmitir pautas de conducta normalizadas (que los menores infractores no poseen debido a los posibles déficits personales o sociofamiliares que presentan); añadimos que resocializar es también, responsabilizar a los menores infractores de sus

[1589] Además de las particularidades que aquí detallamos, véanse otras relacionadas con la especificidad del Derecho penal juvenil en relación con el Derecho penal común en COLÁS TURÉGANO, *op. cit.*, p. 51; también, BENÍTEZ ORTÚZAR, *op. cit.*, p. 58.
[1590] Véase COLÁS TURÉGANO, *op. cit.*, p. 50.
[1591] Las penas juveniles privativas de otros derechos son: privación del permiso de conducción, de la licencias de armas o de caza y la inhabilitación absoluta, penas juveniles reguladas en el Art. 7.1, letras n y ñ LORPM.
[1592] En este contexto, véase la STC, S. 1ª, 16.5.2011, FJ 3º, (MP: Excmo. Sr. D. Pablo PÉREZ TREMPS).

actos para que interioricen el respeto por la norma social o jurídico-penal en su escala de valores (norma que han vulnerado mediante la comisión de una infracción penal)[1593];

b) para tratar que no sufran ningún tipo de discriminación para reintegrarse en la sociedad, a través de acceder a los recursos normalizados de la educación reglada, durante y después del período de cumplimiento de la pena juvenil que les fue impuesta[1594]; del mismo modo el Tribunal Constitucional sostiene que las penas juveniles reguladas en la LORPM han de tender hacia la resocialización[1595]; la FGE[1596] se posiciona también a favor de tal resocialización; la doctrina especializada en Derecho penal juvenil[1597] apuesta igualmente, por la reinserción social decididamente, en la justicia juvenil, cuando afirma que el Estado está obligado[1598] a organizar una serie de penas juveniles destinadas a contrarrestar las conductas desviadas, penas juveniles orientadas hacia la resocialización.

Por todo lo anterior, *concluimos* que los menores que han manifestado su falta de respeto hacia la norma básica de convivencia establecida en la legislación penal a través de un hecho criminal, tienen el deber de responsabilizarse de sus actos cumpliendo con las obligaciones establecidas en la sentencia condenatoria y en el programa educativo individualizado, que forma parte esencial de la pena juvenil impuesta en sentencia firme. Al tiempo que disponen del derecho a la educación y a la resocialización en virtud de los Arts. 25.2 y 27.1 CE, en el marco de la justicia juvenil o de la inadaptación social. En este contexto, la educación requiere de una especialización u orientación educativa diferente; esta especificidad radica en el derecho a la reinserción social, a la reeducación -a la adquisición de pautas de conducta normalizadas-.

[1593] Véase COLÁS TURÉGANO, *op. cit.*, p. 87.
[1594] Véase Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 10 (2007), sobre *Los derechos del niño en la justicia de menores*, punto Nº 7.
[1595] Véase la STC, Pleno, 17.10.2012, FJ 3º b), (MP: Excmo. Sr. D. Luis Ignacio ORTEGA ÁLVAREZ).
[1596] Véase FGE, Circular 1/2007, de 23 de noviembre de 2007, *sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006*, p. 43.
[1597] Véase BENÍTEZ ORTÚZAR, *op. cit.*, p. 55.
[1598] En virtud de los Arts. 2, 44 y 45 LORPM.

2. La proporcionalidad y el derecho a la educación.

La proporcionalidad tiene un carácter diferencial en la justicia de menores[1599]; esto quiere decir que la consecuencia jurídica puede quedar por debajo de la gravedad del hecho[1600], en virtud de la orientación educativa de la justicia juvenil[1601]. Desde esta perspectiva, el legislador[1602] y la doctrina especializada en Derecho penal juvenil[1603] rechazan la proporcionalidad, en general. En este sentido se posicionan DE LA CUESTA / BLANCO[1604]. Otra afirmación que se halla en la LORPM[1605] y que cuestionaremos es la que expresa que se ha de descartar la proporcionalidad, en virtud de la naturaleza educativa de la justicia juvenil.

El razonamiento principal alrededor del cual giran los argumentos que enunciamos aquí –a favor de introducir más proporcionalidad en la jurisdicción de menores- parte de las premisas siguientes:

Primera. En general, la proporcionalidad es un límite que se impone a los poderes públicos, especialmente al legislador, y que prohíbe imponer consecuencias jurídicas que incurran en exceso punitivo, que sobrepasen un máximo[1606], que no se podrá superar. En cambio, la normativa penal juvenil no establece un mínimo, un período mínimo de tiempo de cumplimiento obligatorio. Esta propuesta parte de la base que la pena juvenil pueda someterse a ese mínimo temporal de cumplimiento obligatorio, en virtud del contenido educativo que es intrínseco a dicha pena juvenil, contenido que se desprende del derecho fundamental a la educación. En virtud de este derecho y del principio de proporcionalidad, es posible o

---

1599 Sobre el concepto de la proporcionalidad en la justicia de menores y sus diferencias en referencia a la justicia de adultos, véase FABIÁ MIR, *op. cit.*, apartado VI.

1600 Sobre "La gravedad del hecho como límite de la medida o como determinante de la misma.", (título del epígrafe utilizado por el autor), véase CÓRDOBA RODA, *La ley…, op. cit.*, p. 374 y ss. Sobre la relevancia y ponderación de la gravedad de los hechos delictivos en la justicia juvenil, véase AGUIRRE ZAMORANO, P., "Medidas aplicables en la legislación de menores", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, ejemplar dedicado a "Menores privados de libertad". Nº 15. José Manuel Martínez – Pereda Rodríguez (director). Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1996, pp. 191 – 220, pp. 200 a 202; GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Un proyecto alternativo…, op. cit.*, p. 12; VENTAS SASTRE, *La minoría*…, 2003, *op. cit.*, p. 256; LANDROVE DÍAZ, *Derecho penal…, op. cit.*, p. 162. Sobre la aceptación actual, como adecuadas, de las penas juveniles reguladas en la LORPM proporcionadas a la gravedad de los hechos, véase HARRIS / WELSH / BUTLER, *op. cit.*, p. 70; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *Delincuencia…, op. cit.*, p. 301; HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal…, op. cit.*, p. 353, nota a pie de página Nº 479 citando a CEREZO MIR; WELZEL, *op. cit.*, p. 321.

1601 Véase GÓMEZ RIVERO, *op. cit.*, p. 9.

1602 En este marco, véase la LORPM, Exposición de motivos, punto 7.

1603 En este contexto, véase ALTAVA LAVALL, "El interés del menor…", *op. cit.*, p. 371; DE LA CUESTA ARZAMENDI, "El abandono…", *op. cit.*, p. 127; en la misma línea, véase DE LA CUESTA / BLANCO, *op. cit.*, p. 55; también, PAREDES CASTAÑÓN, *op. cit.*, p. 183.

1604 Véase DE LA CUESTA / BLANCO, *op. cit.*, p. 55.

1605 Véase LORPM, Exposición de Motivos, punto 7.

1606 Todas las penas juveniles reguladas en la LORPM están acotadas por un límite temporal máximo, no obstante, hay supuestos legales en los que dicho límite máximo no se tiene en cuenta, esto es, la extensión máxima de cumplimiento sucesivo de varias penas juveniles, en concreto, de la pena juvenil de internamiento, penas juveniles de internamiento aplicadas en procesos diversos; en referencia a este problema, véase DE LA CUESTA ARZAMENDI, "La ejecución de las medidas: comentario…", *op. cit.*, p. 70. En la Ley de TTM no existía ese límite máximo, en todo caso era excesivo y totalmente abstracto: la adquisición de la mayoría de edad civil.

coherente que el legislador imponga un mínimo período de tiempo de cumplimiento obligatorio en todas las penas juveniles. Por ello nos centraremos en el período mínimo según CONDE – PUMPIDO, en "… *una proporcionalidad mínima o por abajo.*"[1607]

Segunda. Compaginar la proporcionalidad con el interés superior del menor[1608], con el derecho a la educación. El carácter diferencial antes comentado de la proporcionalidad no es obstáculo para que ésta pueda ser un instrumento reeducador en el contexto del proceso judicial – educativo en el que el menor está inmerso, durante la fase de elección e imposición de la pena juvenil –mediante el establecimiento de un período mínimo de cumplimiento obligatorio para todas las penas juveniles-. En este contexto, la proporcionalidad puede formar parte del proceso educativo, en la línea de que la proporcionalidad y la educación pueden ser valores compatibles y aplicados de una manera equilibrada.

Después del detalle de las premisas anteriores, vamos a exponer diversos posicionamientos jurídicos para reforzar nuestro objetivo: aportar argumentos jurídicos y educativos para fundamentar la introducción de un mayor grado de proporcionalidad en la jurisdicción de menores mediante una fundamentación educativa.

2.1. Posicionamientos jurídicos.

De entrada afirmamos que la doctrina especializada en Derecho penal juvenil[1609] ha tenido presente la proporcionalidad entre la gravedad de la infracción y la pena juvenil, desde siempre y en mayor o menor medida. Desde esta perspectiva, el razonamiento principal o premisa básica enunciada en el subepígrafe anterior se ve reforzada por las afirmaciones de un sector –no mayoritario- de la doctrina especializada en Derecho penal juvenil; afirmaciones –que compartimos- como por ejemplo la de LANDA GOROSTIZA: *"… la norma sin sanción no*

[1607] Véase CONDE – PUMPIDO FERREIRO, "Introducción", *op. cit.*, p. 50.

[1608] En este contexto, véase PÉREZ FERRER, *op. cit.*, p. 3; también, véase una de las definiciones del concepto del interés superior del menor, en el contexto de la proporcionalidad, que la doctrina expresó durante la celebración del I Congreso Nacional sobre Justicia Penal Juvenil (congreso organizado por la Universidad de Jaén el 21 y 22 de mayo de 2009), en DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, *op. cit.*, pp. 79 – 122.

[1609] En este estudio, proponemos la aplicación del principio de proporcionalidad, en la jurisdicción de menores, de la misma manera que lo argumenta la doctrina especializada en Derecho penal juvenil: prohibiendo el exceso de punición (en este sentido, véase GÓMEZ RIVERO, *op. cit.*, p. 17; también, CERVELLÓ / COLÁS, *op. cit.*, p. 137) y, al mismo tiempo, sugiriendo propuestas de incorporación de más proporcionalidad entre la gravedad del delito y la pena juvenil a aplicar, en este sentido, véase PÉREZ DE LARA, *op. cit.*, p. 441; también, ALBRECHT, *El Derecho…, op. cit.*, p. 99; HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal…, op. cit.*, p. 38 y p. 302; ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2001, *op. cit.*, p. 97 y p. 137; CUELLO CONTRERAS, *op. cit.*, pp. 40 – 41; también, SANZ HERMIDA, "Responsabilidad…", *op. cit.*, p. 34 –nota a pie de página Nº 91- y p. 38; AYO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 194 – 195 y p. 281 y ss; LÓPEZ SALAS, *op. cit.*, p. 5.

existiría y ésta recuerda y refuerza la existencia de la primera de forma latente por lo general y de forma expresa para los casos graves de transgresión."[1610] Añadimos que la norma sin sanción –proporcionada- no existiría.

La duración de las consecuencias jurídicas era indeterminada durante la etapa tutelar, indeterminación que se fundamentaba en el principio de reeducación o de "educabilidad"; este principio se manifestaba en el carácter de la jurisdicción de los TTM: educativo y tutelar[1611]. La doctrina veía la necesidad de limitar la "reeducación"[1612] o principio de "educabilidad"[1613] para fijar la duración de la pena juvenil. A finales de la época tutelar, en el año 1986, la doctrina[1614] propugnaba acotar el principio de reeducación (fijando un límite máximo a la duración de las consecuencias jurídicas) en pro del principio de proporcionalidad. Al mismo tiempo, dicha doctrina optaba a favor de la idea de alternar la proporcionalidad con el principio o pronóstico educativo[1615] en la década de los 80.

En la actualidad, la doctrina mayoritaria rechaza la incorporación de más proporcionalidad en la legislación penal de menores. No obstante, algunos autores no niegan la intervención de la proporcionalidad en dicha legislación; por ejemplo BLANCO BAREA[1616] propone una consecuencia jurídica proporcionada a la infracción penal cometida. En un sentido parecido, se posiciona TAMARIT SUMALLA[1617], que pone en duda que la LORPM rechace la proporcionalidad. A continuación, detallamos el posicionamiento de SANZ HERMIDA, que compartimos en su totalidad, cuando señala que la compaginación de *"… lo educativo y lo judicial no puede llevar a desconocer la vigencia de (...) el principio de proporcionalidad entre la sanción y el hecho cometido.*"[1618]

Normativa internacional. Ya en los inicios –en el año 1985- de la regulación de la justicia juvenil a nivel internacional, se promulgaron las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores*[1619] (Reglas de Beijing o de Pekín), que incluyeron la proporcionalidad de la siguiente manera:

- la Regla 5 establece que la sanción ha de ser adecuada, proporcionada a las

[1610] Véase LANDA GOROSTIZA, *op. cit*., p. 6.
[1611] En este contexto, véase el Art. 9.3º de la Ley de TTM.
[1612] En este contexto, véase GIMÉNEZ SALINAS, *Delincuencia…, op. cit*., p. 36 y ss.
[1613] Principio de reeducación o de "educabilidad", que era el principio rector de los TTM, tribunales vigentes o competentes en el año 1981.
[1614] Véase PÉREZ DE LARA, *op. cit*., p. 441.
[1615] Véase GIMÉNEZ – SALINAS, *Delincuencia…, op. cit*., p. 37, citando a MAURACH en su nota a pie de página Nº 35.
[1616] Véase BLANCO BAREA, *op. cit*., p. 15.
[1617] Véase TAMARIT SUMALLA, "Principios político-criminales…", *op. cit*., p. 24.
[1618] Véase SANZ HERMIDA, "Responsabilidad…", *op. cit*., p. 33 y 34.
[1619] *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores* (Reglas de Beijing –o de Pekín-) adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985.

circunstancias del menor infractor y a la gravedad del hecho criminal;

- la Regla 17.1 a) añade que *"… **la respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada**, no sólo a las circunstancias **y la gravedad del delito**[1620], sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad".*

En el año 1989, se promulga la famosa Convención de los Derechos del Niño. La normativa internacional más significativa, en lo que respecta a la justicia juvenil, incorporó –a través de la citada CDN- el "valor" proporcionalidad, en su Art. 40.4.

En el año 2008, el Consejo de Europa promulgó las *Reglas europeas para delincuentes juveniles sujetos a sanciones o medidas*; en una de estas reglas, se tiene en cuenta la gravedad de los delitos que se han cometido[1621].

El Tribunal Constitucional, en su sentencia STC 36/1991, de 14 de febrero[1622] y en su STC 61/1998, de 17 de marzo[1623] establece que a pesar del papel determinante que juegan las circunstancias personales del menor infractor (el interés superior del menor) a la hora de elegir la pena juvenil más apropiada a su propio interés o personalidad, no por ello se debe desatender a las exigencias del principio de proporcionalidad. Más recientemente, la proporcionalidad es rechazada –aunque no frontalmente- por el TC, como fin fundamentador de la intervención sobre los menores delincuentes; pero, el TC[1624] considera válida la proporcionalidad en la justicia de menores.

El legislador se posiciona a favor de la proporcionalidad, cuando tiene en cuenta la gravedad de los hechos delictivos cometidos por el menor, ya desde el año 1992, mediante la LO 4/1992[1625].

En la actualidad y a pesar de la influencia del interés superior del menor –a la hora de relativizar la mencionada gravedad delictiva-, la importancia de ésta es tenida en cuenta

---

1620 Negrita es mía.

1621 Véase la Recomendación CM/R (2008) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros*, sobre las reglas europeas para infractores menores de edad sometidos a sanciones o medidas*, Recomendación adoptada el 5 de noviembre de 2008 en la 1040ª reunión de los representantes de los ministros. Parte I – Apartado A. Principios básicos. Punto 5.

1622 En este contexto, véase la famosa STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 7º, párrafo 6º.

1623 En este contexto, véase la STC, S. 1ª, 17.3.1998, FJ 4º, párrafo último, (MP: Excmo. Sr. D. Pedro CRUZ VILLALÓN). HALL detalla la doctrina constitucional, a favor de la proporcionalidad, haciendo un comentario en relación con la citada STC de 17.3.1998, en este marco, véase HALL GARCÍA, *op. cit.*, p. 425.

1624 En este contexto, véase la STC, Pleno, 20.9.2012, FJ 3º, (MP: Excmo. Sr. D. Luis Ignacio ORTEGA ÁLVAREZ).

1625 En este contexto, véase el Art. 2. Dos. 5ª de la LO 4/1992.

como factor determinante casi tanto –o por un igual- como el interés superior del menor, sobre todo a partir de la LO 8/2006.

A partir de la citada LO 8/2006, el legislador opta por introducir más criterios proporcionalistas en la legislación penal de menores[1626]; en este marco, podemos afirmar que las diferentes reformas que han sido aplicadas a la LORPM –sobre todo la efectuada a través de la LO 8/2006- han consolidado la proporcionalidad en la línea que se utiliza en el Derecho penal común, tal y como señala BENÍTEZ ORTÚZAR[1627].

El aumento de la influencia proporcionalista (que implica un mayor nivel de gravedad punitiva) entre el hecho delictivo cometido y la pena juvenil a imponer se ha concretado en la legislación penal de menores, a través de la citada Ley Orgánica 8/2006[1628] de la siguiente manera: por un lado, se amplían los supuestos para imponer el internamiento cerrado y por otro, se extiende o amplía el límite máximo del internamiento[1629] en los delitos muy graves. A título de ejemplo, con ocasión de la reforma operada a través de la citada LO 8/2006, hacemos mención de las disposiciones legales siguientes:

a) Art. 8 párrafo 2º LORPM. A través de este artículo se confiere relevancia al principio de proporcionalidad –prohibición de exceso-: de ninguna manera se puede imponer una pena juvenil (privativa y no privativa de libertad) de duración superior a la pena que le hubiese correspondido si se tratase de un adulto[1630], por mucho que el interés del menor –reflejado en el informe del equipo técnico- aconseje una duración superior;
b) Art. 9 LORPM. Este artículo determina criterios de proporcionalidad entre la infracción y la sanción, pues se condiciona la aplicación de algunas penas juveniles a la gravedad de dicha infracción;
c) Art. 10.3 LORPM. Aquí encontramos otro ejemplo de la incorporación de la proporcionalidad, teniendo en cuenta la gravedad del delito, en el caso que sea de terrorismo;
d) Art. 28.1 LORPM. Otro supuesto de apreciación de la proporcionalidad, al tener en cuenta la gravedad del hecho cometido, lo encontramos en esta disposición legal, a la hora de decidir la medida cautelar de internamiento;

[1626] En este contexto, véase la Exposición de Motivos, párrafo 5º, de la citada LO 8/2006.
[1627] Véase BENÍTEZ ORTÚZAR, *op. cit.*, p. 73.
[1628] Acerca del aumento de la gravedad de las sanciones, a través de la citada LO 8/2006, véase DE LA CUESTA / BLANCO, *op. cit.*, p. 20.
[1629] En este contexto, véase el Art. 11.2 LORPM.
[1630] En este contexto, véase AYO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 194 – 195.

e) Art. 39.1 LORPM. Esta disposición legal tiene en cuenta, igualmente, la gravedad de los hechos a la hora de dictar sentencia por parte del juez de menores;

f) Art. 7.1.m). Hemos de observar lo prescrito en este artículo que establece la necesidad de hacer comprender al menor la gravedad de su acción delictiva.

Los jueces de menores. Ciertamente y debido al criterio rector, que es el educativo, la gravedad del delito no será el criterio único a la hora de aplicar el principio de proporcionalidad; de la misma manera, a la hora de escoger o imponer la pena juvenil a aplicar, se deberán de tener en cuenta otros factores ajenos o externos a la entidad o características del delito, tal y como afirmó FABIÁ MIR: "*Habrá que tener en cuenta la situación socioeducativa en que se encuentra el menor para ver cuál es la medida que mejor se adapta a su problemática*."[1631]

Es evidente que no debemos olvidar que la gravedad del hecho delictivo ha de tenerse en cuenta[1632], a efectos de la vigencia y aplicación del principio de proporcionalidad, también a efectos de seleccionar la pena juvenil a aplicar.

En esta balanza de valores o principios (la gravedad del hecho delictivo, por un lado, y el criterio educativo, en el otro extremo de la balanza), los jueces de menores intentaban mantener un equilibrio mínimo, en los años noventa; actualmente los mencionados valores siguen presentes en cada uno de los extremos, pero, la discrecionalidad judicial -para moverse entre un extremo y otro- se ha visto limitada por decisión del legislador, que ha incorporado más proporcionalidad: en algunos supuestos[1633] (delitos graves), la sanción será proporcionada a la gravedad del delito, por mandato de la ley.

La FGE[1634] se posicionó a favor de la proporcionalidad –en contra del exceso punitivo- en el año 1998; uno sus argumentos ante el TC ejemplifica –a la vez que denuncia la vulneración del principio de proporcionalidad- el uso inapropiado y abuso del principio del interés del menor por parte de un juzgado de menores. Actualmente la Fiscalía General del Estado[1635] es partidaria de la proporcionalidad, en la justicia juvenil.

[1631] Véase FABIÁ MIR, *op. cit.*, Apartado VI, párrafo 2º.
[1632] Véase FABIÁ MIR, *op. cit.*, Apartado VI, párrafo 4º.
[1633] Los supuestos regulados en los Arts. 9 y 10 LORPM.
[1634] Véase la STC, S. 1ª, 17.3.1998, antecedente 5º, (MP: Excmo. Sr. D. Pedro CRUZ VILLALÓN), en este antecedente, el ministerio público se posiciona a favor de la proporcionalidad penal y en contra del uso inapropiado del interés superior del menor.
[1635] Véase FGE, Circular 1/2009, p. 17 – 18.

2.1.1. Toma de postura.

En este estudio rechazamos la proporcionalidad como fin o medio al servicio de la prevención general o finalidad retributiva sin más. Esta primera afirmación la ampliamos mediante las *conclusiones* siguientes:

Aportaciones de la proporcionalidad. Incluir más proporcionalidad en la legislación penal de menores implica o tiene la consecuencia positiva de incorporar más elementos de integración social durante la fase de ejecución de la pena juvenil; en concreto, aporta un mayor nivel de seguridad jurídica, es un límite al poder sancionador del Estado[1636], e implica un rendimiento educativo superior, tal y como razonamos en la conclusión siguiente.

La aportación principal: una mayor eficiencia educativa. La sanción es necesaria[1637] en general, pero ha de ser educativa y proporcionada, en particular y siempre. En principio, la sanción contiene una función esencial en el proceso de aprendizaje o de interiorización de las normas penales y sociales (siempre y cuando sea necesaria la imposición de dicha sanción o pena juvenil[1638]). La sanción adquiere una mayor relevancia y eficacia educativa si es proporcionada a la levedad o a la gravedad de la infracción penal cometida; del mismo modo, pierde eficacia educativa si es desproporcionada, por exceso o por defecto, en referencia a la levedad o a la gravedad de dicha infracción. Sostenemos que el medio, que es la sanción proporcionada, puede ser una herramienta útil para conseguir un fin: un correcto proceso reeducativo o de reinserción social, durante el período de ejecución de la pena juvenil impuesta en sentencia; se trata de hacer comprender la gravedad del hecho cometido[1639] (y la repercusión perjudicial de dicho hecho a la víctima) al menor infractor; la proporcionalidad es o puede ser interés superior del menor o derecho a la educación, en el marco de la justicia juvenil.

En coherencia con lo dicho anteriormente, planteamos *la propuesta* siguiente: el órgano jurisdiccional puede armonizar –en la línea de aplicar por un igual, siempre que sea posible- la proporcionalidad con el principio del interés superior del menor o derecho a la educación. Un ejemplo de ello lo enunciamos a continuación, a través de la propuesta de predeterminación legal de un período mínimo de cumplimiento obligatorio para todas las penas juveniles.

1636 En este contexto, véase SANZ HERMIDA, "Responsabilidad…", *op. cit*., p. 38.

1637 En este sentido, véase LANDA GOROSTIZA, *op. cit*., p. 6.

1638 En algunos supuestos, no será necesaria dicha imposición, en este sentido, véanse los Arts. 18, 19 y 40 LORPM.

1639 Que el menor infractor comprenda la gravedad y las implicaciones del hecho cometido, en el sentido que la LORPM propone para la pena juvenil de amonestación –véase el Art. 7.1. m LORPM- (este sentido de "reflexión sobre la acción cometida", en el contexto de la amonestación, es extensible al resto de penas juveniles reguladas en la LORPM).

2.2. Compatibilidad entre la proporcionalidad y el derecho a la educación.

La pena juvenil de permanencia de fin de semana y la de prestaciones en beneficio de la comunidad –también internamiento en algunos supuestos, los regulados en el Arts. 10.1 b) y 10.2 LORPM- están delimitadas temporalmente y de una manera correcta, compatible con la seguridad jurídica: hay poca o nula incertidumbre entre el tiempo mínimo y el máximo de cumplimiento obligatorio; el legislador concede poco o ningún margen a las decisiones judiciales discrecionales y, por tanto, al riesgo de aparición de arbitrariedad judicial, ya que el tramo –el mínimo y el máximo temporal- de la duración temporal no es excesivamente amplio.

En base a los párrafos anteriores, la propuesta que aquí enunciamos se fundamenta en la necesidad –educativa- de introducir más proporcionalidad en la legislación penal de menores, mediante la predeterminación legal de un período mínimo de cumplimiento obligatorio para todas las penas juveniles; esta propuesta y su fundamentación la ampliamos en los subepígrafes siguientes.

2.2.1. Antecedentes legislativos.

En la versión original de la LORPM, la relación entre la proporcionalidad, la taxatividad y el interés superior del menor estaba decantada a favor de este último: no se establecían los topes mínimos[1640] de duración de cumplimiento obligatorio de las penas juveniles, sólo se imponían los límites máximos y existía mucha indeterminación en la elección, aplicación y ejecución de la pena juvenil, por el predominio del interés del menor sobre la taxatividad.

En principio, esta situación no era ni es contraria a la legalidad y a la seguridad jurídica –tampoco a la proporcionalidad-, ya que la legalidad penal – seguridad jurídica, en su condición de derecho fundamental o individual de la ciudadanía estaba preservada. El límite o extensión máxima no podía superarse de ninguna de las maneras –y aquí radicaba y radica la protección y el límite respecto a la potestad punitiva del Estado-, ni bajo ningún argumento jurídico ni precepto legal relacionado con el interés superior del menor.

No obstante, la taxatividad, como expresión de legalidad y de seguridad jurídica, igualmente la proporcionalidad, fue ganando terreno al interés superior del menor, a partir de

[1640] Tal y como sucede, actualmente, con las medidas de seguridad reguladas en el CP, que no existen "topes" mínimos, sólo máximos.

la introducción de los topes mínimos de cumplimiento obligatorio ante determinados supuestos (delitos graves[1641], principalmente), mediante la promulgación de las leyes orgánicas 7/2000[1642] y 8/2006, que modificaron la LORPM, incluyendo el mencionado tope mínimo temporal de cumplimiento obligatorio (que sólo es aplicable a la pena juvenil de internamiento, pero que pretendemos que sea aplicable a todas las penas juveniles y a todos los delitos).

El juez de menores deberá aplicar la pena juvenil (con un período mínimo de cumplimiento obligatorio) que el legislador le obliga a imponer (tal y como sucede en el Derecho penal común, en general); en estos supuestos concretos, que son los delitos más graves, su tratamiento legal diferenciado (que es un régimen especial agravado[1643]) se determina en los artículos 10.1.b (segundo párrafo, extrema gravedad), 10.2.a y 10.2.b LORPM.

Para un mejor entendimiento del problema y de nuestras propuestas, vemos necesario hacer una breve reseña del tratamiento legal. La predeterminación legal de la pena juvenil (internamiento) con la extensión mínima de cumplimiento obligatorio ya está regulada en el Art. 10 LORPM[1644], cuando concurren determinadas circunstancias (que son unos supuestos agravados); dicho límite mínimo está previsto en:

a) el Art. 10.1.b), párrafo 2º, *"… el Juez deberá imponer una medida de internamiento en régimen cerrado* ***de uno***[1645] *a seis años.*";
b) el Art. 10.2.a), "…*una medida de internamiento en régimen cerrado* ***de uno***[1646] *a cinco años de duración.*";
c) y en el Art. 10.2.b), *"… una medida de internamiento en régimen cerrado* ***de uno***[1647] *a ocho años de duración.*"

Como vemos, ante estos delitos (supuestos agravados por la magnitud del delito), el juez de menores no podrá hacer valer su discrecionalidad judicial para potenciar o priorizar el interés superior del menor (a través de su manifestación del principio de flexibilidad en la ejecución de las penas juveniles); el juez de menores no podrá: elegir la pena juvenil a imponer –el legislador determina imponer la pena juvenil de internamiento al juez de menores-. Tampoco, podrá argumentar la necesidad de favorecer el interés superior del menor para

[1641] Delitos graves, en este sentido véase el Art. 10.1.b), párrafo segundo y el Art. 10.2 LORPM; también, el Art 10.3 en relación con la pena juvenil de inhabilitación absoluta.
[1642] En este contexto, véase la valoración que al respecto realiza SÁINZ – CANTERO CAPARRÓS, *op. cit.*, p. 5160.
[1643] Tal y como señala HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal…, op. cit.*, p. 362.
[1644] En este contexto, se posiciona la FGE en su Circular 9/2011, p. 14.
[1645] Negrita es mía.
[1646] Negrita es mía.
[1647] Negrita es mía.

mejorar o "suavizar" las condiciones de cumplimiento de la ejecución de la pena juvenil –a efectos de suspender, modificar o substituir la pena juvenil "a mejor", en virtud del Art. 13.1, del Art. 40[1648], del Art. 49.2 y del Art. 51.1 LORPM, entre otros- (en los supuestos regulados en el Art. 10.2.b LORPM).

Pero -y aquí viene el razonamiento jurídico que ejemplifica la compatibilidad entre garantías penales (legalidad, seguridad jurídica y proporcionalidad) e interés superior del menor o derecho a la educación-:

a) sí puede darse prioridad o vigencia plena al citado interés superior del menor a partir del primer año de cumplimiento –en el supuesto regulado en el Art. 10.1.b) LORPM-, durante el resto de duración de la pena juvenil; a partir de ese primer año de cumplimiento de la pena juvenil, el juez de menores ya puede modificar las condiciones de cumplimiento, a efectos de substitución – modificación ex Art. 13.1 y 51.1 LORPM, incluso suspensión de la ejecución del fallo, en virtud del Art. 40.1 LORPM, si la duración de la pena juvenil impuesta es inferior a dos años; pero, no debemos de olvidar que el citado interés del menor o derecho a la educación es vigente en todo momento, en el primer año citado, también;
b) sí puede darse prioridad o vigencia plena, también a dicho interés del menor –en el supuesto previsto en el Art. 10.2.b) LORPM *"… cuando haya transcurrido al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta.*" A partir de dicha mitad de duración, ya se podrá modificar –no suspender- la ejecución de la pena juvenil, en virtud de los Arts. 13.1 y 51.1 LORPM. No debemos olvidar que el citado interés del menor o derecho a la educación es vigente en todo momento, en la mitad de duración citada, también;
c) se da cabida al principio de legalidad, al de seguridad jurídica y al de proporcionalidad –al establecerse el cumplimiento obligatorio de un período mínimo para todo tipo de penas juveniles y para cualquier infracción penal-, en la línea de compatibilidad de dichos principios con el del interés superior del menor o derecho a la educación.

[1648] No se podrá suspender la pena juvenil en virtud del Art. 40 LORPM, siempre y cuando la duración de la pena juvenil sea superior a dos años, tal y como así se establece en el Art. 40.1 LORPM.

En resumen, a través de las citadas leyes orgánicas 7/2000 y 8/2006, valoramos que se ha avanzado en legalidad, en seguridad jurídica (hay menos indeterminación en la ley penal[1649], lo que conlleva menos margen de maniobra para la decisión judicial discrecional y, por tanto, menos riesgo para la arbitrariedad judicial) y también, en proporcionalidad (que ha tenido como consecuencia positiva una mejora en la reeducación del menor infractor, tal y como argumentamos en el subepígrafe siguiente).

Otros supuestos de aplicación del período mínimo de cumplimiento obligatorio. La obligación que el legislador impone al juez de menores de aplicar un período mínimo de cumplimiento obligatorio se extiende más allá de las penas juveniles por delitos graves (artículos 10.1.b, segundo párrafo, extrema gravedad, 10.2.a y 10.2.b LORPM), ya que hay otros supuestos regulados en la LORPM en los que el legislador obliga, del mismo modo, al juez de menores a aplicar un período mínimo cuando éste imponga determinadas penas juveniles:

- Permanencia de fin de semana[1650]. Aunque no esté regulada la extensión mínima en esta pena juvenil, sí dispone de un límite mínimo obligatorio (un fin de semana), tal y como se puede deducir del Art. 9.1 y del Art. 9.3 LORPM[1651].

- Prestaciones en beneficio de la comunidad[1652]: el límite mínimo son 8 horas[1653].

[1649] Sobre "La prohibición de leyes penales y penas indeterminadas" (título del epígrafe utilizado por el autor) como una manifestación más del principio de legalidad, véase ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, *op. cit.*, p. 169 y ss.

[1650] La duración temporal de la pena juvenil de permanencia de fin de semana es:
- de 1 a 4 fines de semana, en caso que la infracción sea una falta –actualmente, delito leve, en virtud del Art. 13.3 CP- (en virtud del Art. 9.1 LORPM),
- de 1 a 8 fines de semana, si la infracción es un delito (en virtud del Art. 9.3 LORPM),
- de 1 a 12 fines de semana, si la infracción se ha cometido con violencia e intimidación en las personas, o con grave riesgo para la vida o integridad física de las mismas, o si el delito se ha cometido en grupo o banda y si, al tiempo de cometer los hechos, el menor tuviere catorce o quince años de edad, (en virtud del Art. 10.1.a) en relación con el Art. 9.2 LORPM),
- de 1 a 16 fines de semana, si la infracción se ha cometido con violencia e intimidación en las personas, con grave riesgo para la vida o integridad física de las mismas, o si el delito se ha cometido en grupo o banda y, si al tiempo de cometer los hechos, el menor tuviere dieciséis o diecisiete años de edad (en virtud del Art. 10.1.b en relación con el Art. 9.2 LORPM).

[1651] En este contexto, véase, por todos, AYO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 169.

[1652] La duración temporal de la pena juvenil de prestaciones en beneficio de la comunidad es:
- hasta 50 horas como máximo, en caso que la infracción sea una falta –actualmente, delito leve, en virtud del Art. 13.3 CP- (en virtud del Art. 9.1),
- hasta 100 horas como máximo, si la infracción es un delito (en virtud del Art. 9.3),
- hasta 150 horas, si la infracción se ha cometido con violencia e intimidación en las personas, o con grave riesgo para la vida o integridad física de las mismas, o si el delito se ha cometido en grupo o banda y si, al tiempo de cometer los hechos, el menor tuviere catorce o quince años de edad, (en virtud del Art. 10.1.a) en relación con el Art. 9.2),
- hasta 200 horas, si la infracción se ha cometido con violencia e intimidación en las personas, con grave riesgo para la vida o integridad física de las mismas, o si el delito se ha cometido en grupo o banda y, si al tiempo de cometer los hechos, el menor tuviere dieciséis o diecisiete años de edad -en virtud del Art. 10.1.b en relación con el Art. 9.2).

[1653] Pero, dicha jornada no debe superar el período de 4 horas diarias si se trata de un menor de 16 años, tal y como señala DE LA CUESTA ARZAMENDI / BLANCO CORDERO, *op. cit.*, p. 135.

- Libertad vigilada: el límite mínimo es de 8 horas, también.

Nuestra propuesta está inspirada en la predeterminación legal ya existente y mencionada antes, en la LORPM. Dicha propuesta se materializa a través de hacer extensiva la predeterminación legal a todas las penas juveniles y a todos los supuestos, no sólo a los más graves, que ya se regulan actualmente.

A continuación, argumentamos a favor y en referencia a nuestra sugerencia de cumplir un período mínimo de tiempo obligatoriamente (mediante la predeterminación legal) y su fundamentación a través de la legalidad y la seguridad jurídica, del mismo modo de la proporcionalidad junto con la finalidad educativa que ha de contener la pena juvenil regulada en la legislación penal de menores.

2.2.2. Argumentos jurídicos y educativos.

Argumentos jurídicos. La regulación relativa a la obligatoriedad dirigida al juez de menores de imponer un período mínimo de cumplimiento obligatorio es una manifestación de las últimas reformas de corte retribucionista[1654], esto es evidente. El planteamiento que aquí enunciamos de extender dicha regulación a todas las penas juveniles es evidente también que es una manifestación del respeto por las garantías penales -legalidad y seguridad jurídica, también proporcionalidad-, con implicaciones positivas en relación con el proceso reeducativo del menor infractor, tal y como justificamos a través de los argumentos siguientes:

Primero. A favor de la proporcionalidad en el tramo mínimo. Dicho tramo ha de estar presente en todas las penas juveniles en la línea que expresa CONDE PUMPIDO, cuando comenta que el legislador no renuncia a la proporcionalidad totalmente, "por abajo": "*… no se renuncia a una proporcionalidad mínima o por abajo (…) un criterio de congruencia proporcional entre la gravedad del hecho y la medida sancionatoria.*"[1655]; en este mismo sentido, se posiciona GIMÉNEZ – SALINAS, de la manera siguiente: "*Así, la discusión en torno a la duración máxima de la sanción de internamiento es de nuevo un problema de política criminal. El legislador debe decidir* ***su duración mínima***[1656] *y máxima en función (…) del criterio del interés superior del menor.*"[1657]

[1654] En este contexto, véase CANO PAÑOS, "¿Supresión…", *op. cit.*, p. 3.
[1655] Véase CONDE – PUMPIDO FERREIRO, "Introducción", *op. cit.*, p. 50.
[1656] Negrita es mía.
[1657] Véase GIMÉNEZ SALINAS, *Delincuencia…, op. cit.*, 1981, p. 38; igualmente, véase RÍOS MARTÍN, *op. cit.*, p. 263.

Segundo. A favor de la seguridad jurídica. Esta aportación relativa a predeterminar un período mínimo de cumplimiento obligatorio en la ley favorece la seguridad jurídica[1658], en general; y en particular, beneficia al menor pues éste sabe a qué atenerse (cualquier consecuencia jurídica implicará un período mínimo de cumplimiento obligatorio), antes, durante y después –en la fase de ejecución de la pena juvenil- de la comisión del delito. En efecto, el menor en su calidad de ciudadano –sujeto de deberes y derechos, en virtud del Art. 10 y ss de la Constitución-, tiene derecho a conocer en qué consiste o en qué va a consistir la pena juvenil a la que ha sido condenado, en virtud de la garantía penal y de la garantía de ejecución –como manifestación del principio de legalidad ex Arts. 9.1 y 25.1 CE-; en virtud, del mismo modo, del principio constitucional que establece la seguridad jurídica ex Art. 9.3 CE.

Tercero. El Derecho comparado. En varios países se determina la opción de imponer un período mínimo de cumplimiento obligatorio cuando concurren ciertos requisitos; veamos algunos ejemplos en el Derecho europeo:

- la Ley de Tribunales de Menores de Alemania ("*Jugendgerichtsgesetz*"): el § 18 establece una duración mínima de 6 meses para la pena juvenil[1659]. Para la pena juvenil de libertad vigilada (en su condición de período de prueba en caso de sobreseimiento provisional del procedimiento penal), la mencionada Ley alemana establece una duración mínima de un año[1660]; el § 16.4 de la misma Ley establece que la duración mínima del arresto será de una semana; el § 106.1 determina el mínimo de 10 años de duración de la pena juvenil, cuando ésta actúa como pena sustitutiva ante delitos graves;
- el Código penal italiano (aplicable a los menores infractores): el Art. 224 prevé la pena juvenil de internamiento, con una duración mínima de un año[1661] para los delitos graves;
- en la normativa relativa a la justicia juvenil de Inglaterra y Gales: la duración de la pena mínima es de 4 meses para delitos graves, y si el menor infractor es reincidente, de 6 meses[1662].

Cuarto. El Fiscal General del Estado sostiene que el establecimiento de un período mínimo de cumplimiento obligatorio –que impide la suspensión de condena[1663] en virtud del

[1658] Véase SÁINZ – CANTERO CAPARRÓS, *op. cit.*, p. 5160.
[1659] Tal y como señala ALBRECHT, *El Derecho…, op. cit.*, p. 344 y p. 354; también, WELZEL, *op. cit.*, p. 323.
[1660] Tal y como señala AYO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 98.
[1661] Véase AYO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 127.
[1662] Véase AYO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 134.
[1663] Suspensión establecida en el Art. 40.1 LORPM.

Art. 10.2.b) LORPM-[1664], no es contrario al fin resocializador y de reeducación que se establece en el Art. 25.2 CE; dicho Fiscal se posicionó a favor del período mínimo de cumplimiento obligatorio, de esta manera: "*Y en lo tocante a la vulneración del Art. 25.2 CE, su vigencia no es contraria a la necesidad de que deba transcurrir un mínimo de tiempo de cumplimiento de la medida impuesta para que pueda suspenderse la ejecución.*"[1665]

También y según la FGE, a pesar de la rigidez que se desprende de esta regulación a través de la cual el legislador impone la obligación de aplicar la pena juvenil de internamiento con un período mínimo de cumplimiento obligatorio, en el supuesto regulado en el Art. 10.1.b) LORPM, lo cierto es que hay algunos márgenes para la flexibilidad en la ejecución de la pena juvenil de internamiento, ya que es posible suspender tal ejecución (si la pena juvenil es inferior a dos años, tal y como así se establece en el Art. 40.1 LORPM): "*Así, en primer lugar, debe tenerse presente que la prohibición temporal de hacer uso del principio de flexibilidad en la ejecución (arts. 13 y 51) no alcanza al instituto de la suspensión de la ejecución del fallo (art. 40 LORPM).*" [1666]

Quinto. El Tribunal Constitucional[1667] considera que a pesar de que se reduce la flexibilidad de la ejecución de las penas juveniles, mediante la obligación de cumplir la primera mitad del período temporal de condena -sin perspectiva de modificación, sustitución o suspensión de la pena juvenil durante dicha primera mitad-, en virtud del Art. 10.2.b) LORPM, lo cierto es que la prevención especial u orientación educativa de las penas juveniles está presente, igualmente, en el mencionado precepto legal.

Argumentos educativos. La ausencia actual de un período mínimo de cumplimiento obligatorio, "por abajo", se fundamenta en el interés superior del menor, en el sentido de que dicha ausencia, según BENÍTEZ ORTÚZAR, "… *permite una mayor flexibilización.*"[1668] No obstante vamos a argumentar en contra de dicha fundamentación: la proporcionalidad puede ser de utilidad, una herramienta jurídico-penal con contenido educativo, para conseguir los fines de la orientación educativa de la justicia de menores; desde esta perspectiva, aportamos los siguientes elementos de reflexión:

Primero. La pena juvenil proporcionada a la entidad (gravedad o levedad) del hecho criminal cometido contribuye en la educación o reeducación, en la línea de que una pena juvenil proporcionada es más eficaz y eficiente que una desproporcionada (por exceso o por

[1664] Recordemos que no puede suspenderse la ejecución de la pena juvenil hasta este final de dicho período mínimo; tal período mínimo es: "… *al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta*.", según el Art. 10.2.b) LORPM.
[1665] Véase la STC, Pleno, 20.9.2012, Antecedente Nº 5, (MP: Excmo. Sr. D. Luis Ignacio ORTEGA ÁLVAREZ).
[1666] Véase FGE, Circular 1/2007, de 23 de noviembre de 2007, *sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006*, p. 35.
[1667] Véase la STC, Pleno, 20.9.2012, FJ 6º a), (MP: Excmo. Sr. D. Luis Ignacio ORTEGA ÁLVAREZ).
[1668] Véase BENÍTEZ ORTÚZAR, *op. cit.*, p. 73.

defecto). La desproporción tanto a la "alza" o por exceso como a la "baja" o por defecto, dificulta que el menor entienda lo dañoso, que interiorice lo lesivo de su acción delictiva.

En el sentido de que la proporcionalidad puede ser una herramienta educativa, añadimos que puede ser un valor más, en el contexto de la orientación político – criminal de la prevención especial positiva. Pretendemos que sea un bien jurídico–educativo que el menor infractor puede incorporar en su escala de valores durante el período de ejecución de la pena juvenil. De hecho, el TC sostiene que la proporcionalidad entre la conducta delictiva tipificada y su sanción correspondiente está en función o depende de los fines de la pena (la prevención general y la prevención especial); así, el TC[1669] relaciona la proporcionalidad y la reeducación (la prevención especial positiva).

Segundo. La proporcionalidad como herramienta educativa, se puede utilizar siempre y cuando haya tiempo suficiente: si la finalidad de las penas juveniles establecidas en la legislación penal de menores es educativa o reeducativa, sólo será posible conseguirla si todas las consecuencias jurídicas disponen de un período mínimo de cumplimiento obligatorio; durante este período mínimo, se pueden asumir unos objetivos educativos; por el contrario, es imposible o muy difícil educar o reeducar con un período de cumplimiento insuficiente o muy corto; es por ello que, en virtud de criterios educativos, proponemos que todas las penas juveniles dispongan de un período mínimo de cumplimiento obligatorio para poder llevar a cabo unos objetivos educativos asumibles mínimamente, durante dicho período.

Tercero. El interés superior del menor o derecho a la educación adquiere significancia o protagonismo en el período mínimo de cumplimiento obligatorio y posteriormente, hasta el final del cumplimiento de la pena juvenil. En este contexto, planteamos aplicar todos los principios tradicionales penales –junto con el derecho a la educación- en la jurisdicción de menores en igualdad de condiciones.

Esta recomendación se puede ver materializada en los supuestos de predeterminación legal de la duración mínima de la pena juvenil. En los supuestos antes mencionados (los regulados en el Art. 10 LORPM), los valores que imperan en la ejecución de la pena juvenil, durante el período de tiempo inicial de cumplimiento obligatorio, son la proporcionalidad, la seguridad jurídica y la legalidad penal, sin olvidar que durante dicho período inicial de cumplimiento obligatorio (o período de seguridad), el interés superior del menor o derecho a la educación ha de seguir ejerciendo su influencia igualmente. Se trata de educar o reeducar a través de las penas juveniles, durante su ejecución (y, en el caso que nos

[1669] En este contexto, véase la STC, Pleno, 20.9.2012, FFJJ 4º y 5º, (MP: Excmo. Sr. D. Luis Ignacio ORTEGA ÁLVAREZ).

ocupa, durante –y sobre todo, después[1670]- el período de ejecución inicial de cumplimiento mínimo obligatorio).

Cuarto. No imponer un período mínimo de cumplimiento obligatorio puede ser contrario al interés del menor, en concreto, a su proceso reeducativo. El menor infractor ha de conocer o ser consciente de la relevancia de sus acciones (sobre todo cuando éstas son graves), desde la opción educativa o reeducativa en la que se enmarca nuestra legislación penal de menores, tal y como señala CUELLO CONTRERAS[1671] cuando expresa que la justicia educativa de menores ha de mostrar la importancia o la gravedad del hecho cometido al menor. Dicho de otra manera, el menor infractor ha de darse cuenta de la relevancia de su infracción penal[1672], sobre todo en relación con su víctima[1673] para "… *prevenir nuevas recaídas del menor*."[1674], así como la reincidencia durante la etapa adolescente o juvenil o, como mínimo, durante la fase de ejecución de la pena juvenil.

También durante la etapa adulta; de la misma manera pretendemos vetar la reincidencia en la adultez: la ausencia de una consecuencia jurídica ante una acción delictiva cometida por un menor o la ausencia de proporcionalidad a la baja –o en exceso- perjudica la educación del menor, perjuicio que puede manifestarse en la edad adulta. En algunos supuestos de omisión de una advertencia idónea al menor infractor sobre la gravedad de su acción, esa "no respuesta" puede inducir a dicho menor a acciones delictivas en su vida adulta[1675].

No obstante, la eficacia de esta opción a través de dicha imposición de un período temporal mínimo de cumplimiento obligatorio, puede ser cuestionada mediante los dos argumentos siguientes: en primer lugar y desde la perspectiva educativa, ¿y si se ha logrado el interés educativo antes de llegar a ese período temporal mínimo ya? En segundo lugar y desde la perspectiva de la seguridad jurídica: ésta es para beneficiar, no para perjudicar, en el sentido de que obligar al menor a cumplir con un período temporal mínimo se puede interpretar como un perjuicio para su interés educativo en caso de que dicho menor no precise dicho período mínimo, porque ya ha asumido unas pautas normalizadas de comportamiento o de arrepentimiento ya desde un principio o desde el comienzo del proceso judicial.

Rebatimos los dos argumentos anteriores: en primer lugar, el menor deberá demostrar que dicho interés educativo se ha logrado mediante su comportamiento o actitud,

[1670] Véase la STC, Pleno, 20.9.2012, FJ 6º a), (MP: Excmo. Sr. D. Luis Ignacio ORTEGA ÁLVAREZ).
[1671] Véase CUELLO CONTRERAS, *op. cit.*, p. 40.
[1672] Véase ÁLVAREZ RAMOS, *op. cit.*, p. 2.
[1673] Véase PANTOJA GARCÍA, "Unas notas…", *op. cit.*, p. 309.
[1674] Véase CUELLO CONTRERAS, *op. cit.*, p. 41.
[1675] En este sentido, *loc. ult. cit.*

como por ejemplo, a través de alguna actividad reparadora a favor de su víctima o a través de alguna actividad en beneficio de la comunidad (voluntariado, etc.), en virtud del Art. 5.1.f) del reglamento de desarrollo de la LORPM. En este supuesto, no será necesario aplicar dicho período mínimo ni, menos todavía, el período máximo.

En segundo lugar y en el supuesto que dicho menor haya demostrado que ha asumido mínima y externamente –mediante actos concretos y verificables- unos compromisos reparadores o en beneficio de la comunidad, podrían activarse los mecanismos legales establecidos en la LORPM, para suspender o inaplicar dicho período temporal mínimo de cumplimiento obligatorio y también para todo el período de duración de la pena juvenil, en virtud de las disposiciones legales destinadas al efecto: Art. 19 y Art. 51.3 (mediación, conciliación, reparación) y Art. 40 (suspensión de la ejecución del fallo de la sentencia).

En tercer lugar y en relación con el cuestionamiento antes citado, respecto a que la seguridad jurídica es para beneficiar no para perjudicar, consideramos que los anteriores razonamientos favorables a tal seguridad (establecer un período mínimo de cumplimiento obligatorio para todas las penas juveniles) se refuerzan con la aportación de opiniones procedentes de la doctrina especializada en Derecho penal juvenil, que van en la dirección de interpretar la seguridad jurídica y la legalidad como una mejora para dicho interés del menor. Desde esta perspectiva, ORNOSA FERNÁNDEZ expresa que ante un período mínimo de cumplimiento obligatorio, "… *se gana en seguridad jurídica*"[1676], que redunda, según afirma dicha autora, en una mejora para el interés del menor, desde la óptica de las garantías penales.

En base a lo dicho, *concluimos* lo siguiente: la legislación penal de menores ha mejorado al establecer un período mínimo de cumplimiento obligatorio. Hemos progresado en términos de seguridad jurídica.

Aplicar una pena juvenil desproporcionada (por exceso o por defecto) perjudica a la educación o reeducación del menor infractor; en todo caso, sostenemos que la proporcionalidad contribuye en su educación; desde esta perspectiva, la proporcionalidad es un valor más (integrante de la prevención especial positiva) que colabora en el proceso educativo o de aprendizaje de valores –es un medio, una herramienta más, no es una finalidad en sí misma-, en el contexto o proceso –educativo- de la justicia juvenil; este proceso lo interpretamos como un itinerario vital a través del cual el menor adquiere habilidades sociales, educativas para el "… *libre desarrollo de la personalidad.*"[1677]

[1676] Véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2007, *op. cit.*, p. 231.
[1677] Véase RAVETLLAT BALLESTÉ, "El interés superior…", *op. cit.*, p. 95.

En virtud de las conclusiones anteriores, *proponemos* lo siguiente: es posible y viable sostener en términos educativos que el interés del menor o derecho a la educación es perfectamente viable y vigente durante el período mínimo de cumplimiento obligatorio que aquí planteamos, no sólo para los supuestos regulados en el Art. 10 LORPM, del mismo modo para toda clase de delitos en los que puedan incurrir los menores y para todas las penas juveniles asociadas a tales delitos.

Esta extensión mínima de cumplimiento obligatorio regulada en el Art. 10 LORPM es exigible mantenerla en la regulación actual renunciando –relativamente- a la flexibilidad en la ejecución de las penas juveniles, pero a favor del proceso reeducativo del menor. Se renuncia a la flexibilidad en la ejecución de la pena juvenil relativamente, en el sentido de que no es una renuncia total: sugerimos continuar con la flexibilidad en la ejecución de la pena juvenil, en la línea de excepcionar el período mínimo de cumplimiento obligatorio en algunos supuestos, que veremos más adelante. El derecho a la educación rige durante dicho período mínimo de cumplimiento obligatorio, con la misma intensidad que en la fase posterior –hasta la fase final de la liquidación de condena- de la pena juvenil, una vez transcurrido este período.

2.2.3. Concreción de la propuesta.

En este subepígrafe, materializamos la propuesta "*de lege ferenda*"; sugerimos la predeterminación legal de la extensión mínima:

a) para todos los delitos regulados en el Código penal y en las leyes penales especiales (no sólo para los delitos graves, tal y como ya se establece en el Art. 10 LORPM**:** terrorismo, agresión sexual, delitos que conllevan pena de más de 15 años, etc.);

b) para todas las penas juveniles (no sólo para las asociadas a la comisión de delitos graves, violentos o con intimidación, tal y como ya se establece en el Art. 10 LORPM);

c) dicho límite o período mínimo de cumplimiento obligatorio puede tener el límite mínimo que se establece en el Código penal como referencia cuantitativa o guía[1678]. En este marco, el Código penal nos puede servir como orientación, especialmente para aquellas penas juveniles de la LORPM que tengan su homónima en el Código penal[1679].

[1678] Tal y como sucede en el Derecho penal juvenil en Alemania, en el sentido que plantea WELZEL, *op. cit.*, p. 323.

[1679] Prestaciones en beneficio de la comunidad, de la LORPM = trabajos en beneficio de la comunidad, del Código penal[1679]; libertad vigilada de la LORPM = libertad vigilada del Código penal; también, la prohibición de

2.2.3.1. Excepciones.

En este subepígrafe, enunciamos una propuesta de excepciones en la aplicación del período mínimo de cumplimiento obligatorio, que permiten rebajarlo o eliminarlo.

Su fundamento es la ausencia de necesidad preventiva de punición: en virtud del primer requisito que estableció el TC a la hora de aplicar una pena proporcionada (el criterio de la necesidad de dicha pena[1680]), no será necesaria la aplicación de ninguna pena[1681] ni, por tanto, establecer ningún período mínimo de cumplimiento obligatorio, en algunos casos: en los que el menor ya dispone de recursos educativos suficientes en su persona y en su entorno.

Concreción de las excepciones. A continuación, planteamos algunos criterios para reducir o suprimir –según la decisión judicial discrecional- dicha extensión mínima de cumplimiento obligatorio; proponemos que estén basados en:

a) el elemento o ámbito subjetivo (grado de culpabilidad o de responsabilidad o implicación en los hechos, que ha de ser leve, necesariamente);
b) el elemento o ámbito objetivo (la infracción penal cometida ha de ser leve necesariamente también, a la hora de plantearse la opción de suprimir o reducir el período mínimo de cumplimiento obligatorio de la pena juvenil).

Sugerimos tener en cuenta estos dos elementos, para valorarlos jurídicamente dentro del margen de la discrecionalidad, por parte del juez de menores y del ministerio fiscal, a la hora de reducir o suprimir el límite o período mínimo de cumplimiento obligatorio.

ÁMBITO SUBJETIVO:

Primero. La ausencia de antecedentes[1682]; el período mínimo de cumplimiento obligatorio se podría rebajar o suprimir si el menor no tiene antecedentes penales, si no ha cometido hechos anteriormente (hechos de la misma o diferente naturaleza). Este tipo de comisión de hechos delictivos ("otros hechos de la misma naturaleza") se regula en el Art. 18.2 y el Art. 39.1 LORPM, entre otros artículos.

En caso de existencia de antecedentes, éstos no se deberían de tener en cuenta si pertenecen a delitos imprudentes; tampoco los cancelados de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 136 CP.

---

aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez, esta obligación se regula con la misma redacción en la LORPM, Art. 7.1.i) que en el Código penal, Art. 106.1.e).

1680 Véase la STC, S. 2ª, 27.10.1997, FJ 4º, (MP. Excmo. Sr. D. Fernando GARCÍA – MON y GONZÁLEZ – REGUERAL); también, MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *op. cit.*, p. 85.

1681 La perspectiva de no imposición de ninguna consecuencia jurídica ya se establece en la LORPM: Arts. 17.5, 18, 19, 27.4, 40 y 51.3.

1682 Sobre la ausencia de antecedentes a efectos de la suspensión de la ejecución de la pena en virtud del Art. 40 LORPM, véase MONTERO HERNANZ, T., "Consideraciones jurídicas y criminológicas de los antecedentes de un menor de edad a efectos de la suspensión de la ejecución de una pena", en *La Ley*, Nº 7805, de 24 de febrero, Madrid. 2012.

Segundo. Las reglas de autoría y participación[1683], "*iter criminis*"[1684] (tentativa, inducción, cooperación, actos preparatorios punibles, arrepentimiento[1685], desistimiento[1686], autoría mediata). Sugerimos tener en cuenta dichas reglas a efectos de modular la respuesta sancionadora (en el sentido de suprimir o reducir el período mínimo de cumplimiento obligatorio) del mismo modo que sucede en el Código penal, cuando se rebaja la pena en función del grado de ejecución o participación alcanzado[1687].

El grado de ejecución alcanzado y el nivel de participación asumida lo consideramos aplicable en la jurisdicción penal de menores no sólo para determinar la pena juvenil sino también para decidir o no la aplicación de la extensión mínima de duración de cumplimiento obligatorio; de hecho, en el Anteproyecto de Ley orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores del 2005 ya se tenía en cuenta dicho grado de ejecución y de participación: *"… en todo caso, se tomarán en consideración el grado de ejecución y participación en el delito."* Desde esta perspectiva,

---

1683 La LORPM no regula ningún aspecto relativo a la autoría o a la participación directamente (no regula la situación de si el menor es autor o un mero partícipe). La LORPM sí regula el grado de autoría o participación del menor indirectamente, para ser valorado por el ministerio fiscal en su escrito de alegaciones, véase el Art. 30.1 LORPM; cuando se dice "indirectamente", se quiere decir que el grado de autoría y participación tiene una relevancia secundaria, ya que dicho grado de autoría y de participación no tiene apenas influencia directa ni a la hora de seleccionar la pena juvenil ni, tampoco, para establecer el tope máximo de duración de la pena juvenil. Sobre las reglas de autoría y participación aplicadas en la jurisdicción de menores, véase COLÁS TURÉGANO, *op. cit*., p. 196 y ss., en la jurisdicción común, véase COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte General*, 1999, *op. cit*., p. 733 y ss.

1684 En relación con el "*iter criminis*" (el grado de ejecución del delito: actos preparatorios punibles, delito consumado o no, desistimiento), queremos decir que su regulación sería deseable en la LORPM, pues el Art. 23.1, el Art. 30.1 y el Art. 7.3 –valoración jurídica de los hechos a la hora de elegir la pena juvenil- de la LORPM obliga, aunque no expresamente, a tener en cuenta dichos actos preparatorios, igualmente si el delito es consumado o no, etc; por este motivo, esto es, ante una ausencia de regulación expresa en la LORPM, habrá de estarse a lo establecido en el Código penal, Arts. 30 y 31 entre otros, de aplicación supletoria; en este marco, véase DE LA ROSA CORTINA, *La responsabilidad…, op. cit.,* p. 83; GONZÁLEZ CUSSAC / CUERDA ARNAU, *op. cit*., p. 112 – 113 y 115, nota a pie de página Nº 46.

La jurisprudencia de las audiencias provinciales sí valora el "*iter criminis*", en la jurisdicción de menores, acerca del tope máximo (aunque no, el tope mínimo) de privación de libertad que podría imponerse al menor; en este marco, véase DE LA ROSA CORTINA, *La responsabilidad…, op. cit*., p. 83, nota a pie de página Nº 98, en referencia a la Audiencia Provincial de Barcelona. Acerca del grado de ejecución del delito o las formas de aparición del delito, aplicadas en la jurisdicción de menores, véase CERVELLÓ / COLÁS, *op. cit*., p. 63 y ss; COLÁS TURÉGANO, *op. cit*., p. 189 y ss; GONZÁLEZ CUSSAC / CUERDA ARNAU, *op. cit*., p. 80 y p. 113; DE LA ROSA CORTINA, *La responsabilidad…, op. cit*., p. 83; también, véanse los Arts. 17 y 18 CP. Acerca del grado de ejecución del delito, véase, por todos, MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General, op. cit.* p. 355 y ss., y COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte General*, 1999, *op. cit*., p. 711 y ss.

1685 GONZÁLEZ / CUERDA proponen crear reglas específicas en la justicia de menores en materia de arrepentimiento, imprudencia, error, tentativa, desistimiento, etc; en este sentido, véase GONZÁLEZ / CUERDA, *op. cit*., p. 90.

1686 El desistimiento se regula en el Art. 18 LORPM; en relación con este Art. 18, sólo añadir que no está prevista la supeditación de la decisión de desistimiento al informe del equipo técnico, véase GUINARTE CABADA, *op. cit*., p. 418, nota a pie de página 29; en este marco, véase, también, GONZÁLEZ / REDONDO, "La Llei Orgànica 5/2000…", *op. cit*., p. 36.

1687 Sobre el grado de ejecución alcanzado, véase HIGUERA GUIMERÁ, J. F., "Las repetidas reformas parciales de la Ley penal del menor". En *La Ley Penal.* Nº 27, 2006, pp. 64 – 90, apartado Nº 4. "Las reglas o criterios generales de determinación (o elección) de la medida."

planteamos que se reduzca o elimine el tope mínimo de duración de cumplimiento obligatorio de la pena juvenil en los casos en que la participación o responsabilidad del menor infractor:

a) sólo llegue al grado de tentativa;

b) si se observa arrepentimiento o desistimiento serio, fehaciente y verificable mediante los profesionales integrantes del equipo técnico.

Tercero. Atenuantes. Sugerimos reducir o suprimir el período mínimo de cumplimiento obligatorio en caso que se aprecie la atenuante regulada en el Art. 21.5 CP (la reparación) en la conducta previa, durante o posterior a la comisión del delito. Como atenuante cualificada*,* en el sentido de conducta susceptible de ser tenida en cuenta a la hora de reducir o suprimir la mencionada extensión mínima de cumplimiento obligatorio, sugerimos la mediación, reparación, conciliación:

a) antes de la sentencia[1688]:
   - la "confesión" del hecho criminal ante el equipo técnico de asesoramiento y mediación, habiendo reconocimiento de la responsabilidad en el delito;
   - asumir un mínimo compromiso inicial de conciliación o reparación con la víctima, ante el equipo técnico, de una manera voluntaria;
   - o participar en la actividad educativa propuesta por el equipo técnico[1689];

b) después de la sentencia, también es posible y viable legalmente (Art. 51.3 LORPM) el participar en un programa de mediación, reparación, conciliación[1690].

Cuarto. El desconocimiento de la antijuridicidad (error de prohibición[1691]). Planteamos que si se observa error de prohibición aunque sea vencible en la conducta infractora del menor, el límite mínimo de cumplimiento obligatorio sea reducido o eliminado.

1688 Sobre la mediación, antes de la sentencia, véase ÁLVAREZ RAMOS, *op. cit.*, p. 16 y ss; TAMARIT SUMALLA, J. M., "La mediación reparadora en la Ley de responsabilidad penal del menor", en *Justicia penal de menores y jóvenes* (Coordinadores J. L. González Cussac, J. M. Tamarit Sumalla y J. L. Gómez Colomer). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2002, pp. 47 – 78, p. 61; sobre la "Conciliación o reparación entre el menor infractor y la víctima durante la investigación.", (título del epígrafe utilizado por el autor), véase MÁRQUEZ BONVEHÍ, *op. cit.*, p. 12 y ss.

1689 Esta propuesta está inspirada en el Art. 19.1 LORPM.

1690 Sobre la mediación, después de la sentencia, véase ÁVAREZ RAMOS, *op. cit.*, p. 17 y ss; TAMARIT SUMALLA, "La mediación reparadora…", *op. cit.*, p. 73; sobre "La conciliación cuando ha finalizado la instrucción" (título del epígrafe utilizado por el autor), véase MÁRQUEZ BONVEHÍ, *op. cit.*, p. 23 y ss., también, FRANCÉS LECUMBERRI, *op. cit.*, p. 34 y ss.

1691 La LORPM no regula ningún aspecto en referencia a los supuestos de error acerca de la ilicitud; en este marco, son de aplicación los preceptos legales que regulan el error en el Derecho supletorio, véase el Art. 14 CP (en concreto, el Art. 14.3, error de prohibición), tal y como afirma DE LA ROSA CORTINA, *La responsabilidad…, op. cit.*, p. 83, nota a pie de página Nº 96 donde cita a CUELLO CONTRERAS cuando éste se refiere a la "inevitabilidad del error de prohibición". Con mayor amplitud acerca del error de prohibición, véase MORA SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 190 y ss; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General, op. cit.*, p. 533 y ss; COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, 1999, *op. cit.*, p. 659 y ss; y, sobre todo, el trabajo de

ÁMBITO OBJETIVO:

La proporcionalidad. La levedad[1692] de la infracción penal. Proponemos reducir o suprimir el tope mínimo cuando estemos ante un delito leve o menos grave[1693].

En base a todo lo dicho, enunciamos las *conclusiones* siguientes: los principios básicos del Derecho penal juvenil y del Derecho penal común están compaginados correctamente en los tres supuestos legales aquí comentados (Arts. 10.1.b, 10.2.a y 10.2.b); estamos ante un ejemplo para hacerlo extensible a todas las penas juveniles que establece la LORPM; el derecho a la educación y el principio de proporcionalidad (del mismo modo, la legalidad y la seguridad jurídica) están compatibilizados de una manera equilibrada, en el citado Art. 10 LORPM.

Las garantías penales y el controvertido concepto del interés superior del menor –ahora, derecho a la educación- son o pueden ser valores o principios compatibles en la legislación penal de menores y en la aplicación práctica de dicha legislación. Compatibles a través de la predeterminación legal de un período mínimo de cumplimiento obligatorio ante todo tipo de delitos y en referencia a todas las penas juveniles reguladas en la LORPM.

La proporcionalidad, a través del establecimiento de un período mínimo de cumplimiento obligatorio, redunda en beneficio del proceso reeducativo o de maduración personal del menor infractor: puede hacer reflexionar a dicho menor –durante ese período de cumplimiento obligatorio- sobre la incorrección o gravedad de su actuación delictiva, acerca del daño o lesión que su hecho criminal ha producido en la persona de la víctima y, consecuentemente, sobre el respeto hacia la normativa social.

En virtud de las conclusiones anteriores, *proponemos* lo que sigue a continuación:

Partiendo de la regulación del Art. 10 LORPM, planteamos que dicho período mínimo podría ser –en virtud del derecho a la educación y del principio de proporcionalidad- extensible a todas las penas juveniles y ante todo tipo de infracciones.

La información que el juzgador de menores ha de apreciar a la hora de elegir la pena juvenil y su duración, ha de influir en la determinación de la duración total de la pena juvenil y

FELIP i SABORIT, D., *La delimitación del conocimiento de la antijuricidad. Una aportación al estudio del error de prohibición.* Tesis doctoral. Departamento de Derecho de la Universitat Pompeu Fabra. Barcelona. 1997.

[1692] Esta propuesta relativa a la levedad de los hechos y a las características de la infracción penal están inspiradas en el Art. 18 y 19.1 LORPM, artículos que regulan el desistimiento y el sobreseimiento cuando la infracción penal es leve, situación en la que igualmente se podría reducir o suprimir el límite temporal mínimo de cumplimiento obligatorio de la pena juvenil.

[1693] Sobre la definición de delito menos grave, véase el Art. 13.2 CP.

desde esta perspectiva, a la hora de imponer la extensión mínima de duración en todas las penas juveniles que establezca en sus sentencias, en virtud de la propuesta de predeterminación legal de la duración mínima de la pena juvenil de cumplimiento obligatorio que aquí hemos formulado.

CONCLUSIONES

En función de lo expuesto en esta investigación y partiendo de la hipótesis de trabajo formulada en la introducción –que creemos haber demostrado-, traemos aquí las presentes conclusiones junto con las correspondientes propuestas de mejora "*de lege ferenda*" y "*de lege lata*" de la legislación penal de menores.

1. El fundamento del Derecho penal juvenil radica en la idea de la "necesidad de prevención", que se resume en las afirmaciones siguientes: las consecuencias jurídicas de la jurisdicción común (las penas y las medidas de seguridad) son desproporcionadas, inapropiadas e innecesarias en la jurisdicción de menores; por ello, existe unanimidad social respecto a la exclusión de la pena común (la pena privativa de libertad, principalmente) y a favor de un tratamiento penal específico hacia los menores infractores.

2. El Derecho penal juvenil dispone de legitimación suficiente como para incluir al menor infractor entre sus destinatarios, a partir de su condición de imputable; tal inclusión se realiza mediante una regulación específica –la LORPM y su reglamento de desarrollo- y a través de una regulación común, el Art. 19 CP.

Los principios penales tradicionales como el de culpabilidad, el de proporcionalidad, etc., en tanto que limitadores de la potestad punitiva del Estado, y las garantías penales derivadas de dichos principios están presentes de una manera directa en la jurisdicción de menores en virtud del Art. 1.2 LORPM.

El Derecho penal juvenil es Derecho penal; estamos ante una legislación penal en todos los sentidos. En este marco la LORPM es una Ley penal con las consiguientes implicaciones jurídico–garantizadoras que tal condición penal comporta: el reconocimiento y aplicación de las garantías penales sustantivas y procesales en la jurisdicción de menores.

Partiendo de la característica penal mencionada, cabe añadir que la LORPM es una ley "penal – educativa", porque la prevención especial positiva –en su condición de finalidad y fundamento de las penas juveniles-, es decisiva en la justicia juvenil.

3. Las consecuencias jurídicas previstas en la legislación penal de menores son penas juveniles y, en algunos casos, medidas de seguridad (el internamiento terapéutico ex Art. 7.1.d LORPM, o el tratamiento ambulatorio ex Art. 7.1.e LORPM).

Finalidad y orientación político – criminal de las penas juveniles: optamos a favor de la prevención especial positiva plenamente; la finalidad de las penas juveniles ha de ser educativa, reeducativa y a favor de la reinserción social principalmente, porque mediante la prevención especial positiva se da respuesta suficiente a las necesidades educativas del menor infractor, como también a las exigencias de protección de la sociedad.

La orientación educativa de las penas juveniles –basada en la prevención especial positiva- ha de respetar y ha de ser compatible con las garantías sustantivas y procesales.

4. Garantía penal. En la regulación de la LORPM (en sus Arts. 7.3, 11.1, 23.1 y 27.3, 28.2, 39.1, entre otros) relativa a la selección de la pena juvenil a imponer, se tienen en cuenta circunstancias que son ajenas al hecho delictivo (circunstancias sociales y familiares) y de una manera "especial". Esta situación es vulneradora de la legalidad penal y de la seguridad jurídica, en su manifestación mediante la garantía penal.

Sugerimos que dichas circunstancias personales, familiares y sociales se obvien en la fase de elección de la pena juvenil regulada en el Art. 7 LORPM. Como alternativa, proponemos abandonar la perspectiva de las necesidades –en dicha fase de selección de la pena juvenil a aplicar- y optar por la concepción educativa, en el sentido de que el criterio especial o prioritario, a la hora de la elección de la pena juvenil, sea la necesidad educativa que el menor infractor tenga en el momento de los hechos; y, paralelamente, la proporcionalidad, desde la concepción educativa que hemos propuesto en esta investigación.

5. Proporcionalidad y flexibilidad. La proporcionalidad puede ser un elemento reeducativo más en el programa educativo individualizado, en el proceso de reinserción social del menor infractor durante la fase de ejecución de la pena juvenil. Desde esta perspectiva educativa, sugerimos una mayor participación de la proporcionalidad, en la fase de elección de la pena juvenil ex Art. 7.3 LORPM, en la línea de que se aplique una consecuencia jurídica leve ante una infracción leve, y una consecuencia jurídica grave ante una infracción grave.

En la fase ejecutiva de la pena juvenil, pueden y deben aplicarse criterios basados en el derecho fundamental a la educación, tanto para extender el período de ejecución de la pena juvenil hasta la fecha límite fijada en la sentencia –si así lo requiere tal necesidad educativa del menor infractor- como también para dar por cumplida dicha pena juvenil antes de dicha fecha límite, en caso de un pronóstico favorable de reinserción social, en virtud del principio de flexibilidad regulado en, entre otros, el Art. 13.1 LORPM, y del principio de resocialización establecido en el Art. 55 LORPM y en el Art. 25.2 CE.

6. El principio de flexibilidad es una manifestación –la más significativa- de la legislación penal de menores. Este principio halla su fundamento en las ventajas o beneficios que aporta al menor infractor, a su educación o reeducación.

No obstante, la flexibilidad ha de estar limitada mediante la legalidad penal. Consideramos que el órgano judicial ha de tener en cuenta el principio de legalidad penal y el de seguridad jurídica en su condición de límites en el marco del Derecho penal juvenil; y, en este contexto, se han de respetar las garantías penales; en concreto, en aquellas situaciones en las que surgen las incidencias durante la ejecución de las penas juveniles.

Proponemos también, que la sentencia no varíe a peor –en virtud del derecho fundamental a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes- bajo ningún concepto o bajo la hipotética protección del interés superior del menor o de uno de sus principios derivados, el de la flexibilidad en la ejecución de las penas juveniles.

7. El interés superior del menor. El principio de legalidad y el de seguridad jurídica se están vulnerando en varios artículos de la LORPM y de su reglamento. Las causas de dicha vulneración se hallan en la configuración actual del principio del interés del menor; tales causas se encuentran en la indeterminación jurídica que contiene el citado principio. Esa indeterminación jurídica comporta la consecuencia negativa de la decisión judicial discrecional excesiva, con riesgo de arbitrariedad judicial.

Por ello proponemos lo siguiente: un exceso de indefinición o abstracción en el articulado que compone la legislación penal del menor (en concreto, en aquellos preceptos legales en los que se menciona el interés del menor como parte integrante: por ejemplo, el Art. 7.3 LORPM) puede y debe ser corregido a través de una taxatividad mínima, para así reforzar –o, como mínimo, no debilitar- la legalidad y la seguridad jurídica.

8. Necesidad de hacer compatible el interés del menor (como derecho fundamental a la educación) y las garantías penales. El principio de legalidad y el de seguridad jurídica, además de ser coherentes con el principio del interés superior del menor, conforman este último principio en el sentido siguiente: en primer lugar la legalidad penal, en su manifestación de seguridad jurídica, y el principio del interés del menor, mediante su reinterpretación como derecho a la educación, son derechos fundamentales. En segundo lugar, la legalidad penal –seguridad jurídica forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la educación (en el ámbito de la justicia penal de menores). En tercer lugar, desde esta perspectiva, son

normas jurídicas del mismo rango constitucional, que se pueden aplicar sin necesidad de priorizar un derecho sobre otro, en igualdad de condiciones.

9. El incumplimiento de la pena juvenil no privativa de libertad no es una infracción penal, es una incidencia que sucede durante la ejecución de dicha pena en algunas ocasiones; pero de tal incumplimiento, se producen implicaciones jurídicas gravosas, como la privación de libertad, en virtud del Art. 50.2 o del Art. 51.1 LORPM. Por ello –en este supuesto o contexto incidental- y aunque no estemos ante un delito, es necesario observar las mismas garantías procesales de los Arts. 9.3, 24.2 y 25.1 CE que en un hecho delictivo en este supuesto o contexto incidental, sobre todo por las consecuencias jurídicas graves –privación de libertad- establecidas en el Art. 50.2 y en el Art. 51.1 LORPM, en caso de que se produzca tal incumplimiento.

Debido a que no se observan las garantías procesales citadas (principalmente, la realización de una actividad probatoria mínima) en los citados Arts. 50.2 y 51.1 LORPM, el procedimiento a través del cual se ha impuesto la pena juvenil privativa de libertad (internamiento) –por el incumplimiento de la pena juvenil no privativa de libertad- vulnera el principio de legalidad, esto es, su garantía jurisdiccional.

Para superar dicho déficit de legalidad, proponemos que la pena privativa de libertad -el internamiento en centro semiabierto- que se impone en virtud de los citados Arts. 50.2 y 51.1 LORPM, con ocasión del incumplimiento de la pena juvenil no privativa de libertad impuesta inicialmente, se tramite tal y como obliga el Art. 43.1 LORPM ("*de acuerdo con el procedimiento*" previsto en la LORPM), tal y como en este sentido estableció el TC –para la modificación "a peor" de la medida- en su famosa STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 8º: "*mediante nuevo procedimiento.*", que en esta tesis, denominamos "*incidente procesal contradictorio*" y que responde a las exigencias derivadas del derecho fundamental a un proceso debido. Este nuevo procedimiento se debería de tramitar siguiendo el esquema procesal regulado en el Art. 16 y ss LORPM mediante una actividad probatoria mínima y por supuesto, respetando las garantías procesales básicas del Art. 24.2 CE.

10. Reserva de ley y jerarquía normativa. La definición y regulación de la conducta prohibida (el incumplimiento, que puede dar lugar al delito de quebrantamiento, de la pena juvenil no privativa de libertad) se materializa en una norma infralegal, en el reglamento, en el Art. 10.1.6ª b) y en el Art. 14 c). Esta regulación reglamentaria de un supuesto de hecho (del cual se pueden derivar consecuencias jurídicas graves: la restricción o limitación –en virtud del

Art. 50.2 LORPM- de un derecho fundamental, el de la libertad ex Art 17 CE) vulnera el principio de legalidad en su manifestación mediante la reserva de ley y de la jerarquía normativa.

Proponemos que el legislador regule y defina la conducta que implica el incumplimiento, que puede dar lugar al delito de quebrantamiento, de la pena juvenil no privativa de libertad por ley, y no por reglamento como sucede actualmente.

11. El derecho fundamental a un proceso debido y la doctrina del Tribunal Constitucional a través del ATC Nº 33/2009, de 27 de enero. La "solución" que aportó el TC, mediante el ATC citado (que, junto con la FGE, Circular 1/2009, se determina el Art. 50.2 LORPM como compatible con la legalidad constitucional) la consideramos incoherente con la propia doctrina del TC establecida en la STC 36/1991, de 14 de febrero. No se puede denominar "procedimiento" al trámite procesal previsto en el Art. 50.2 LORPM para efectuar la sustitución de una pena juvenil no privativa de libertad, incumplida, por otra privativa de libertad. Entendemos que dicho trámite procesal no reúne las condiciones o requisitos constitucionales establecidos en el Art. 24.2 CE y legales determinados en los Arts. 1.2, 16 y ss y 43.1 LORPM.

12. El derecho fundamental al "*non bis in ídem*". Estamos ante una vulneración de la regla del "*non bis in ídem*" desde la vertiente procesal. Tal vulneración se produce porque ante una misma o única conducta (incumplir la pena juvenil no privativa de libertad), el menor responsable de dicho incumplimiento es sometido a dos procedimientos penales simultáneos, el establecido en el Art. 50.2 y en el Art. 50.3 LORPM.

De acuerdo con la garantía del "*non bis in ídem*" procesal, para evitar el segundo procedimiento (el establecido en el Art. 50.3 LORPM) proponemos dos opciones: la primera consiste en aplicar la institución de la prejudicialidad penal; para ello, ha de existir una sentencia condenatoria –en virtud del Art. 50.3 LORPM y del Art. 468.1 CP-, previa o inicial, por delito de quebrantamiento, para después –en caso que el menor sea considerado culpable del delito de quebrantamiento de condena-, aplicar el mecanismo sustitutivo a peor establecido en el Art. 50.2 LORPM. De esta manera sólo se iniciaría y se finalizaría en un único procedimiento, el establecido en el Art. 50.3 LORPM, y así no se incurre en el prohibido "*bis in ídem*" procesal.

La segunda opción es la del desistimiento de la acción penal, en virtud del Art. 18 LORPM, en el sentido de que el Ministerio Fiscal podría no deducir testimonio por delito de

quebrantamiento ex Art. 468.1 CP: una vez abiertas diligencias preliminares por tal delito (en virtud de los Arts. 50.2, 50.3 y 468.1 CP), el Ministerio Público puede optar por tal desistimiento en dichas diligencias preliminares, cuando el hecho criminal denunciado sea menos grave y además, no concurra violencia ni intimidación (como sucede en el delito de quebrantamiento de condena, de pena juvenil no privativa de libertad), tal y como exige el citado Art. 18 LORPM.

13. El Art. 50.2 LORPM es una norma penal en blanco, incompatible con la Constitución, pues no reúne las exigencias del TC para que pueda considerarse adaptable a la legalidad penal y la seguridad jurídica. En concreto, no satisface las exigencias derivadas del reenvío de la norma legal a la norma reglamentaria ni cumple el requisito de establecer el núcleo esencial de la prohibición, del incumplimiento, en su totalidad.

Proponemos que el Art. 50.2 LORPM sea coherente con las exigencias del TC relativas a las normas penales en blanco; sugerimos disipar sus tachas de inconstitucionalidad para que pueda ser una norma jurídica que reúna todos los requisitos –establecidos por el TC- derivados de la legalidad penal y la seguridad jurídica, los derivados de la garantía criminal y de la penal. En este marco, el Art. 50.2 debería de hacer una referencia expresa a que las exigencias mínimas para entenderse como incumplida la pena juvenil no privativa de libertad son las relativas al incumplimiento de las obligaciones implícitas en la pena juvenil no privativa de libertad, tipo de pena y obligaciones reguladas en el Art. 7 LORPM, letras "e" a "ñ".

14. La individualización de la pena juvenil y la decisión judicial discrecional. Hemos de individualizar la pena juvenil de la manera más ajustada a la personalidad (recursos y necesidades educativas) del menor infractor. Igual de evidente o necesario es el respeto hacia el principio de taxatividad. Se deberían de expulsar las normas jurídicas del ordenamiento jurídico de menores que –aunque pretenden individualizar la pena juvenil en virtud del interés del menor- son incompatibles con dicho principio de taxatividad (como por ejemplo, la regla de conducta regulada en el Art. 7.1.h) 7ª LORPM) que como consecuencia, vulneran el derecho fundamental a la legalidad penal y a la seguridad jurídica.

Para individualizar la pena juvenil correctamente, es necesaria la decisión judicial discrecional. No obstante es necesario limitar esa discrecionalidad, ya que se pueden cometer abusos (la arbitrariedad judicial) en la toma de decisiones vulneradoras de la legalidad penal y la seguridad jurídica en virtud del "interés del menor" que fundamenta dicha discrecionalidad.

15. La discrecionalidad en el ministerio fiscal. El problema se centra en la discrecionalidad excesiva o amplia, siendo exclusiva del ministerio fiscal -sin casi ningún tipo de revisión o control por parte del juez de menores-. Esta discrecionalidad se sitúa en contra de la seguridad jurídica (y por tanto promueve arbitrariedad) puesto que las actuaciones se sobreseen, en unos casos, y en otros no –siendo la misma infracción penal-, en función de si un fiscal de menores insta el desistimiento y otro fiscal decide no instar dicho desistimiento al juez de menores.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

AAVV, *Penas alternativas a la prisión.* José Cid Moliné y Elena Larrauri Pijoan (coordinadores). Ed. J. M. Bosch. Barcelona, 1997.

- *Los fundamentos de los derechos fundamentales. Luigi Ferrajoli.* Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Ed. Trotta, Madrid. 2001.

ABEL SOUTO, M., "Las medidas del nuevo Derecho penal juvenil", en *Actualidad Penal*, Núm. 6, 2002, pp. 105 - 164.

- "La reforma de 25 de noviembre de 2003 en materia de principio acusatorio y la proporcionalidad garantizada por la Ley penal del menor", en *Estudios penales y criminológicos*, Núm. 24, 2002 - 2003, pp. 7 – 57.

ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho. Especial referencia al tratamiento penológico del delincuente imputable peligroso.* Monografía asociada a *Revista Aranzadi de Derecho Procesal y Penal.* Núm. 24. Ed. Cizur Menor. Aranzadi Thomson Reuters. Navarra. 2010.

AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en derecho penal.* EDERSA. Madrid. 1999.

AGUILAR GARCÍA, M. A., / GÓMEZ MARTÍN, V., / MARQUINA BERTRÁN, M., / DE ROSA PALACIO, M., / TAMARIT SUMALLA, J. M., *Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación*, Ed. Generalitat de Catalunya, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona. 2015.

AGUIRRE ZAMORANO, P., "Medidas aplicables en la legislación de menores", en *Cuadernos de Derecho Judicial.* Ejemplar dedicado a "Menores privados de libertad". Núm. 15. José Manuel Martínez – Pereda Rodríguez (director). Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1996, pp. 191 – 220.

AIZPURÚA GONZÁLEZ, E., / FERNÁNDEZ – MOLINA, E., "¿Procedimientos de adultos para delitos mayores? Una aproximación a la opinión pública hacia la transferencia de los menores infractores a tribunales ordinarios", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, http://criminet.ugr.es/recpc 16 – 16, 2014, pp. 1 – 18.

ALASCIO CARRASCO, L. / MARTÍN GARCÍA, I., "Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo Art. 92 CC", en *INDRET Revista para el análisis del Derecho*. Julio. www.indret.com Barcelona. 2007.

ALBRECHT, P. A., *El Derecho penal de menores*, (traducida al castellano por Juan Bustos Ramírez). Ed. PPU. Barcelona. 1990.

- "El derecho penal en la intervención de la política populista", en *La insostenible situación del Derecho penal*, J. M. Silva Sánchez (coordinador). Ed. Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt y Ed. Comares, Granada, 2000, pp. 471 – 487.

BIBLIOGRAFÍA

ALEMÁN MONTERREAL, A., "Reseña histórica sobre la minoría de edad penal", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, Núm. 11, 2007, pp. 27 – 44.

ALEXY, R., "Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal.", en *DOXA*, Núm. 23, 2000, pp. 197 - 230.

- "Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad", en *Revista española de derecho constitucional,* Núm. 91, 2011, pp. 11 – 29.

ALMEIDA SILVA, K. C., *La incorporación del principio de oportunidad en el proceso penal: un análisis de política criminal*. Tesis doctoral. Universidad Carlos III de Madrid. Departamento de Derecho Penal, Procesal e Historia del Derecho. Fecha de edición: mayo de 2008. Disponible en web en noviembre de 2013, http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/5484 También, disponible en la web de la base de datos de tesis doctorales http://www.tdx.cat/handle/10803/14485

ALTAVA LAVALL, M. G., "El interés del menor en el proceso penal de menores y jóvenes", en *Justicia penal de menores y jóvenes (análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*. J. L. González Cussac, J. M. Tamarit Sumalla y J. L. Gómez Colomer (coordinadores). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 347 – 380.

- "Concepto y reconocimiento del interés superior del menor en la legislación española", en *Estudios sobre la responsabilidad penal del menor*. M. L. Cuerda Arnau / J. L. González Cussac (coordinadores). Ed. Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 2006, pp. 26 – 54.

ALVARADO RODRÍGUEZ, P., / JIMÉNEZ MOSTAZO, A., "Ne bis in idem, un principio constitucional de creación jurisprudencial (I). Aproximación", en *Anuario de la Facultad de Derecho*, Vol. XXIII, Madrid, 2005, pp. 315 – 329.

- "Ne bis in idem, un principio constitucional de creación jurisprudencial (II). Significado del principio ne bis in ídem", en *Anuario de la Facultad de Derecho*, Vol. XXIII, Madrid, 2005, pp. 331 – 347.

- "Ne bis in ídem, un principio constitucional de creación jurisprudencial (III). Formulación constitucional", en *Anuario de la Facultad de Derecho*, Vol. XXIII. Madrid, 2005, pp. 349 – 363.

ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Sobre el principio de legalidad*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2009.

ÁLVAREZ RAMOS, F., "Mediación penal juvenil y otras soluciones extrajudiciales", en *International e-Journal of Criminal Science,* Artículo 3, Núm. 2, 2008. Disponible en web en diciembre de 2014, http://www.ehu.es/ojs/index.php/inecs/article/view/258

ALZAGA VILLAAMIL, O., "En torno al concepto de ley orgánica en la Constitución", en *Teoría y Realidad Constitucional*. Ed. UNED. Núm. 5, 1r semestre. 2000, pp. 115 – 142.

AMICH ELÍAS, **C**., "Normativa jurídico-penal sobre infancia y juventud delincuente en la dictadura franquista.", en *Cuadernos de historia del derecho*. Núm. 16, 2009, pp. 75 – 109.

BIBLIOGRAFÍA

ANDRÉS IBÁÑEZ, P., "Legalidad, jurisdicción y democracia, hoy.", en *Estudios de derecho judicial,* Núm. 6. Ejemplar dedicado a "Crisis del sistema político, criminalización de la vida pública e independencia judicial". Perfecto Andrés Ibáñez (Dir.), 1997, pp. 9 - 38.

ARROYO ZAPATERO, L., "Principio de legalidad y reserva de ley materia penal"*,* en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 3. Núm. 8, 1983, pp. 9 – 46.

AYO FERNANDEZ, M., *Las garantías del menor infractor.* Aranzadi, Pamplona. 2004.

BACIGALUPO ZAPATER, E., "La garantía del principio de legalidad y la prohibición de la analogía en el Derecho penal", en *Anuario de Derechos Humanos*. Núm. 2, 1983, pp. 11 – 29.

- *Principios constitucionales de Derecho penal*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

BARQUÍN SANZ, J. / CANO PAÑOS, M. A., "Justicia penal en España: una legislación a la altura de los tiempos.", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Núm. 18, 2006, pp. 37 – 95.

BARTOLOMÉ CENZANO, J. C., "Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el Derecho positivo español". Disponible en web en abril de 2013, en http://dx.doi.org/10.4995/reinad.2012.1300 en *Revista Sobre la Infancia y la Adolescencia*, septiembre, Núm. 3, Ed. Reinad - Universidad Politécnica de Valencia. 2012, pp. 46 – 59.

BAYÓN MOHÍNO, J. C., "Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo", en *Constitución y Derechos fundamentales*. Coordinadores: Jerónimo Betegón Carrillo, Francisco Javier Laporta San Miguel, Luis Prieto Sanchís, Juan Ramón de Páramo Argüelles. Ed. Presidencia del Gobierno, Secretaría General Técnica. Madrid., 2004, pp. 67 - 138. También, disponible en web en enero de 2015: http://www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/bayon-democracia.pdf pp. 1 – 80.

BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas* (Traducción de Juan Antonio de las Casas), Alianza Editorial, Madrid. 1986.

BECKER, H., *Outsiders: hacia una sociología de la desviación*, Ed. Siglo XXI, Madrid. 2009.

BELING, E., "Il significato del principio nulla poena sine lege poenali nella determinazione dei concetti fondamentali di Diritto penal", en *La Giustizia Penale*, Vol. XXXVII. Roma. 1931, p. 319 y ss.

BELOFF, M., "Modelo de la protección integral de los Derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar.", en revista *UNICEF*. Ejemplar dedicado a "Justicia y Derechos del Niño", Núm. 1. Madrid., 1999, pp. 9 - 22.

BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., "El Derecho penal de menores en el Estado social y democrático de Derecho. Breve referencia a los principios que disciplinan el *ius puniendi* estatal respecto del joven infractor.", en *El derecho penal de menores a debate. I Congreso Nacional sobre Justicia Penal Juvenil*, I. E. Benítez Ortúzar, M. J. Cruz Blanca (directores). Ed. Dykinson. Madrid., 2010, pp. 53 – 78.

BIBLIOGRAFÍA

BERNUZ BENEITEZ, M. J., "Justicia de menores española y nuevas tendencias penales. La regulación del núcleo duro de la delincuencia juvenil", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Núm. 07-12, http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-12.pdf 2005, pp. 1 - 23.

BERNUZ BENEITEZ, M. J. / FERNÁNDEZ MOLINA, E. / PÉREZ JIMÉNEZ, F., "Educar y controlar: la intervención comunitaria en la justicia de menores.", en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Núm. 11 – 12, http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11.12.pdf 2009.

BESIO HERNÁNDEZ, M., *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena: gravedad del hecho, circunstancias personales del delincuente y compensación racional de circunstancias atenuantes y agravantes*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2011.

BLANCO BAREA, J. A., "Responsabilidad penal del menor: principios y medidas judiciales aplicables en el Derecho penal español", en *Revista de Estudios Jurídicos*, Núm. 8. Segunda época. Disponible en web en mayo de 2012 en: http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/9/9 2008.

BLANCO CORDERO, I. / SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., "Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio.", en *Revista penal*, Madrid, Núm. 6, 2000, pp. 3 – 14

BLAY GIL, E., *La pena de trabajo en beneficio de la comunidad* Tesis doctoral. Disponible en la web de la base de datos de tesis doctorales: http://www.tdx.cat/handle/10803/5084 Universitat Autònoma de Barcelona. Bellaterra - Barcelona. 2006.

BOIX REIG, J., "El principio de legalidad en la Constitución", en *Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal. Algunos problemas específicos*. Ed. Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1983, pp. 52 – 76.

- "La jurisprudencia constitucional sobre el principio non bis in idem", en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. A. Jorge Barreiro / C. Suárez González (coordinadores). Ed. Civitas, Pamplona, 2005, pp. 123 - 150.

BOLDÓ PRATS, G., "El error de prohibición invencible en el tipo penal del artículo 325.1 del Código Penal", en www.diariojuridico.com 12 de junio 2013, pp. 1 – 3.

BOLUFER MARQUÉS, **M. J.,** "Naturaleza y contenido de las medidas previstas en la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de Menores: su ejecución.", en *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*. Núm. 7, Madrid. 2001, pp. 205 - 230.

BOTELLA CORRAL, J., / GARCÍA ARÁN, M., (directores), Rebollo Vargas, Baucells Lladós y Peres Neto (coautores). *Malas Noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

BRANDARIZ GARCÍA, J. A., *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*. Ed. Tirant lo Blanch,

Valencia. 2002.

- "La problemática de las normas penales en blanco", en *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y la legislación especial*. Faraldo Cabana, P. (Dir.) / Puente Aba, L. M. (Coord.). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 106 – 119.

BUENO ARÚS, F., *Comentarios al Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Francisco Bueno Arús (coordinador). Ed. Fundación Diagrama. Murcia. 2008.

BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal. Parte general.* Editorial PPU. 4ª edición, aumentada, corregida y puesta al día por Hernán Hormazábal Malarée. Barcelona. 1984.

- "Imputabilidad y edad penal", en *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona: libro homenaje al profesor Antonio Beristáin*. Compilado por José Luís de la Cuesta, Iñaki Dendaluce y Enrique Echeburúa. Instituto Vasco de Criminología. San Sebastián, 1989, pp. 471 - 482.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F. M., *La garantía constitucional de la inocencia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

CABEZAS SALMERÓN, J., *Reevaluación crítica del concepto de responsabilidad penal del menor. Posicionamientos sociales*, pp. 1 – 23. Disponible en web en agosto de 2013 http://new.pensamientopenal.com.ar/16022009/ospdh.pdf 2008.

- "Superación del modelo anterior de justicia juvenil (tutelar) por el actual modelo (de responsabilidad). ¿Se lo ha creído alguien?", en *Revista Crítica Penal y Poder,* Núm. 1, 2011, pp. 158 – 173.

CÁMARA ARROYO, S., *Derecho penal de menores y centros de internamiento. Una perspectiva penitenciaria*. Tesis doctoral. Universidad de Alcalá. Facultad de Derecho. Presentada en el año 2011. Localizable en base de datos http://dspace.uah.es/dspace/handle/10017/9821

CANO PAÑOS, M. A., *El futuro del Derecho penal juvenil europeo. Un estudio comparado del Derecho penal juvenil en Alemania y España*. Ed. Atelier, Barcelona. 2006.

- "¿Supresión, mantenimiento o reformulación del pensamiento educativo en el Derecho penal juvenil?", en *Revista Electrónica de ciencia Penal y Criminología*, Núm. 13, noviembre, http://criminet.ugr.es/recpc/13-13.pdf 2011, pp. 1 – 55.

CANTARERO BANDRÉS, R., "Ley de Tribunales Tutelares de Menores (Texto refundido aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948) y Constitución", en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1986, p. 113 – 118.

- *Delincuencia juvenil: ¿asistencia terapéutica versus justicia penal? Lección inaugural del curso académico 2002-2003*. Universidad de La Rioja, Servicio de Publicaciones. Logroño. 2002.

- "Responsabilidad penal del menor y teorías clásicas de la culpabilidad", en *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal.* Coordinada por J. C. Carbonell Mateu. Ed. Dykinson; Madrid, 2005, pp. 171 – 180. Documento electrónico de fecha enero de 2005, http://www.vlex.com/vid/321889

CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 1995.

CARDENAL MONTRAVETA, **S.,** "La reincidencia en el Derecho penal de menores", en *Derecho penal del estado social y democrático de derecho: Libro homenaje a Santiago Mir Puig.* Diego Manuel Luzón Peña (Dir.). Editorial La Ley. Madrid, 2010, pp. 661 – 684.

- "Política criminal y regulación legal del quebrantamiento de condena", en *Política criminal y reforma penal*, Víctor Gómez Martín (Coord); Santiago Mir Puig (Dir.), Mirentxu Corcoy Bidasolo (Dir.), Ed. Edisofer, Madrid, 2007, pp. 547-589.

- "Función de la pena y suspensión de su ejecución: ¿Ya no 'se atenderá fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto'?", en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Núm. 4, 2015.

CARMONA SALGADO, C., "Artículo 19", en *Comentarios al Código penal.* M. Cobo del Rosal, (director), Tomo I y Tomo II, Edersa, Madrid, 1999, pp. 21 – 70.

- "Algunas observaciones sobre la responsabilidad penal de los menores, a raíz de la Ley 5/2000, de 12 de enero", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.* Núm. 4, 2002, pp. 57 – 65.

CARPIO BRIZ, D., "Europeización y reconstitución del Non bis in ídem –Efectos en España de la STEDH Sergueï Zolotoukhine v. Rusia, de 10 de febrero de 2009.", en *Constitución y sistema penal*, Mir Puig, S., Corcoy Bidasolo, M. (directores); Hortal Ibarra, J. C. (coordinador). Ed. Marcial Pons. Madrid. Barcelona. Buenos Aires. Sao Paulo. 2012, pp. 223 – 244.

CARRERA DOMÉNECH, J., *Manual de formació inicial. Annex vigilància penitenciària i Dret penal juvenil. – (Estudis i formació de l'Administració de Justícia).* Ed. Generalitat de Catalunya. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Fundación Universitat Oberta de Catalunya. Barcelona. 2004.

CASABÓ RUIZ, J. R., / MADRID CONESA, **F**., *La legalidad del delito.* Ed. Universidad de Valencia. 1983.

CAVERO FORRADELLAS, G., "Valoració per part del fiscal dels programes d'intervenció educativa en l'àmbit judicial amb joves de 16 a 18 anys". Ejemplar dedicado a "La intervenció educativa en l'àmbit judicial de 16 a 18 anys", Ed. CGPJ y Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Departament de Justícia – Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1994, pp. 83 – 107.

CEREZO MIR, **J**., "El delito como acción culpable", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* Tomo 49, Fascículo I, http://www.cienciaspenales.net 1996, pp. 9 – 42.

- *Curso de Derecho penal español, Parte General, III, Teoría jurídica del delito / 2*. Ed. Tecnos, Madrid. 2001.

- *Curso de Derecho penal español, Parte General*, I. Ed. Tecnos. Madrid. 2004.

CERVELLÓ DONDERIS, V., / COLÁS TURÉGANO, A., *La responsabilidad penal del menor de edad.* Ed. Tecnos. Madrid. 2002.

CID MOLINÉ, J., "Derecho a la reinserción social: consideraciones a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional en materia de permisos.", en *Jueces para la democracia*, Núm. 32, 1998, pp. 36 – 49.

- "Las penas alternativas a la prisión en la reforma penal del 2003", en *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, Serie Cuadernos Penales. José María Lidón, Coord. Ed. Universidad de Deusto., 2004, pp. 135 - 156.

CILLERO BRUÑOL, M. "Infancia, autonomía y derechos – una cuestión de principios". Disponible en web, en octubre 2012: http://www.iin.oea.org/IIN2011/index.shtml , 1997. También, en *Revista Infancia*, *Boletín del Instituto Interamericano del Niño*, Núm. 234. Montevideo. También, en *UNICEF*, Ed. Instituto Interamericano del Niño - Instituto Ayrton Senna. Ejemplar dedicado a "Derecho a tener Derecho", Tomo 4, 1999, pp. 1 - 13.

- "El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los derechos del niño", en *UNICEF*. Ejemplar dedicado a "Justicia y Derechos del Niño", Núm. 1, 1999, Madrid, pp. 45 – 63.

CLARIANA I ROIG, J. F., *La justicia penal de menores en la Comunidad Autónoma de Catalunya*. [Tesis doctoral]. Un ejemplar, en la Biblioteca de Catalunya, Barcelona; un segundo ejemplar, en la biblioteca de la Universitat de Barcelona, Departamento de Derecho Penal y Ciencias Penales, Barcelona; y un tercer ejemplar, en la biblioteca del Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada del Departament de Justícia – Generalitat de Catalunya, Barcelona. 2000.

COBO DEL ROSAL, M., "Constitución y Derecho penal: el principio de legalidad en materia criminal.", en *Estudios Jurídicos: libro conmemorativo del bicentenario de la Universidad de la Laguna*, Facultad de Derecho de la Universidad de la Laguna, 1993, pp. 157 - 168.

- "Sobre la reforma penal anunciada (II): La introducción de la custodia de seguridad", en *Diario jurídico*, 20 de setiembre de 2012. Disponible en web: http://www.diariojuridico.com/opinion/sobre-la-reforma-penal-anunciada-ii-la-introduccion-de-la-custodia-de-seguridad.html 2012.

COBO DEL ROSAL, M., / BOIX REIG, J., "Garantías constitucionales del Derecho sancionador", en *Comentarios a la legislación penal*, Manuel Cobo del Rosal (Dir.), Tomo I. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid. 1992, pp. 191 – 216.

COBO DEL ROSAL, M., / QUINTANAR DÍEZ, M., "Artículo 25. Garantía penal", en *Comentarios a la Constitución Española, (Tomo III*). Óscar Alzaga Villaamil (Director). Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996, pp. 125 - 142.

BIBLIOGRAFÍA

COBO DEL ROSAL, M., / VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte general.* Ed. Universitat de Valencia. 1984.

- "Artículo 1", en *Comentarios al Código penal.* M. Cobo del Rosal, (director), Tomo I y Tomo II, Edersa, Madrid. 1999, pp. 23 - 67.

- *Derecho penal. Parte general.* Ed. Tirant lo Blanch. 5ª edición. Valencia. 1999.

COLÁS TURÉGANO, A., *Derecho penal de menores*, Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2011.

COLOMER HERNÁNDEZ, I., "La sentencia en el proceso penal de menores", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 56, Mes 1, 2003, pp. 175 – 210.

CONDE ZABALA, M. J., "El nuevo sistema de justicia penal juvenil en España", en *Adolescentes y responsabilidad penal*, Emilio García Méndez (compilador). Ed. Ad – Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 135 – 156.

CONDE – PUMPIDO FERREIRO, C., "Principio de legalidad, principio de necesidad y principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal", en *Los Derechos fundamentales y libertades públicas (II)*, XIII Jornadas de Estudio, Ed. Ministerio de Justicia. Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Vol. 1, Madrid, 1993, pp. 391 – 414.

- "Introducción" a la obra *Ley de la responsabilidad penal de los menores*, C. Conde – Pumpido Ferreiro (Director). Ed. Trivium. Madrid, 2001, pp. 27 – 58.

- "Modificación de la medida impuesta", en *Ley de la responsabilidad penal de los menores*, C. Conde – Pumpido Ferreiro (Director), Ed. Trivium, Madrid, 2001, pp. 234 - 236.

CONDE – PUMPIDO TOURÓN, C., "Principio acusatorio" (Art. 8), en *Ley de la responsabilidad penal de los menores*, C. Conde – Pumpido Ferreiro (Director), Ed. Trivium, Madrid, 2001, pp. 185 – 194.

- "Sentencia (Arts. 38 a 40)", en *Ley de la responsabilidad penal de los menores*, C. Conde – Pumpido Ferreiro (Director), Ed. Trivium, Madrid, 2001, pp. 361 – 376.

CONDE ZABALA, M. J., "El nuevo sistema de justicia penal juvenil en España", en *Adolescentes y responsabilidad penal*, Emilio García Méndez (compilador). Ed. Ad – Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 135 – 156.

COORDINADORA DE BARRIOS PARA EL SEGUIMIENTO DE MENORES Y JÓVENES, que presentó demanda ante el Tribunal Supremo, en fecha de 29 de octubre de 2004, contra el reglamento de desarrollo de la LORPM. Disponible en web en junio de 2015: http://www.coordinadoradebarrios.org/documentos/DEMANDA%20%20MENORES%20%20TOTAL%20junio%2005.pdf

CORCOY BIDASOLO, M., "El quebrantamiento de condena: Una propuesta legislativa, la frustración de la pena", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 45, Fasc. /Mes 1, 1992, pp. 113-164.

- "Los fines de la pena en el sistema de penas y medidas de la reforma penal de 2003", en *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal.* J. C. Carbonell Mateu, B. del Rosal Blasco, L. Morillas

Cueva, E. Orts Berenguer, M. Quintanar Díez (coordinadores). Ed. Dykinson. Madrid, 2005, pp. 229 – 250.

CÓRDOBA RODA, J., *La Ley de responsabilidad penal de los menores: aspectos críticos*, en R*evista jurídica de Catalunya*, Núm. 2, 2002, pp. 363 - 379.

- "Consideraciones sobre el principio de legalidad", *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo.* A. Jorge Barreiro / C. Suárez González (Coord.). Ed. Civitas, Pamplona, 2005, pp. 237 – 252.

- "De las garantías penales y de la aplicación de la Ley penal. Arts. 1 a 5, 8 y 9.", en *Comentarios al Código penal – Parte General.* Juan Córdoba Roda y Mercedes García Arán (directores). Ed. Marcial Pons. Barcelona, 2011, pp. 13 – 39, y pp. 59 – 68.

CORDÓN MORENO, F., *Las garantías constitucionales del proceso penal.* Ed. Aranzadi, Pamplona. 1999.

CORTÉS MORALES, J., "A 100 años de la creación del primer tribunal de menores y 10 años de la Convención Internacional de los Derechos del Niño: el desafío pendiente", en *Revista de UNICEF.* Ejemplar dedicado a "Justicia y Derechos del Niño*"*, Núm. 1, Madrid, 1999, pp. 143 – 158.

COSTANZA SARDEGNA, P., "El interés superior del niño trabajador y la protección efectiva de sus derechos en Argentina", en *Cognitio Juris*, Vol. 2, Núm. 4, 2012, pp. 68 – 79.

COUSO, J., "Principio educativo y resocialización en el Derecho penal juvenil", en *Revista UNICEF.* Ejemplar dedicado a "Justicia y Derechos del Niño", Núm. 9, Madrid. 2007, pp. 219 – 232.

CRUZ y CRUZ, E., *Los menores infractores de la ley penal.* Tesis doctoral. Disponible en web de la base de datos de tesis doctorales, en octubre de 2013: http://eprints.ucm.es/11218/ Universidad Complutense de Madrid. Departamento de Derecho penal. Facultad de Derecho. 2010.

CRUZ MÁRQUEZ, B., "La mediación en la Ley orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: conciliación y reparación del daño.", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-14.pdf Núm. 07-14, 2005, pp. 1 – 34.

- *Educación y prevención general en el derecho penal de menores.* Ed. Marcial Pons. Barcelona. 2006.

- *La medida del internamiento y sus alternativas en el derecho penal juvenil.* Ed. Dykinson. Madrid. 2007.

- "Presupuestos de la responsabilidad penal del menor: una necesaria revisión desde la perspectiva adolescente", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Núm. 15. Ejemplar dedicado a: *El menor ante el derecho en el siglo XXI* / coord. por Julio Díaz-Maroto y Villarejo, Alma María Rodríguez Guitián, 2011, pp. 241 – 269.

CUELLO CONTRERAS, **J.,** *El nuevo Derecho penal de menores*, Civitas, Madrid. 2000.

CUENCA CAÑIZARES, E., Enmienda Núm. 38. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. VIII Legislatura. Seria II: Proyectos de Ley, 21 de septiembre de 2006. Núm. 68 (d) (Cong. Diputados, Serie A, Núm. 76, Núm. exp. 121/000076). Proyecto de Ley 621/68 Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

CUERDA RIEZU, **A. R.**, "Jurisprudencia constitucional recaída en materia penal", en *El principio de*

legalidad. Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. M. Balado Ruiz-Gallegos, J. A. García Regueiro, M. J. de la Fuente y de la Calle (Coordinadores). Ed. Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2000, pp. 283 – 291.

CUERVO GÓMEZ, K. *Menores en riesgo. Perfil y predicción de la reincidencia delictiva.* Tesis doctoral. Departamento de Psicología evolutiva, educativa, social y metodología. Universitat Jaume I. Disponible en web de la base de datos de tesis doctorales, en febrero de 2013: http://www.tdx.cat/handle/10803/48511 Castellón. 2011.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., "El abandono del sistema tutelar: evolución del Derecho español en materia de protección y de tratamiento de los menores delincuentes y en peligro", en *Anales Internacionales de criminología*. Ed. Sociedad Internacional de Criminología. Vol. 37 – 1 / 2, 1999, pp. 101 – 136.

- "La ejecución de las medidas: comentario a los Arts. 43 a 53 (disposiciones generales y reglas para la ejecución de las medidas) de la Ley orgánica 5/2000, de responsabilidad penal del menor", en *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. Núm. 14, Ed. Eguzkilore, San Sebastián, 2000, pp. 47 – 86

- "Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad en el Código penal español de 1995", en *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón,* Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, pp. 125 – 152.

- "La ejecución de las medidas en la L. O. 5/2000", en *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*. L. R. Ruiz Rodríguez / J. I. Navarro Guzmán (directores). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 181 – 198.

- "El nuevo Derecho penal español para delincuentes menores y jóvenes", en *Crónica*, Núm. 2, Vol. 14, Ed. Asociación Internacional de Magistrados de la Juventud y de la Familia, 2005, pp. 12 - 16.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., / BLANCO CORDERO, I., *Menores infractores y sistema penal.*, Ed. Instituto Vasco de Criminología. Donostia – San Sebastián. 2010.

DE LAMA AYMÁ, A., *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*. Tesis doctoral. Universitat Autònoma de Barcelona, Facultad de Derecho Privado. Disponible en web de la base de datos de tesis doctorales en septiembre de 2013: http://www.tdx.cat/handle/10803/5207 Bellaterra-Barcelona. 2004.

DE LA MATA BARRANCO, N., *El principio de proporcionalidad penal*, Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2007.

- "Individualización como última fase del proceso de determinación de la pena". Universidad Nacional del Sur. Departamento de Derecho. Seminarios de Derecho e Institucionales. Documento de Trabajo Núm. 7. Bahía Blanca. 7 de diciembre de 2007, pp. 1 – 44. Disponible en web en setiembre de 2013: http://www.uns.edu.ar/congresos/DerInstitu/docs/MataBarranco.pdf 2007.

- "Aspectos nucleares del concepto de proporcionalidad de la intervención penal", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Enero de 2007, pp. 165 – 204.

DE LA ROSA CORTINA, J. M., "La instrucción en el procedimiento de la LORPM: intervención del Juez de Menores", en *Cuadernos de derecho judicial*, Nº 3. Ejemplar dedicado a *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*. María del Rosario Ornosa Fernández, directora, 2001, pp. 223 – 318.

-"Los principios del Derecho procesal penal de menores", en *Tribunales de Justicia: Revista española de derecho procesal*. Núm. 11, 2003, pp. 21 – 45.

- La responsabilidad penal de los menores. Ed. Aranzadi. Pamplona. 2007.

DE LA ROSA CORTINA, J. M., / DE URBANO CASTRILLO, E., *La responsabilidad penal de los menores*. Ed. Aranzadi. Pamplona. 2007.

DE LEO, G., / GONZÁLEZ ZORRILLA, C., *La justicia de menores: la delincuencia juvenil y sus instituciones*. Editorial Teide. Barcelona. 1985.

DEMETRIO CRESPO, E., "Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin", en *Revista General de Derecho Penal*. Núm. 8, noviembre. Ed. Iustel. Madrid. 2007.

DEMETRIO CRESPO, E. / SANZ HERMIDA, A. M., *"*Sobre los requisitos para recurrir en amparo ante el TC las sentencias dictadas en el proceso penal del menor*",* en *Revista General de Derecho Penal*, Ed. Iustel. Núm. 12, noviembre, Madrid. 2009, pp. 1 – 5.

DE OTTO Y PARDO, I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Ed. Ariel, Barcelona. 1987.

DE OTTO Y PARDO, I., / MARTÍN RETORTILLO, L., "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución", capítulo de la obra *Derechos Fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 93 - 172.

DE PALMA DEL TESO, A., / FONT I LLOVET, T., *La protecció pública dels menores desemparats. La tutela de l'Administració*. Trabajo de investigación. Un ejemplar, en la biblioteca del Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada. Disponible en web en febrero de 2013:
http://www20.gencat.cat/docs/Justicia/Documents/ARXIUS/doc_46896471_1.pdf
Ed. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Barcelona. 2002.

DEPARTAMENT DE JUSTÍCIA – GENERALITAT DE CATALUNYA, "Causas de los incumplimientos y estrategias para fomentar la responsabilización de los menores y evitar el incumplimiento de las medidas judiciales.", documento – resumen de la IV Jornada de técnicos de Medio Abierto, celebrada en Barcelona, en el Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, el 6 de noviembre de 2009.

DE TORRES PEREA, J. M., "Estudio de la función atribuida al interés del menor como cláusula general por una relevante línea jurisprudencial", en *La Ley*, Núm. 8737, 8 de abril de 2016.

BIBLIOGRAFÍA

DE URBANO CASTRILLO, E., / DE LA ROSA CORTINA, J. M., *La responsabilidad penal de los menores*. Ed. Aranzadi. Pamplona. 2007.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *El principio de legalidad penal.* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2004.

DÍAZ MARTÍNEZ, M., *La instrucción en el proceso penal de menores*. Ed. Colex. Madrid. 2003.

DÍAZ REVORIO, F. J., *Los derechos fundamentales del ámbito educativo en el ordenamiento estatal y autonómico de Castilla – La Mancha*, Ediciones Parlamentarias de Castilla – La Mancha. Toledo. 2002.

DIEGO ESPUNY, F., *Los procesos educativos en la prevención y tratamiento de la disociabilidad: el diseño curricular en el sistema de protección de menores*. Vol. I (tesis doctoral). Un ejemplar, en la Facultad de Filosofía y Ciencias de la Educación, Departamento de Educación y Psicología, Universitat de Barcelona.

- "La libertad vigilada, ¿una medida educativa en la nueva legislación?", en *Revista Jurídica de Castilla – La Mancha*, Núm. 17, abril. Madrid. 1993, pp. 147 - 166.

DÍEZ – PICAZO GIMÉNEZ, L. M., "El principio de legalidad penal en la Constitución Española", en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Núm. 3. Ed. Aranzadi. Pamplona. 2001, pp. 1933 - 1949.

DOLZ LAGO, M. J., "El principio de oportunidad del fiscal, las soluciones extrajudiciales, el sistema de recursos de la ley, la regulación legal de la ejecución de medidas.", en *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal,* Núm. 6, 2000, Ejemplar dedicado a *Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, pp. 487 - 536.

- "¿Endurecimiento simbólico de la Ley Penal del Menor?", en Diario *La Ley,* Núm. 41, Septiembre de 2007, pp. 11 - 56.

DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E., "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*. I. E. Benítez Ortúzar, M. J. Cruz Blanca (directores); Ed. Dykinson, Madrid, 2010, pp. 79 – 122.

DOVAL PAÍS, A., *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*. Ed. Tirant lo Blanc. Universitat de Valencia. 1999.

DÜNKEL, F., "La víctima en el Dret penal, ¿en vies d'una justícia criminal orientada cap a l'autor a una d'orientada cap a la víctima?" Ponencia, en Jornadas *El dret penal i la víctima*: *Cap a una privatitzacio del sistema?* Un ejemplar, en la biblioteca del Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Departament de Justícia, Generalitat de Catalunya. Barcelona, 1987, pp. 1 – 16.

ESCORIHUELA GALLÉN, C. V., "El interés superior del menor en la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal del menor", en *La Ley penal*, 2015, Núm. 114.

FABIÁ MIR, P., "Las especialidades de procedimiento de menores con relación a los principios del proceso penal.", en *Cuadernos de Derecho Judicial*., "Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia". Ed. Consejo General del Poder Judicial. Núm. 5, 1992, pp. 499 – 510.

FALCÓN Y TELLA, M. J., *El argumento analógico en el Derecho.* Ed. Civitas, Madrid. 1991.

FARALDO CABANA, P., "Las prohibiciones de aproximación y comunicación aplicables a menores infractores", pp. 1 – 46. Disponible en web en febrero de 2016, http://www.ecrim.es/publications/2009/ProhibicionesAproximacion.pdf También, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Núm.1, 2009, pp. 39 - 101.

FEDUCHI BENLLIURE, L., / GIMENO VIDAL, R., / NOGUERAS MARTÍN, A., / SOLER ROQUE, R., "El programa de mediación y reparación a la víctima.", en *Cuadernos de psiquiatría y psicoterapia del niño y del adolescente*. Ed. Sociedad Española de Psiquiatría y Psicoterapia del Niño y del Adolescente. Núm. 28. Madrid. 1999, pp. 77 – 102.

FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J., "Reserva de Ley Orgánica en materia penal e intervención del legislador en materia de derechos fundamentales", en *Cuadernos de política criminal*, Núm. 52, 1994, pp. 91 – 111.

- "Sobre el contenido y evolución del Derecho penal español tras la LO 5/2000 y la LO 7/2000.", en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, Núm. 4. Madrid. 2001, pp. 9 – 70.

- *Retribución y prevención general: un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal.* Editorial B de F. Montevideo – Buenos Aires. 2007.

- "Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena.", en *InDRET Revista para el análisis del Derecho*, www.indret.com . Enero. Barcelona. 2007.

- "Artículo 40. Suspensión de la ejecución del fallo.", pp. 423 – 430; "Artículo 50. Quebrantamiento de la ejecución.", pp. 469 – 477; y "Artículo 51. Sustitución de las medidas.", pp. 478 – 479, en *Comentarios a la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. J. Díaz – Maroto y Villarejo (director). Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2008.

- *La legitimidad de la pena estatal. Un breve recorrido por las teorías de la pena.* Ed. Iustel. Madrid. 2014.

FELIP I SABORIT, D., *La delimitación del conocimiento de la antijuricidad. Una aportación al estudio del error de prohibición*. Tesis doctoral. Departamento de Derecho de la Universitat Pompeu Fabra. Disponible en web de la base de datos de tesis doctorales, en octubre de 2013: http://www.tdx.cat/handle/10803/7315 Barcelona. 1997.

FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., "Control de la peligrosidad criminal y libertad vigilada postpenitenciaria". Disponible en web del portal de Derecho Penitenciario del Ilustre Colegio de Abogados de Pamplona en agosto de 2014, pp. 1 – 51 http://www.derechopenitenciario.com/comun/fichero.asp?id=2566

FERNÁNDEZ – MIRANDA CAMPOAMOR, A., / SÁNCHEZ NAVARRO, **A. J.,** "Comentario al artículo 27 CE", en *Comentarios a la Constitución Española, (Tomo III)*, Óscar Alzaga Villaamil (Director). Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996, pp. 168 - 169.

FERNÁNDEZ MOLINA, E., *Entre la educación y el castigo: un análisis de la justicia de menores en España.* Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2008.

- "El internamiento de menores. Una mirada hacia la realidad de su aplicación en España.", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-18.pdf Núm. 14 - 18. 2012, pp. 1 – 20.

FERNÁNDEZ ROS, J. F., "La venta al por menor del adicto a las drogas para autofinanciarse: el nuevo párrafo segundo del artículo 368 del Código Penal", en *Noticias Jurídicas*. Abril. 2011.

FERRAJOLI, L., "Derechos fundamentales", en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. *Luigi Ferrajoli.* Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Ed. Trotta, Madrid. 2001, pp. 19 – 56.

FERRERES COMELLA, V., *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la Jurisprudencia.* Ed. Civitas, Madrid. 2002.

- *Justicia constitucional y democracia*. Ed. CEPC. 2ª edición. Madrid. 2007.

- "El control de las leyes penales por parte de los jueces ordinarios", en *Constitución y sistema penal*, Mir Puig, S., Corcoy Bidasolo, M. (directores); Hortal Ibarra, J. C. (coordinador). Ed. Marcial Pons. Madrid. Barcelona. Buenos Aires. Sao Paulo. 2012, pp. 109 - 122.

FERRERES COMELLA, V. / MIERES MIERES, L. J. "Algunas consideraciones acerca del principio de legalidad penal (a propósito de las Sentencias 111/1993 y 150/1997 del Tribunal Constitucional)", en *Revista Española de Derecho Constitucional*. Núm. 55. 1999, pp. 287 - 321.

FIERRO GÓMEZ, **A**., "La Ley del menor: crónica de una reforma anunciada", en Diario *La Ley*, Núm. 6492, mayo. Madrid. 2006.

FLÁVIO GÓMES, L., "El principio de legalidad penal y sus garantías mínimas: una contribución al estudio de la garantía de la "Lex populi", en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Luis Arroyo Zapatero y Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (Directores), Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001, pp. 1026 – 1055.

FRANCÉS LECUMBERRI, P., "El principio de oportunidad y la justicia restaurativa: Mediación, conciliación y reparación en la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor.", en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho,* Núm. 4, octubre, 2012, pp. 1 – 42.

FREEDMAN, D. "Funciones normativas del interés superior del niño", en *Jura Gentium*, *Revista de filosofía del derecho internacional y de la política global*. Disponible en web el 6 de septiembre de 2010 http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/freedman.htm 2005.

- "Los riesgos del interés superior del niño". Disponible en web el 10 de abril de 2015 http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/los-riesgos-del-interes-superior-del-nino.pdf 2013, pp. 1 - 29.

FULLER, L. L. *La moral del derecho*. Ed. F. Trillas. México, D. F. 1967. *The morality of law*. Ed. New Haven: Yale University Press. 1969.

GARCÍA ALBERO, **R**. **M**., *"Non bis in idem" material y concurso de leyes penales*. Ed. CEDECS. Barcelona. 1995.

GARCÍA AMADO, J. A., "¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?", en *ISEGORÍA*, Núm. 35, julio-diciembre, 2006, pp. 151 – 172.

GARCÍA ARÁN, M. *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*. Ediciones de la Universitat de Barcelona, Barcelona. 1982.

- "Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal", en *Estudios penales y criminológicos*. Núm. 16. 1992 / 1993, pp. 63 – 104.

- *Fundamentos y Aplicación de Penas y Medidas de Seguridad en el Código Penal de 1995*. Ed. Aranzadi. Pamplona. 1997.

- "¿Hasta dónde la protección penal de lo público?", en *Estudios de derecho judicial*, Núm. 6, Ejemplar dedicado a "Crisis del sistema político, criminalización de la vida pública e independencia judicial" / Perfecto Andrés Ibáñez (Dir.), 1997, pp. 253 – 272.

- "Constitución y Derecho penal, veinte años después", en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Ed. Universidad de Castilla – La Mancha, Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, pp. 285 - 297.

- "El llamado principio de culpabilidad: ¿no hay pena sin culpabilidad?", en *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz* (Coord. Fermín Morales Prats, Gonzalo Quintero Olivares). Ed. Aranzadi. Pamplona, 2001, pp. 401 – 416.

- "La ejecución penitenciaria en una sociedad cambiante: hacia un nuevo modelo.", en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario,* Núm. 30, 2006, pp. 5 – 14.

- "El discurso mediático sobre la delincuencia y su incidencia en las reformas penales.", en *Revista Catalana de Seguretat Pública.* Abril. Núm. 39. Barcelona. 2008, pp. 39 – 65.

- "De las garantías penales y de la aplicación de la Ley penal. Art. 7.", en *Comentarios al Código penal – Parte General.* Juan Córdoba Roda y Mercedes García Arán (directores). Ed. Marcial Pons. Barcelona. 2011, pp. 50 – 58.

GARCÍA ARÁN, M. / LÓPEZ GARRIDO, D., *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*. Ed. Eurojuris. Madrid. 1996.

GARCÍA ARÁN, M. / DE ALFONSO LASO, D., "La sustitución", en *Studia iuridica,* Núm. 17, Ejemplar dedicado a "Las penas en el código penal", 1999, pp. 133 - 144.

GARCÍA ARÁN, M. / DE SOLA DUEÑAS, A. / HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Alternativas a la prisión: penas sustitutivas y sometimiento a prueba,* Ed. PPU, Barcelona, 1986.

GARCÍA COSTA, F. M., *Introducción a los derechos fundamentales*. Disponible en web en abril de 2013: http://ocw.um.es/cc.-juridicas/introduccion-a-los-derechos-fundamentales/material-de-clase-1/tema3.pdf 2013, pp. 1 – 8.

GARCÍA DÍEZ, M., "La ejecución de medidas en medio abierto", Ed. Fiscalía General del Estado. Disponible en web www.fiscal.es "Documentos", "Ponencias formación continuada", "Seminario especialización en menores: protección y reforma"; 5-VI-2013., Madrid. 2013., pp. 1 – 26.

GARCÍA HERNÁNDEZ, G., "Equipo técnico y medidas judiciales", Ed. FGE. Disponible en web www.fiscal.es Apartado "Documentos", "Ponencias formación continuada", "Seminario especialización en menores: protección y reforma"; 5 junio 2013. Madrid. 2013, pp. 1 – 64.

GARCÍA INGELMO, F. M., "Actuación del fiscal durante el servicio de guardia en relación a menores detenidos y medidas cautelares." Ed. Fiscalía General del Estado. Disponible en web www.fiscal.es Apartado "Documentos", "Ponencias formación continuada", Seminario especialización en menores: protección y reforma; 5 junio 2013; Madrid. 2013, pp. 1 – 63.

GARCÍA LÓPEZ, M. S., "Ejecución penal de menores y jóvenes.", en *Estudios Jurídicos*. Secretarios Judiciales. Número dedicado a la "Justicia de Menores". Ed. Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia. Madrid. 2004, pp. 5231 – 5256.

GARCÍA MACHO, R., *Reserva de ley y potestad reglamentaria*. Ed. Ariel, Barcelona. 1988.

- "Los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda como derechos funcionales de libertad.", en *Revista catalana de Dret Públic*, Núm. 38. Barcelona. 2009, pp. 67 – 96.

GARCÍA MANRIQUE, R., *El valor de la seguridad jurídica*. Ed. Iustel, Madrid. 2012.

GARCÍA - PABLOS, A., "Presupuestos criminológicos y político – criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores.", ejemplar dedicado a "Menores privados de libertad.", en *Cuadernos de Derecho Judicial*. Nº 15. José Manuel Martínez – Pereda Rodríguez (director). Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1996, pp. 249 – 288.

GARCÍA PÉREZ, O., "La evolución del sistema de justicia juvenil. La Ley de responsabilidad penal del menor de 2000 a la luz de las directrices internacionales", Núm. 32, en *La Ley. Actualidad penal*. 2000.

- "La competencia de los órganos de la administración de justicia de menores, las bases de la responsabilidad penal de éstos y el Derecho supletorio (Artículos 2, 3, 4, 5 y 6 del Título primero y Artículos 10, 11 y 12 del Título segundo).", en *Manuales de Formación Continuada*. Ejemplar dedicado a "Justicia de menores: una justicia mayor. Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores." Núm. 9. (Coordinadora: Esther Giménez – Salinas i Colomer). Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pp. 45 - 80.

- "La racionalidad de la proporcionalidad en sistemas orientados a la prevención especial", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Núm. 9. Diciembre. http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-09.pdf 2007, pp. 1 – 25.

- "La práctica de los juzgados de menores en la aplicación de las sanciones, su evolución y eficacia", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Núm. 12, diciembre. http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-12.pdf 2010, pp. 1 – 36.

GARCÍA PÉREZ, **M. F.,** "Experiencias prácticas en la ejecución judicial de las medidas.", en *Cuadernos de Derecho Judicial*. Núm. 25. Ejemplar dedicado a "La Ley de responsabilidad penal del menor: situación actual", Félix Pantoja García (Director). Ed. Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2005, pp. 129 – 174.

- "El delincuente menor de edad enfermo mental en la ley de responsabilidad penal del menor", en *Cuadernos de derecho judicial*. Núm. 1. Ejemplar dedicado a "Enfermo mental y proceso penal. Especial referencia a las medidas cautelares.", Fernando Martínez Pérez (Director). Ed. Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2006, pp. 409 – 426.

GARCÍA PLANAS, G., "Consecuencias del principio Non Bis in Idem en Derecho Penal", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLII, fascículo I, enero – abril de 1989. Madrid, Ed. Ministerio de Justicia, pp. 109 – 123.

GARCÍA RIVAS, **N**., "Aspectos críticos de la legislación penal del menor.", en *Revista penal*, Núm. 16. 2005, pp. 88 - 105.

GARCÍA SALGADO, M. J., "Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que plantean", en *Anuario de filosofía del derecho*, Núm. 20, 2003, pp. 105 – 130.

GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios de derecho penal,* Ed. Tecnos. Madrid. 3ª edición. 1990.

GIMÉNEZ – SALINAS I COLOMER, **E.**, *Las medidas aplicables al menor en el Derecho Penal Español*. Tesis Doctoral. Barcelona, un ejemplar, en la biblioteca del Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada del Departament de Justícia – Generalitat de Catalunya, Barcelona. 1978.

- *Delincuencia juvenil y control social. Estudio descriptivo de la actuación del Tribunal Tutelar de Menores de Barcelona*. Ed. Círculo Editor Universo, Esplugues de Ll. (Barcelona). 1981.

GIMENO SENDRA, J. V., *Derecho Procesal. Tomo II. Proceso Penal.* 3ª edición. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 1990.

-"Los principios de legalidad y non bis in ídem en la doctrina del tribunal constitucional.", en *La Ley*. Núm. 6735. 14 de junio de 2007, pp. 1855 - 1861.

- "El principio de oportunidad y el M. F. (1)", en Diario *La Ley*, Núm. 8746. 21 de Abril de 2016.

GIMENO I VIDAL, R., "La mediación en el ámbito penal juvenil", en *Educación social: revista de intervención socioeducativa*. Barcelona. Núm. 8, 1998, pp. 29 – 35.

GIMENO I VIDAL, R., / NOGUERAS MARTÍN, A., "De la mediación y la reparación a la víctima a la Prevención", en *Revista de Educación Social*, Núm. 15. Julio. Disponible en web en marzo de 2015, http://www.eduso.net/res/ 2012, pp. 1 – 15.

GÓMEZ ARROYO, J. L., "Apuntes sobre la pena de trabajos en beneficio de la comunidad", en *Noticias Jurídicas,* mayo, 2003, pp. 4 – 14.

GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., "Seguridad jurídica y legalidad penal", en *Cuadernos de Derecho Judicial*. Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1995, pp. 155 – 166.

GÓMEZ COLOMER, J. L., "Alternativas a la persecución penal y principio de legalidad", en *Estudios Jurídicos,* 2004, pp. 3416 a 3442.

GÓMEZ MARTÍN, V., *El Derecho penal de autor*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2007.

GÓMEZ RIVERO, M. C., "La nueva responsabilidad penal del menor: las Leyes orgánicas 5/2000 y 7/2000", en *Revista Penal*, Núm. 9, enero, 2002, pp. 3 – 26.

GONZÁLEZ AGUDELO, G., "Incidencia de las normas internacionales y comunitarias en la protección penal de los derechos laborales del menor de edad. Especial referencia a la medida de "Prestaciones en beneficio de la comunidad", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 14 de marzo, Núm. 14. Disponible en web en mayo de 2013, en http://criminet.ugr.es/recp 2012, pp. 1 – 24.

GONZÁLEZ BEILFUSS, M., *El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Ed. Thomson - Aranzadi, Cizur Menor. Navarra. 2003.

GONZÁLEZ CAMPO, E., "El principio de flexibilidad en la ejecución penal", en *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal*, Núm. 4, 2003, pp. 403 - 432.

GONZÁLEZ – CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Ed. Cólex. Madrid. 1990.

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., / CUERDA ARNAU, M. L., "Derecho penal de menores: criterios generales de aplicación de las medidas", en *Justicia penal de menores y jóvenes (análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*. J. L. González Cussac, J. M. Tamarit Sumalla y J. L. Gómez Colomer (Coordinadores). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 79 – 130.

GONZÁLEZ GUITIÁN, L., "Dos problemas del artículo 334 del Código penal: (en torno al delito de quebrantamiento de condena)", en *Estudios penales y criminológicos*, Ed. Universidad de Santiago de Compostela. Núm. 2, 1977 – 1978, pp. 275 – 298.

GONZÁLEZ PINEDO, L. J., / REDONDO HERMIDA, M. G., "La Llei Orgànica 5/2000 reguladora de la responsabilitat penal del menor.", en *Justiforum, Papers d'Estudis i Formació*. Ed. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Departament de Justícia, Generalitat de Catalunya. Núm. 11. Diciembre, 2000, pp. 31 - 40.

-*Informe jurídico*- "Les funcions de l'equip tècnic i l'execució de les mesures en la Llei orgànica 5/2000, de 12 de gener, reguladora de la responsabilitat penal dels menors". Informe no publicado, un ejemplar, en el Departament de Justícia – Generalitat de Catalunya. Barcelona. 2000.

GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, M. R., "Las medidas aplicables a la delincuencia juvenil tras la Ley orgánica de responsabilidad penal del menor 5/2000, de 12 de enero", en *Boletín Aranzadi Penal*. Núm. 9, septiembre. Ed. Aranzadi. Pamplona. 2003, pp. 1 – 31.

GONZÁLEZ ZORRILLA, C., / DE LEO, G., *La justicia de menores: la delincuencia juvenil y sus instituciones*. Ed. Teide. Barcelona, 1985.

GORDILLO SANTANA, L. F., *La Justicia restaurativa y la mediación penal*, Ed. Iustel. Madrid. 2007.

GORRIZ ROYO, E., "Sentido y alcance del 'Ne bis in ídem' respecto a la preferencia de la jurisdicción penal, en la jurisprudencia constitucional (De la STC 2/1981, de 30 de enero, a la STC 2/2003, de 16 de enero)", en *Estudios penales y criminológicos*, Núm. 25, 2002 – 2003, pp. 187 – 271.

GRACIA MARTÍN, L., / BOLDOVA PASAMAR, M. A., / ALASTUEY DOBON, M. C. *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito: el sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 1998.

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Un proyecto alternativo a la regulación de la responsabilidad penal de los menores*. Ed. Grupo de Estudios de Política Criminal, Valencia. 2000.

- Manifiesto sobre previsiones penales utilitarias: indulto, prescripción, atenuante de dilaciones indebidas y conformidad procesal. 16 y 17 de noviembre de 2012. Madrid.

GUASCH I GARCIA, M., *La actuación educativa en el ámbito judicial. Un modelo socio – cognitivo de intervención en libertad.* (Tesis doctoral), un ejemplar en la Universidad de Barcelona, Facultad de Filosofía y Ciencias de la Educación. Departamento de Educación y Psicología, de Tarragona. 1991.

- La acción educativa en el ámbito de la inadaptación social. Un modelo de intervención en libertad. Ed. Estel. Barcelona. 1996.

GUÉREZ TRICARICO, P., "Algunas consideraciones sobre el principio de proporcionalidad de las normas penales y sobre la evolución de su aplicación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.", en *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, Núm. 10, 2004, pp. 53 - 107.

GUINARTE CABADA, G., "Algunas consideraciones sobre la ejecución de las medidas previstas en la Ley penal del menor (L. O. 5/2000).", en *Estudios penales y criminológicos,* Ed. Universidad de Santiago de Compostela. Núm. 24, 2002 – 2003, pp. 407 - 442.

HÄBERLE, P., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*., traducción de Joaquín Brague Camazano. Ed. Dykinson, Madrid. 2003.

HALL GARCÍA, A. P., *Menores infractores ante el Derecho penal. Especial referencia a la minoría de edad (Art. 19 CP) y modelos de responsabilidad del menor*. Tesis doctoral. Universidad de Salamanca. Departamento de Derecho Público General. Área de Derecho Penal. Salamanca. 2002, (publicada bajo el título de *La responsabilidad penal del menor*, *con especial referencia a sus presupuestos y modelos de justicia de menores*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Colombia).

HARRIS, PH. W., / WELSH, W., / BUTLER, **F**., *Un siglo de justicia juvenil*, en *Una selección de Criminal Justice 2000*, obra titulada *Justicia penal siglo XXI*, National Institute of Justice (U.S. Department of Justice). Edición de Rosemary Barberet y Jesús Barquín. Traducción de Jesús Barquín Sanz y Miguel Ángel Cano Paños. Disponible en web en el mes de febrero de 2011, http://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/213798_spanish/213798_spanish.pdf 2000, pp. 55 – 130.

HART, H. L. A., *El concepto de Derecho,* (Trad. G. R. Carrió). Ed. Abeledo – Perrot, Buenos Aires. 1963.

HASSEMER, **W**., *Fundamentos del Derecho penal* (Trad. F. Muñoz Conde / L. Arroyo Zapatero). Ed. Bosch. Barcelona. 1984.

HAVA GARCÍA, E. / RÍOS CORBACHO, J. M., "Las medidas aplicables a menores en la Ley 5/2000", en *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial.* – L. R. Ruiz Rodríguez / J. I. Navarro Guzmán (directores). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 143 – 179.

HIGUERA GUIMERÁ, J. F., *Derecho penal juvenil*. Ed. Bosch, Barcelona. 2003.

- "La transformación de la originaria Ley orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los menores y sus consecuencias jurídicas". En *La Ley Penal*. Núm. 18, 2005, pp. 11 – 28.

- "Las repetidas reformas parciales de la Ley penal del menor". En *La Ley Penal*. Núm. 27, 2006, pp. 64 – 90.

HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho: (el objeto protegido por la norma penal)*. Ed. PPU, Barcelona. 1991.

HORMAZÁBAL MALARÉE, H., / BUSTOS RAMÍREZ, J. J., "Principio de legalidad y 'ne bis in idem", en *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*. J. C. Carbonell Mateu, B. del Rosal Blasco, L. Morillas Cueva, E. Orts Berenguer, M. Quintanar Díez (coordinadores). Ed. Dykinson. Madrid, 2005, pp. 163 – 170.

HUERTA TOCILDO, S., "El derecho fundamental a la legalidad penal", en *Revista Española de Derecho Constitucional,* Año 13, Núm. 39, 1993, pp. 81 – 113.

- "Principio de legalidad y normas sancionadoras", en *El principio de legalidad. Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Manuel Balado Ruiz-Gallegos, José Antonio García Regueiro, María José de la Fuente y de la Calle (Coordinadores). Ed. Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2000, pp. 11 - 76.

- "Principios básicos del Derecho penal y Art. 325 del Código penal", en *Revista Penal,* Núm. 8. Ed. *La Ley*, 2001, pp. 39 – 53.

JAÉN VALLEJO, **M**., "Principio constitucional '*ne bis in idem*': a propósito de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 2/2003", en *Actualidad jurídica Aranzadi*. Núm. 584, 2003, pp. 1 – 5.

JESCHECK, **H. H**., *Tratado de Derecho Penal. Parte General.* 5ª edición. (Traducción de Miguel Olmedo Cardenete). Ed. Comares. Granada. 2002.

JIMÉNEZ CAMPO, J., "Interpretación conforme de la Constitución", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Alfredo Montoya Melgar (director). Ed. Civitas. 1ª edición. Madrid, 1995, pp. 3681 - 3685.

JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal*, Ed. Losada, Tomo II, 5ª edición, Buenos Aires, Argentina, 1992.

JIMÉNEZ SEGADO, **C.**, "¿Puede prescindirse de la tutela penal frente a la delincuencia juvenil? (Sobre la reforma de la Ley penal del menor)", en Diario *La Ley*, Núm. 6529, 19 de julio. Madrid. 2006.

JIMÉNEZ – VILLAREJO, C., "La intervenció educativa en els joves delinqüents de 16 – 17 anys". Ejemplar dedicado a "La intervenció educativa en l'àmbit judicial de 16 a 18 anys", Ed. CGPJ y Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Departament de Justícia – Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1994, pp. 131 - 140.

KINDHÄUSER, U., "Hechos brutos y elementos normativos del tipo", en *Indret*, Núm. 2, abril de 2014, pp. 1 – 24.

KLEINE, **M. M**., "*Tribunaux pour Enfants, 1er. Congrès International*". Actas del Primer Congreso Internacional de Tribunales de Menores. Edición a cargo de M. M. Kleine, *imprimmerie typographfique*, A. Davy, París, 1912.

KUHLEN, L., *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*, Ed. Marcial Pons. Madrid. Barcelona. Buenos Aires. 2012.

- "Sobre la relación entre el mandato de certeza y la prohibición de la analogía", en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?* Juan Pablo Montiel Fernández (editor). Barcelona. Madrid. Buenos Aires. 2012, pp. 151 – 172.

LAMARCA PÉREZ, C., "Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución española", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 7. Núm. 20, 1987, pp. 99 – 138.

- "Formación histórica y significado político de la legalidad penal", en *Revista Jurídica de Castilla – La Mancha*. Núm. 2, 1987, pp. 35 – 60.

- "Principio de legalidad penal", en *Eunomía*, Núm. 1, setiembre 2011 – febrero 2012, pp. 156 – 160. Disponible en web en noviembre de 2011: http://eunomia.tirant.com/?p=249 2011 - 2012.

LANDA GOROSTIZA, J. M., "El modelo de intervención penal frente a la delincuencia juvenil: Una aproximación crítica a la LO 5/2000". Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de Burgos el día 3 de marzo de 2004, en el marco de la Jornada sobre "El enjuiciamiento penal de menores". 2004, pp. 1 – 18.

LANDROVE DÍAZ, G., *Introducción al Derecho penal español*, 4ª ed. Ed. Tecnos, Madrid. 1996.

- *Derecho Penal de menores*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2001.

- "El nuevo Derecho penal juvenil", en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir*. José Luís Díez Ripollés, Carlos María Romeo Casabona, Luis Gracia Martín, Juan Felipe Higuera Guimerá (editores). Ed. Tecnos. Madrid. 2002, pp. 1575 – 1586.

- *Introducción al Derecho penal de menores*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003.

- "Réquiem por la Ley penal del menor", en *La Ley*. Núm. 3, 2006.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, **J. A**., "La proporcionalidad de la norma penal", en *Cuadernos de Derecho Público*, Núm. 5, 1998, pp. 159 – 189.

- *Sólo penas legales, precisas y previas: el derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia constitucional*. Ed. Cizur Menor – Aranzadi. Navarra. 2009.

LEROY, C., "El juez de menores en la encrucijada entre lo judicial y lo educativo"., en *Jornades sobre educació i control: el tractament institucional en el marc de la justícia de menors*. Ed. Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Caixa de Pensions. Barcelona., 1989, pp. 83 – 100.

LINDE PANIAGUA, E., "Ley y reglamento en la Constitución", en *Lecturas sobre la Constitución española*, Tomás Ramón Fernández (coordinador). Vol. I, 1978, pp. 251 – 282.

LÓPEZ AGUILAR, J. F., "La reserva constitucional de ley en materia penal. (Ley, reserva de ley y legalidad penal, desde la perspectiva del constitucionalista español)", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 11, Núm. 33, Septiembre – Diciembre. 1991, pp. 105 – 143.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *El principio "non bis in idem"*. Ed. Dykinson. Madrid. 2004. En esta tesis, se ha utilizado la versión electrónica, datada en enero de 2003; localizable en http://libros-revistas-derecho.vlex.es/source/pincipio-non-bis-idem-597

- *Tratado de Derecho procesal penal*, Ed. Aranzadi. 4ª edición. Pamplona. 2010.

LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *La Ley penal del menor y el reglamento para su aplicación*. Ed. Comares, Granada. 2007.

LÓPEZ SALAS, **R**., "Los conflictos de derechos. Una propuesta alternativa.", *en Revista Letras Jurídicas*. Julio. Núm. 14. Ed. Universidad Veracruzana., Veracruz, México. 2006, pp. 1 - 6.

LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2016.

LLOBET ANGLÍ, M., *Terrorismo y guerra contra el terror: límites de su punición en un Estado democrático*. Universitat Pompeu Fabra. Tesis doctoral. Disponible en web de la base de datos de tesis doctorales en marzo de 2013: http://www.tdx.cat/handle/10803/7307 Barcelona. 2008.

MACHADO RUIZ, M. D. "Minoría de edad e imputabilidad penal.", en *Actualidad penal*. Núm. 1, Madrid, 2003, pp. 93 – 137.

MADRIGAL MARTÍNEZ – PEREDA, C., "La protección de derechos fundamentales concretos de personas menores de edad.", Ed. Fiscalía General del Estado. Disponible en web www.fiscal.es Apartado "Documentos", "Ponencias formación continuada", "Seminario especialización en menores: protección y reforma"; 5 junio 2013, Madrid, pp. 1 – 104.

MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho penal*. Ed. Bosch. Barcelona. 2007.

MAPELLI CAFFARENA, B., "Reglas especiales para la ejecución de las medidas privativas de libertad", en *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*. – L. R. Ruiz Rodríguez / J. I. Navarro Guzmán (directores). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2004, pp. 201 – 223.

MAPELLI CAFFARENA, B., / GONZÁLEZ CANO, M. I., / AGUADO CORREA. T., *Comentarios a la Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. Ed. Junta de Andalucía, Sevilla. 2002.

MÁRQUEZ BONVEHÍ, J. J., "Soluciones judiciales y extrajudiciales. El principio de oportunidad en la justicia juvenil", Ponencia presentada en el Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, en Madrid, en el "Seminario de especialización en menores: protección y reforma", el 5 de junio de 2013. Disponible en web http://www.fiscal.es "Documentos", "Ponencias. Formación continuada", pp. 1 – 26.

MARTÍN CRUZ, A., *Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad penal por razón de la edad*. Ed. Comares, Granada. 2004.

MARTÍN LÓPEZ, M. T., "Delincuencia juvenil y normativa internacional", en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: "in memorian"*. Coordinado por Luis Alberto Arroyo Zapatero e Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Vol. 1. Ed. Universidad de Salamanca. Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca. 2001, pp. 329 - 352.

MARTÍN OSTOS, J., "Los futuros juzgados de menores.", en *Anuario de la Facultad de Derecho*. Ed. Universidad de Extremadura. Núm. 4, 1986, pp. 227 – 256.

- "Aspectos procesales de la Ley orgánica reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores.", en *Cuadernos de Derecho Judicial*. Ejemplar dedicado a "Menores privados de libertad". Núm. 15. José Manuel Martínez – Pereda Rodríguez (director). Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1996, pp. 151 – 190.

MARTÍN SÁNCHEZ, **A**., "Las medidas en la Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero de responsabilidad penal de los menores", en *Cuadernos de Derecho Judicial*. Ejemplar dedicado a "La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales." Núm. 3. M. Rosario Ornosa Fernández (directora). Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 437 - 512.

MARTÍNEZ ÁLVAREZ, O., *Justicia y protección de menores en la España del siglo XIX. La Cárcel de Jóvenes de Madrid y la Casa de Corrección de Barcelona*. Tesis doctoral. Universitat de Barcelona. Departamento de Teoría e Historia de la Educación. Disponible en web de la base de datos de tesis doctorales en el mes de julio de 2013: http://www.tdx.cat/handle/10803/109211 Barcelona. 2012.

MARTÍNEZ ARRIETA, **A**., "Facultades judiciales en la individualización de la pena y en la reinserción del condenado.", ponencia presenta en las XXXII Jornadas de la Abogacía General del Estado, sobre "El nuevo Código penal", celebradas en Madrid, 17 y 18 de noviembre de 2010, documento electrónico localizado en la página web del Ministerio de Justicia.

MARTÍNEZ – PEREDA RODRÍGUEZ, J. M., "Menores privados de libertad en España.", en *Cuadernos de Derecho Judicial*. Ejemplar dedicado a **"**Menores privados de libertad*"*. Núm. 15. José Manuel Martínez – Pereda Rodríguez (director). Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1996, pp. 11 – 52.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J. A., *La doctrina jurídica del principio non bis in idem y las relaciones de sujeciones especiales*, Ed. Bosch, Barcelona. 2012.

MARTÍNEZ RUANO, P., "La configuración constitucional del Derecho a la Educación", en *European Journal of Education and Psychology*. Vol. 4, Núm. 2, 2011, pp. 171 – 181. También, Disponible en web en octubre de 2013: http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3780162

MARTÍNEZ SERRANO, A., "Principios sustantivos y procesales básicos de la responsabilidad penal de los menores establecidos en la LO 5/2000.", en *Cuadernos de Derecho Judicial*. Ejemplar dedicado a "La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*"*. (Coordinadora: M. R. Ornosa Fernández). Núm. 3, 2001, pp. 17 a 39.

MATA Y MARTÍN, **R. M**., "Desarrollo de la garantía de sometimiento a la ley de la ejecución penal en Argentina y España", en *Revista de Derecho penal*. 2009, pp. 349 – 368.

- "El principio de legalidad en el ámbito penitenciario". Disponible en web en septiembre de 2013, http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=409671&d=1 También, en *Revista General de Derecho Penal*, Núm. 14, 2010, pp. 1 – 45.

MATÚS ACUÑA, J. P., "Los criterios de distinción entre el concurso de leyes y las restantes figuras concursales en el Código Penal español de 1995", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 58, Fasc./Mes 2, 2005, pp. 463 - 494.

MAURACH, R., *Tratado de Derecho penal*, T. II, traducción y notas de Derecho español por J. Córdoba Roda. Ed. Ariel. Barcelona. 1962.

MELERO ALONSO, E., "La flexibilización de la reserva de Ley", en *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid,* Núm. 10, 2004, pp. 109 – 131.

MENDONCA BONNET, D., *Los derechos en juego: conflicto y balance de derechos*. Ed. Tecnos. Madrid. 2003.

MESTRE DELGADO, E., "Normas penales en blanco", en *La Ley Penal*, -Sección Editorial-. Abril. Núm. 70. 2010, pp. 1 – 2.

MESTRE DELGADO, J. F., "Potestad reglamentaria y principio de legalidad: las limitaciones constitucionales en materia sancionadora", en *Revista Española de Derecho Administrativo*. Núm. 57. Ed. Civitas, Madrid, 1988, pp. 79 – 88.

MEZGER, E., *Tratado de Derecho penal, I y II* (Introducción de Francisco Muñoz Conde. Traducción y notas de J. A. Rodríguez Muñoz). Reedición de la traducción de la segunda edición alemana y notas de derecho español por José Arturo Rodríguez Muñoz, editada en Madrid por la Revista de Derecho Privado en 1957. Ed. Jose Luis Depalma - Hammurabi. 1ª edición. Buenos Aires. 2010.

MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal*. Ed. Bosch. Barcelona. 1976.

- *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Ed. Ariel. Barcelona. 1994.

- *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Reppertor. 6ª edición. Barcelona. 2002.

- "Principio de proporcionalidad y fines del Derecho penal", en *Estudios Jurídicos en memoria de José María Lidón*. Coordinador Juan I. Echano Basaldúa, Ed. Universidad de Deusto. Bilbao, 2002, pp. 349 – 366.

- "Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal", en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Núm. 5, 2003.

- *Bases constitucionales del Derecho penal*. Ed. Iustel. Madrid. 2011.

MIRANDA ESTRAMPES, M., "Aspectos procesales de la nueva Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor (I)", en *Revista xurídica galega*, Núm. 30., 2001, pp. 31 – 70.

- "Aspectos procesales de la nueva Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor (II)", *Revista xurídica galega*, Núm. 31., 2001, pp. 13 – 48.

MOLINA BLÁZQUEZ, C., "El quebrantamiento de las medidas impuestas en virtud de la Ley de responsabilidad penal de los menores: ¿un problema de 'bis in idem'?", publicado en la *web* del Observatorio Internacional de Justicia Juvenil y extraído de dicha *web* en el mes de agosto de 2009, http://www.oijj.org/documental 2004.

MOLINA BLÁZQUEZ, C., / CARRETERO GONZALEZ, C., "Análisis de las medidas y su ejecución", en *Cuestiones relevantes en la aplicación de la Ley orgánica 5/2000, de responsabilidad penal del menor*. Sara Díez Riaza, Coord. Ed. Universidad Pontificia de Comillas. Madrid, 2004, pp. 105 – 129.

MOLINA FERNÁNDEZ, F., "Presupuestos de la responsabilidad jurídica (análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)", en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*. Enero, Tomo LIII. 2000, pp. 169 – 283.

MOLINA PÉREZ, T., "El elemento objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas", en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 2005*,* pp. 93 – 116.

MÓNER MUÑOZ, E., *La Ley penal*, Núm. 25, Marzo, apartado "Consultas", 2006, p. 110.

MONTANER FERNÁNDEZ, R., "La autorregulación normativa en el Derecho penal ambiental: problemas desde la perspectiva del principio de legalidad", en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?* Juan Pablo Montiel Fernández (editor). Barcelona. Madrid. Buenos Aires. 2012, pp. 289 – 314.

MONTERO HERNANZ, T., "La doctrina del Tribunal constitucional sobre el Art. 50.2 de la LO 5/2000", en *La Ley Penal*. Núm. 65. Noviembre. Madrid 2009, (también, en Diario *La Ley*. Núm. 7471, de 20 de setiembre de 2010. Madrid).

- *La justicia juvenil en España. Comentarios y reflexiones*. Ed. La Ley. Madrid. 2009.

- "El principio de intervención mínima en la legislación reguladora de la responsabilidad penal de los menores", en *La Ley*. Núm. 7473, 22 de septiembre. Madrid. 2010.

- "Consideraciones jurídicas y criminológicas de los antecedentes de un menor de edad a efectos de la suspensión de la ejecución de una pena", en Diario *La Ley*, Núm. 7805, de 24 de febrero. Madrid. 2012.

- "La privación de libertad en el sistema de justicia juvenil español", en *La Ley Penal*, Núm. 115, 1 de julio de 2015, pp. 1 – 16.

MONTIEL FERNÁNDEZ, J. P., *Fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el Derecho penal.* Tesis doctoral. Universitat Pompeu Fabra. 2008. Disponible en web http://www.tesisenxarxa.net/TDX-0116109-175526/ (publicada en el año 2009 bajo el título *Analogía favorable al reo. Fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el Derecho penal.* Ed. La Ley. Madrid). Barcelona. 2008.

- *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?* Juan Pablo Montiel Fernández (editor). Barcelona. Madrid. Buenos Aires. 2012.

MONTIEL FERNÁNDEZ, J. P., / RAMÍREZ LUDEÑA, L., "De camareros estudiantes de biología a jueces biólogos. A propósito de la sentencia del BGH sobre los hongos alucinógenos y la deferencia a los expertos en el ámbito penal", en *InDRET Revista para el análisis del Derecho*, www.indret.com Núm. 1. Enero. Barcelona. 2010.

MORA RESTREPO, G., "La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos, de Pedro Serna y Fernando Tóller.", en *Díkaion: revista de actualidad jurídica.* Ed. Universidad de La Sabana. Núm. 12. Bogotá. Colombia. 2003.

MORA SÁNCHEZ, A. M., *La medida de internamiento en régimen cerrado. Concepto, naturaleza y régimen de ejecución. Alternativas.* Tesis doctoral, localizable en la base de datos de tesis doctorales en octubre de 2014: http://digibug.ugr.es/handle/10481/23255 Granada. 2012.

MORALES PRATS, **F.,** *La utopía garantista del Derecho penal en la nueva "Edad Media".* Discurso de ingreso en la Real Academia de Doctores. Ed. Reial Acadèmia de Doctors. Barcelona. 2015.

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

- "Arts. 1, 2, 4, 6, 41, 42 y 61 a 64", en *Comentarios a la Ley penal del menor: conforme a las reformas introducidas por la LO 8/2006*. María del Carmen Gómez Rivero (coordinadora). Ed. Iustel. Madrid. 2007.

MORESO MATEOS, J. J., *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución.* Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1997.

- "Guastini sobre la ponderación.", en *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho.* Núm. 17, octubre, 2002, pp. 227 – 249.

MORESO MATEOS, J. J. / VILAJOSANA RUBIO, J. M., *Introducción a la teoría del Derecho.* Ed. Marcial Pons. Barcelona. 2004.

MOVILLA ÁLVAREZ, C., "Jurisdicción de Menores y Constitución.", en *Menores*, setiembre – octubre, 1984, pp. 68 - 85.

MUÑOZ CONDE, F., / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte General.* Ed. Tirant lo Blanch. 8ª edición. Valencia. 2010.

MUÑOZ CUESTA, F. J., "Delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia y detección de drogas: problemas que suscita la interpretación del Art. 383 CP", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, Vol. 2, Mayo, 2009, pp. 7 – 17.

NAUCKE, W., "La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado.", en *La insostenible situación del Derecho penal*, J. M. Silva Sánchez (Coordinador). Ed. Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt. Ed. Comares, Granada, 2000, pp. 531 a 549.

NAVARRO FRÍAS, I., "El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios?", en *InDRET Revista para el análisis del Derecho*, www.indret.com Abril. Barcelona. 2010.

- *Mandato de determinación y tipicidad penal*. Ed. Comares. Granada. 2010.

NAVARRO LÓPEZ, P. E., "La aplicación neutral de conceptos valorativos", en *Analisi e diritto,* Paolo Comanducci y Riccardo Guastini (coordinadores). Ed. Marcial Pons. Barcelona., 2007, pp. 39 – 55.

NIETO GARCIA, A., *El arbitrio judicial,* Ed. Ariel. Barcelona. 2000.

NISTAL BURÓN, J., "El principio 'non bis in ídem'. Su delimitación en el régimen disciplinario penitenciario.", en *Actualidad administrativa*. Núm. 1. Quincena del 1 al 15 enero. Ed. La Ley. Madrid. 2010.

- "Las nuevas líneas de la justicia penal en la proyectada reforma del Código penal. Su incidencia en los principios rectores de la política penitenciaria.", en *Seguridad y Ciudadanía: Revista del Ministerio del interior*. Núm. 10. Julio – diciembre, 2013, pp. 51 – 82.

NOGUEROLES LLINARES, V., "La mediación en la justicia juvenil", en Lexnova – portal jurídico, Ed. Thomson Reuters. Disponible en web en diciembre 2014, publicado el 6 de noviembre de 2012: http://portaljuridico.lexnova.es/articulo/JURIDICO/150497/la-mediacion-en-la-justicia-juvenil

NOREÑA SALTO, J. R., "Medidas sustitutivas de la pena", en *Estudios Jurídicos*, 2004, pp. 3475 – 3486.

OLLÉ SESÉ, M., "El principio de legalidad en el Derecho penal internacional: su aplicación por los tribunales domésticos", en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Carlos García Valdés, Antonio Cuerda Riezu, Margarita Martínez Escamilla, Rafael Alcácer Guirao, Margarita Valle Mariscal de Gante (coordinadores). Ed. Edisofer. Madrid, 2008, pp. 559 – 582.

OLMEDO CARDENETE, M., "Aspectos prácticos de los delitos contra la seguridad del tráfico tipificados en los Arts. 379 y 380 del Código penal", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-02.html Núm. 4, 2002.

OLMEDO GÓMEZ, **J**., "Cambio de medidas. Art. 50.2 LORPM por quebrantamiento de medida no privativa de libertad". Disponible en web en julio de 2012:
http://www.juvenilejusticepanel.com/resource/items/J/O/JOlmedoCambioMedidas07_ES.pdf 2007.

ORNOSA FERNÁNDEZ, **M. R**., *Derecho penal de menores. Comentarios a la Ley orgánica 5/2000, de 12 de*

enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Ed. Bosch. Barcelona. 2001.

- Derecho penal de menores. Comentarios a la Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, *reformada por la Ley orgánica 8/2006, de 4 de diciembre y a su reglamento, aprobado por el Real decreto 1774, de 30 de julio*. Ed. Bosch. 4ª edición. Barcelona. 2007.

ORTEGA GUERRERO, I., "El principio del interés superior del niño en las situaciones de crisis familiar: una perspectiva comparada en el ámbito de la Unión Europea.", en *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, Vol. 2, Núm. 3, 2002, pp. 87 – 108.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., "¿Leyes taxativas interpretadas libérrimamente? Principio de legalidad e interpretación del Derecho Penal", en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?* J. P. Montiel (editor). Barcelona. Buenos Aires. 2012, pp. 173 – 206.

ORTIZ ÚRCULO, J. C., "El principio de oportunidad: naturaleza, ámbito de aplicación y límites.", en *Estudios Jurídicos*, 2004, pp. 3393 – 3415.

ÓSCAR VILLAMAYOR, F. B., "Posibilidad de una 'autonomía minoril': incidencia del interés superior del menor", en *Lecciones y Ensayos*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Núm. 82, 2006, pp. 261–277. En http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/82/lecciones-y-ensayos-82-paginas-261-277.pdf.

PALAZZO, F. / BARTOLI, R., *Certezza o flessibilità della pena? Verso la reforma della sospensione condizionale*. Ed. G. Giappichelli editore – Torino – Italia. 2007.

PANCHÓN I IGLESIAS, C., *Manual de pedagogía de la inadaptación social*. Ed. Dulac. Barcelona. 1998.

PANTOJA GARCÍA, F., "La naturaleza jurídica de la Ley orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores. La singularidad del proceso de menores." Ejemplar dedicado a la "Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores", en *Estudios Jurídicos*. Ministerio Fiscal, VI – 2000, Madrid, 2000, pp. 13 - 24.

- "Unas notas sobre la imputabilidad de los menores y su tratamiento en la Ley de Responsabilidad Penal de los menores", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid,* Núm. 15. Ejemplar dedicado a *El menor ante el derecho en el siglo XXI* / coordinador por Julio Díaz-Maroto y Villarejo, Alma María Rodríguez Guitián. 2011, pp. 307 - 317.

PARDO, M., / RUBIO, E., / GÓMEZ, F., / ALFONSO, R., "Especial consideración de los aspectos problemáticos del principio non bis in ídem en la jurisprudencia constitucional". Documento electrónico editado por la Universidad de Murcia, OpenCourseWare. Disponible en web en agosto de 2014: http://ocw.um.es/cc.-juridicas/derecho-constitucional-iii/material-de-clase-1/non-bis-in-idem.pdf

PAREDES CASTAÑÓN, J. M., "El principio del 'interés del menor' en Derecho penal: una visión crítica", en *Revista de Derecho penal y criminología*, Núm. 10, julio de 2013, pp. 155 - 186.

PAREJO ALFONSO, L., "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia

constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981.", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Núm. 3, 1981, pp. 169-190.

PARÉS I GALLÈS, R., "Reglas especiales para la ejecución de las medidas privativas de libertad. Análisis y comentarios de los Arts. 54 a 60 de la LO 5/2000", en *Manuales de formación* del Consejo General del Poder Judicial, Núm. 9, dedicado a "Justicia de menores: una justicia mayor. Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*"* (coordinadora: Esther Giménez – Salinas i Colomer), Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pp. 283 – 300.

PÉREZ FERRER, F., "La nueva regulación de las medidas en la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, que modifica la Ley reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores", en Diario *La Ley*. Núm. 7216, 2009, pp. 2 – 10.

PÉREZ DE LARA, C., *Tratamiento de menores de edad penal en la legislación española*. Tesis doctoral presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares. 1986.

PÉREZ LUÑO, A. E., "Legalidad penal y seguridad jurídica", en *Los derechos fundamentales y libertades públicas (II) / XIII Jornadas de Estudio*. Vol. I. Ed. Ministerio de Justicia. Dirección General del Servicio Jurídico del Estado. Madrid, 1993, pp. 457 - 472.

PÉREZ MARTELL, R., *El proceso del menor. Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor*. Ed. Aranzadi. Pamplona. 2002.

PÉREZ ROYO, J., *Las fuentes del Derecho*. Ed. Tecnos. 4ª edición. Madrid. 1993.

PLATT, A. M., *Los "Salvadores del niño" o la invención de la delincuencia*. Ed. S. XXI. Madrid. 1982.

PONZ NOMDEDÉU, E. V., "La responsabilidad penal de los menores desde la perspectiva del abogado.", en *Justicia penal de menores y jóvenes* (Coordinadores J. L. González Cussac, J. M. Tamarit Sumalla y J. L. Gómez Colomer). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 381 – 412.

POTT, CH., "El fenómeno de pérdida del contenido del principio de legalidad y su manifestación en la relación entre el delito de encubrimiento por funcionarios (Art. 258a StGB) y el sobreseimiento (Art. 153 y ss. StPO)" (Traducción de Iñigo Corraza / Guillermo Benlloch Petit), en *La insostenible situación del Derecho penal*, J. M. Silva Sánchez (Coordinador). Ed. Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt. Ed. Comares, Granada, 2000, pp. 84 – 102.

PRIETO SANCHÍS, L., "El juicio de ponderación constitucional", en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Ed. Miguel Carbonell. Quito – Ecuador. Disponible en web en marzo de 2016 http://www.corteidh.or.cr/tablas/25613.pdf 2008, pp. 85 – 124.

PRITTWITZ, C., "La justicia penal de menores en Alemania", en *Tendencias de la justicia penal de menores (una perspectiva comparada)*. Enrique Anarte Borrallo (director). Ed. Iustel. Madrid, 2010, pp. 21 – 36.

QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *El principio non bis in idem*. Ed. Tecnos. Madrid. 1992.

-"Ne bis in idem': significados constitucionales", en *Política criminal y reforma penal: homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1993, pp. 885 – 904.

- "Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del Proyecto alternativo de reparación.", en *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*. Ed. Jesús – María Silva Sánchez – José María Bosch. Barcelona., 1997, pp. 145 – 172.

RAGUÉS I VALLÈS, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Ed. J. M. Bosch. Barcelona. 1999

- "El Derecho penal del enemigo en La expansión del Derecho penal", en *La crisis del Derecho penal contemporáneo*, Ricardo Robles Planas / Pablo Sánchez – Ostiz Gutiérrez (coordinadores). Ed. Atelier. Barcelona, 2010, pp. 87 – 104.

RAMOS TAPIA, I. / WOISCHNIK, J., "Principios constitucionales en la determinación legal de los marcos penales.", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2001, pp. 143 - 156.

RAVETLLAT BALLESTÉ, I., "El interés superior del niño: concepto y delimitación del término.", en *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30, Núm. 2. 2012, pp. 89 – 108.

- Aproximación histórica a la construcción sociojurídica de la categoría infancia. Ed. Universitat Politècnica de València. 2015.

REBOLLO VARGAS, R., "De las garantías penales y de la aplicación de la Ley penal. Art. 6.", en *Comentarios al Código penal – Parte General*. Juan Córdoba Roda y Mercedes García Arán (directores). Ed. Marcial Pons. Barcelona, 2011, pp. 40 – 50.

REVELLES CARRASCO, M., "El artículo 316 CP como norma penal en blanco y su compatibilidad con el principio de legalidad: análisis jurisprudencial", en *Revista de derecho social,* Núm. 46, 2009, pp. 173 – 193.

RÍOS MARTÍN, J. C., *El menor infractor ante la ley penal*, Ed. Comares. Granada. 1993.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*. Ed. Dykinson. Madrid. 2000.

ROCA TRÍAS, E., / AHUMADA RUIZ, M. A., "Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española", Disponible en web http://www.tribunalconstitucional.es/es/actividades/Paginas/XVTrilateral.aspx ponencia expuesta en la Reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España. Roma. Conferencia "Trilateral" Italia / Portugal / España. Roma, 24 a 27 de octubre de 2013, pp. 1 – 38.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Ley orgánica de responsabilidad penal de los menores. Especial análisis de la reparación del daño*. Ed. Dijusa, Madrid. 2005.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G., "Principio de legalidad y arbitrio judicial", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Núm. 1. Ejemplar dedicado a "La vinculación del juez a la ley", 1997, pp. 279 - 296.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., "Reserva de Ley orgánica para las normas penales", en *Comentarios a la legislación penal*, en M. Cobo del Rosal (Director). *Revista de Derecho Público,* Tomo I, Edersa, Madrid, 1982, pp. 299 – 306.

RODRÍGUEZ YAGÜE, C., "El Derecho a la educación en el sistema penitenciario español", en *La Ley*, Núm. 96 – 97, Sección Derecho penitenciario, Septiembre – Octubre 2012.

ROLDÁN XOPA, J., *La Suprema Corte como legislador (Sobre interpretación Constitucional, "porciones normativas" y aborto)*. Disponible en web en el mes de noviembre de 2012: http://www.congresodurango.gob.mx/la%20corte%20como%20legislador.pdf 2012.

ROMERO DE TEJADA y GÓMEZ, J. M., "Prejudicialidad penal. Incidencia en la actividad administrativa", en *Fundación Democracia y Gobierno Local*, junio. 2009, pp. 153 – 159.

ROVIRA TORRES, O., *El quebrantamiento de condena*. Ed. Bosch, Barcelona. 2005.

ROXIN, C., *Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del derecho jurídico*, versión castellana de Enrique Bacigalupo. Ed. Depalma. Buenos Aires. 1979.

- *Derecho penal. Parte general. Tomo I.* (Trad. de la 2ª edición alemana por Diego – Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal). Ed. Civitas, Madrid. 1997.

RUBELLIN – DEVICHI, J., "Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudente françaises.", en *La Semaine Juridique*, Núm. 7, I 3739. 1994.

RUBIO LLORENTE, F., "El principio de legalidad", en *Revista Española de Derecho Constitucional,* Año 13, Núm. 39. Septiembre – Diciembre. 1993, pp. 9 – 42.

RUIZ ROBLEDO, A., *El derecho fundamental a la legalidad punitiva.* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2003.

RUIZ RUIZ, R., "La ponderación en la resolución de colisiones de derechos fundamentales. Especial referencia a la jurisprudencia constitucional española.", en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, www.filosofiayderecho.com/rtfd Núm. 10, 2006 / 2007, pp. 53 - 77.

RUIZ VADILLO, E., "La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal.", en *Cuadernos de Derecho Judicial*. Núm. 29. Ed. Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid. 1993, pp. 9 – 57.

SÁINZ – CANTERO CAPARRÓS, **J. E.,** "Fundamentos teóricos y antecedentes del sistema de responsabilidad penal de los menores." Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid; publicación electrónica en el CD-Rom, *Estudios de Derecho Judicial*. CGPJ, 2004, pp. 5135 – 5162.

SALA DONADO, C., *Proceso penal de menores: especialidades derivadas del interés de los menores y opciones de política criminal*. Tesis doctoral. Disponible en web en noviembre de 2012: http://dugi-doc.udg.edu/bitstream/handle/10256/4794/tcsd.pdf?sequence=1
Un ejemplar, en el Departamento de Derecho Público de la Universidad de Girona. 2002.

SALVADOR CODERCH, P., "La publicación de las leyes", en *GRETEL, Curso de Técnica Legislativa. Cuadernos y Debates*. Núm. 14, 1989, pp. 201 - 230.

SAN VICENTE PINO, A., *El oficio de padre de huérfanos*. Ed. Caesaraugustana Theses. Zaragoza. 1965.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. I., *Minoría de edad penal y Derecho penal juvenil*, Ed. Comares. Granada. 1998.

SÁNCHEZ MARTÍNEZ, **F**., *La jurisdicción de menores en España: pasado, presente y futuro*. Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid. Disponible en web en agosto de 2012: http://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=14294 Madrid. 1996.

SÁNCHEZ – OSTIZ GUTIÉRREZ, P., "Relevancia de las definiciones legales en la aplicación del Derecho penal", en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?* Juan Pablo Montiel Fernández (editor). Barcelona. Madrid. Buenos Aires. 2012, pp. 207 – 224.

SÁNCHEZ – VALVERDE VISUS, **C**., *La Junta de Protección a la Infancia de Barcelona, 1908-1985: Aproximación histórica y Guía Documental de su Archivo*. Tesis doctoral. Universitat de Barcelona. Departament de Teoria i Història de l'Educació. Disponible en web en octubre de 2014, http://hdl.handle.net/10803/2917 Barcelona. 2007.

SANTANA VEGA, D. M., "Principio de oportunidad y sistema penal", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 47, mes 2, 1994, pp. 105 – 136.

- *El concepto de ley penal en blanco*, Ed. Ad – Hoc. Buenos Aires. 2000.

SANZ CARRASCO, G., *Principios, libertades y derechos educativos constitucionales*, Ed. Dulac. Barcelona. 2000.

SANZ DELGADO, E., *Regresar antes: los beneficios penitenciarios*. Premio Nacional Victoria Kent. Año 2006. Ed. Ministerio del Interior. Secretaria General Técnica. Madrid. 2007.

SANZ HERMIDA, A. M., "La víctima en el proceso penal de menores", en *Anuario de justicia de menores*, Núm. 1, 2001, pp. 183 – 226.

- *El nuevo proceso penal del menor*. Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha. 2002.

- "Responsabilidad penal del menor", en *Estudios de Derecho penal*, Ed. Asociación Internacional de Derecho penal. Universidad de Castilla – La Mancha, 2004, pp. 11 – 39.

SCHÜNEMANN, **B.**, "La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo", en Bernd Schünemann (compilador). *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario*. Introducción, traducción y notas de Jesús – María Silva Sánchez. Ed. Tecnos. Madrid. 1991, pp. 147 – 178.

SERRANO ALBERCA, J. M., "Comentario al Art. 25 de la Constitución", en *Comentarios a la Constitución,* Garrido Falla *et al*; Ed. Civitas, Madrid, 1980, pp. 313 – 332.

SERRANO TÁRRAGA, M. D., "Medidas susceptibles de imposición a los menores. Capítulo IX", en *Derecho penal juvenil*, Carlos Vázquez González y María Dolores Serrano Tárraga (editores - coordinadores). Ed. Dykinson, Madrid, 2005, pp. 339 – 434.

- "El concurso de delitos en la Ley penal del menor y en el proyecto de reforma", en *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez***.** F.

Bueno Arús, J. L. Guzmán Dalbora, A. Serrrano Maíllo (coordinadores), Ed. Dykinson, Madrid, 2006, pp. 1103 – 1113.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales,* Ed. J. M. Bosch. Barcelona. 1997.

- "Sobre la 'interpretación' teleológica en Derecho penal", en *Estudios de filosofía del derecho penal.* Miguel Díaz y García Conlledo / Juan Antonio García Amado (coord.). Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 2006, pp. 365 – 395.

- *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. Ed. B de F. Montevideo – Buenos Aires, Julio César Faira. 2006.

- "Principio de legalidad y legislación penal europea: ¿una convergencia imposible?", en *El derecho penal de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro.* Coord. Luis Alberto Arroyo Zapatero, Adán Nieto Martín, Marta Muñoz de Morales Romero. Ed. Universidad de Castilla – La Mancha. 2007, pp. 69 – 86.

TAMARIT SUMALLA, J. M., "Principios político-criminales y dogmáticos del sistema penal de menores", en *Justicia penal de menores y jóvenes* (Coordinadores J. L. González Cussac, J. M. Tamarit Sumalla y J. L. Gómez Colomer), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2002, pp. 13 - 46.

- "La mediación reparadora en la Ley de responsabilidad penal del menor", en *Justicia penal de menores y jóvenes* (Coordinadores J. L. González Cussac, J. M. Tamarit Sumalla y J. L. Gómez Colomer). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2002, pp. 47 – 78.

TERRADILLOS BASOCO, J. M., "La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico – penal", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Núm. 63. 1981, pp. 123 – 150.

TORÍO LÓPEZ, A., "Tipicidad – Referencia a la teoría de los tipos abiertos", en *Vinculación del juez a la ley penal*. Director José Jiménez Villarejo, en *Cuadernos de Derecho Judicial.* Núm. 17. Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid. 1995, pp. 7 – 34.

TORRES FERNANDEZ, M. E., "La desjudicialización como respuesta a la delincuencia de menores de edad", en *Cuadernos del Política Criminal*, Núm. 79, 2003, pp. 79 – 107.

TRABADO ÁLVAREZ, C., "*Non bis in idem* por la condena conjunta contra la seguridad del tráfico, alcoholemia y de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia.", *La Ley*, Núm. 7681. 2011.

URÍAS MARTÍNEZ, J., "El valor constitucional del mandato de resocialización", en *Revista española de derecho constitucional*, Año Núm. 21, Núm. 63, 2001, pp. 43-78.

URRUTIA ELORZA, J. R., Enmienda Núm. 64. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. VIII Legislatura. Serie II: Proyectos de Ley. 21 – IX - 2006. Núm. 68 (d) (Cong. Diputados, Serie A, Núm. 76. Exp. 121/000076). Proyecto de Ley 621/68 Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

- Enmienda Núm. 73, publicada en el BOCG, Senado, Serie II, de 21 – IX - 2006, Núm. 68.
- Propuesta de Veto Núm. 2, publicada en el BOCG, Senado, Serie II, de 21 – IX - 2006, Núm. 68, p. 23.

VAELLO ESQUERDO, E., "La responsabilidad penal de los menores en Italia", en *Revista de Derecho penal y Criminología*. Nº 18, 2006, pp. 319 – 359.

VALBUENA GARCÍA, E., *Medidas cautelares en el enjuiciamiento de menores*, Ed. Thomson – Aranzadi. Pamplona. 2008.

VARGAS CABRERA, B., "Enumeración de las medidas susceptibles de ser impuestas a menores (Art. 7).", en *Ley de la responsabilidad penal de los menores*, C. Conde – Pumpido Ferreiro (Director). Ed. Trivium, Madrid, 2001, pp. 129 - 185.

- "Reglas para la aplicación de las medidas (Art. 9), en *Ley de la responsabilidad penal de los menores*, C. Conde – Pumpido Ferreiro (Director). Ed. Trivium, Madrid, 2001, pp. 195 – 214.

- "Ejecución de las medidas. Disposiciones generales (Arts. 43 a 45)", en *Ley de la responsabilidad penal de los menores*, C. Conde – Pumpido Ferreiro (Director). Ed. Trivium, Madrid, 2001, pp. 405 – 421.

- "Reglas para la ejecución de las medidas (Arts. 46 a 53)", en *Ley de la responsabilidad penal de los menores*, C. Conde – Pumpido Ferreiro (Director). Ed. Trivium, Madrid, 2001, pp. 421 – 454.

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Delincuencia juvenil. Consideraciones penales y criminológicas*. Ed. Colex. Madrid. 2003.

VENCESLAO PUEYO, M., *Pedagogía correccional. Estudio antropológico sobre un Centro Educativo de Justicia Juvenil*. Tesis doctoral. Universitat de Barcelona. Facultad de Geografía e Historia. Disponible en web en la base de datos de tesis doctorales, en febrero de 2015: http://www.tdx.cat/handle/10803/98513 Barcelona. 2012.

VENTAS SASTRE, R., *La minoría de edad penal.* Universidad Complutense de Madrid. Tesis doctoral. Disponible en web en IX - 2012: http://www.ucm.es/BUCM/tesis/der/ucm-t26341.pdf 2002.

- "La minoría de edad penal en el proceso de la codificación penal española (Siglos XIX y XX)", en *Cuadernos de Política Criminal*, Núm. 77, 2002, pp. 301 – 407.

- *La minoría de edad penal.* Ed. Instituto de criminología de la UCM. 2003.

VENTURA FACI, R., "Los menores de edad. Reflexiones sobre su legislación", en revista *Menores*. Ed. Ministerio de Asuntos Sociales. Núm. 11 – 12. Septiembre – diciembre (separata). 1988, pp. 7 – 14.

VENTURA FACI, R. / PELÁEZ PÉREZ, V., *Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Comentarios y jurisprudencia*. Ed. Colex, 1ª edición. Madrid. 2000.

- *Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Comentarios y jurisprudencia*. Ed. Colex, 2ª edición. Madrid. 2007.

VIANA BALLESTER, C., "La responsabilidad penal del menor: naturaleza y principios informadores", en *Revista penal*, Núm. 13, 2004, pp. 151 – 184.

BIBLIOGRAFÍA

VIDAL HERRERO, M. S., *Crítica al modelo de responsabilidad penal del menor en la ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Hacia un "modelo social de responsabilidad" del menor infractor*. Tesis doctoral. Disponible en web en abril de 2016 http://eprints.ucm.es/view/divisions/320.html Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho. Madrid. 2015.

VILAGRASA ALCAIDE, C., "El interés superior del menor", en *Derecho de la persona*. Isaac Ravetllat Ballesté (coordinador). Ed. Bosch. Barcelona., 2011, pp. 25 – 50.

VILLAR PALASÍ, J. L., / SUÑÉ LLINAS, E., "Artículo 9º: El Estado de Derecho y la Constitución". Documento electrónico: http://vlex.com/vid/330907 obtenido en agosto de 2009; también, en *Comentarios a la Constitución Española,* Óscar Alzaga Villaamil (Director). Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid. 1996, pp. 471 – 579.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., "La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad", en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Ed. Miguel Carbonell. Quito – Ecuador. Disponible en web en marzo de 2016: http://www.corteidh.or.cr/tablas/25613.pdf 2008, pp. 175 – 188.

WELZEL, H., *Derecho penal alemán. Parte General*. Editorial Jurídica de Chile, traducida por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile. 1ª edición, 1976; 4ª edición, 2002.

WERTH WAINER, **F**., *Sistemas de justicia juvenil: la experiencia comparada. Estados Unidos, Canadá y Reino Unido*. Ed. Fundación Hanns Seidel. Santiago de Chile. Disponible en web en febrero 2011: http://www.unicef.org/uruguay/spanish/uy_media_Privados_de_libertad._Voz_Adolescentes.pdf 2008.

ZAPICO BARBEITO, M., "¿Un derecho fundamental a la reinserción social? Reflexiones acerca del artículo 25.2 de la CE", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2009, pp. 919 - 944.

RESUMEN

La finalidad de esta tesis es el estudio de la relación entre el interés superior del menor, que rige la legislación penal de menores, y los principios penales tradicionales (legalidad, seguridad jurídica y proporcionalidad), para valorar su compatibilidad con la Constitución. Esta finalidad surge debido a que, en la jurisdicción de menores, suele tolerarse cierto nivel de "flexibilización de garantías" o relativización de los mencionados principios. Como consecuencia de tal flexibilidad, se produce un desequilibrio en la balanza de principios que sustentan la justicia juvenil: el principio del interés superior del menor y los principios del Derecho penal, en particular el de legalidad y el de seguridad jurídica. Sus causas se pueden concretar en la ambigüedad del concepto jurídico indeterminado que se contiene en dicho principio del interés del menor. Podemos afirmar la existencia de una relación conflictiva entre garantías penales y el concepto del interés del menor, relación que analizamos exponiendo los déficits observados en la legislación penal de menores y, sobre todo, detallando diferentes conclusiones y propuestas, con la intención de mejorar la fase del proceso y de la ejecución de las consecuencias jurídicas establecidas en tal legislación. Entre las propuestas de mejora, sugerimos la reconversión del principio del interés superior del menor en derecho fundamental a la educación aplicado en el contexto de la justicia juvenil.

ABSTRACT

The aim of this dissertation is the study of the relationship between the superior interest in the minor, which rules the juvenile penal legislation, and the traditional penal principles (legality, juridical security and proportionality) to evaluate its compatibility with the Constitution. This aim rises because in the minor law, some level of "guaranties flexibility" or relativity of the mentioned principles are usually tolerated. As a result of this flexibility, some unbalance in the principles which sustain the juvenile justice is produced: the superior minor interest principle and the Penal Law principles, in particular the ones related to legality and juridical security. Its reasons can be settled on the ambiguity of the juridical undetermined concept which is included in the minor interest principle. We can affirm the existence of a conflictive relationship between the penal guaranties and the

minor interest concept, relationship which will be analysed exposing the observed deficits in the juvenile law and overall exposing different conclusions and proposals, with the intention of improving the process phase and the juridical consequences execution established in this legislation. Among the improvement proposals we suggest the restructuration of the superior minor interest in fundamental law and the applied education in the juvenile law context.

ÍNDICE

ABREVIATURAS 9

INTRODUCCIÓN 11

PRIMERA PARTE
LEGALIDAD, SEGURIDAD JURÍDICA Y DERECHO PENAL JUVENIL

CAPÍTULO I
FUNDAMENTO Y NATURALEZA DEL DERECHO PENAL JUVENIL

1. Fundamento del Derecho penal juvenil 21

2. Naturaleza jurídica del Derecho penal juvenil y vigencia de las garantías penales en la materia 25

2.1. La indudable naturaleza jurídico–penal de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LORPM) 31

2.2. Naturaleza jurídica del proceso 37

2.3. Naturaleza de las consecuencias jurídicas 39

2.4. Toma de postura 45

3. Situación del Derecho penal juvenil en la actualidad 47

3.1. Debates en la jurisdicción común y en la de menores 47

3.1.1. El equilibrio entre el interés del menor y las garantías penales 52

3.2. Algunas consideraciones sobre la crisis de las garantías penales en la justicia juvenil 55

4. Recapitulación 61

CAPÍTULO II
PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA. CONCEPTOS BÁSICOS

1. Principio de legalidad 63
1.1. Principio de oportunidad 66
1.2. Legalidad y oportunidad 68

2. Principio de seguridad jurídica 71
2.1. El principio de legalidad y el de seguridad jurídica 71
2.1.1. Posicionamientos jurídicos 72

3. Consecuencias relevantes de la legalidad penal y de la seguridad jurídica: el contenido garantizador 75
3.1. Las garantías derivadas de la legalidad penal: garantía criminal, penal, jurisdiccional y de ejecución 76
3.1.1. Especial consideración de la garantía criminal 83
3.1.1.1. Taxatividad, cláusula general y concepto jurídico indeterminado. 83
3.1.1.2. Propuestas de mejora 88
3.2. "Non bis in ídem" 89
3.2.1. Dimensión material y procesal del "non bis in ídem" 92
3.2.2. Propuestas de mejora 97
3.3. Especial consideración de las leyes penales en blanco 101
3.3.1. Definición de ley penal en blanco 103
3.3.2. Ley penal en blanco y Constitución 104

4. Especial consideración del principio de proporcionalidad 107
4.1. La proporcionalidad a la luz de los fines del Derecho penal en la justicia juvenil 114
4.1.1. La proporcionalidad desde la prevención general y especial 114
4.2. Toma de postura 120

5. Recapitulación y enunciado de las garantías penales exigibles 121

SEGUNDA PARTE
GARANTÍAS E INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

CAPÍTULO III
ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR

1. El interés superior del menor y su relación con la Constitución 123
1.1. El interés superior del menor y su indeterminación jurídica 126
1.1.1. Causas y consecuencias de la problemática 128
1.1.2. Propuestas de mejora 131

2. Colisión interés superior del menor - seguridad jurídica 134
2.1. Propuestas de mejora 135

3. El interés superior del menor como principio prioritario 137
3.1. Causas y consecuencias de la problemática 139
3.2. Propuestas de mejora 144

4. El interés superior del menor y el principio de flexibilidad 148
4.1. Posicionamientos jurídicos 149
4.2. Propuestas de mejora 151

5. El interés superior del menor y la necesidad de un fundamento jurídico 152
5.1. Con la intervención de la Convención de los Derechos del Niño 153
5.2. De los principios generales del Derecho penal 154
5.3. De la reinterpretación del interés del menor como derecho fundamental 157

CAPÍTULO IV
INDIVIDUALIZACIÓN DE LA CONSECUENCIA JURÍDICA Y EL INTERÉS DEL MENOR

1. La individualización de la consecuencia jurídica 161
1.1. Fundamento y finalidad 163
1.2. La individualización en la LORPM y el equipo técnico 164

2. La decisión judicial discrecional 172
2.1. Fundamento y finalidad 175
2.2. Límites a la decisión judicial discrecional 176
2.2.1. Las disposiciones establecidas en la LORPM 177
2.2.1.1. La proporcionalidad 179
2.2.1.2. La taxatividad 180

3. El principio de oportunidad y el fiscal de menores 182
3.1. Fundamento y finalidad 183
3.2. El principio de oportunidad en la legislación penal de menores 184
3.2.1. La mediación, reparación, conciliación 185
3.3. La relación entre oportunidad y legalidad 188
3.4. Límites legales al principio de oportunidad 192

TERCERA PARTE
LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA EN EL QUEBRANTAMIENTO DE LA PENA JUVENIL NO PRIVATIVA DE LIBERTAD

CAPÍTULO V
LA CUESTIÓN DE LA ADECUACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA REGULACIÓN RELATIVA AL QUEBRANTAMIENTO

1. La problemática del quebrantamiento. Cuestiones básicas 197
1.1. Las consecuencias jurídicas no privativas de libertad 201

2. Ausencia de definiciones básicas en la LORPM. 203
2.1. Definición y diferenciación entre incumplimiento, quebrantamiento y evolución desfavorable 205
2.1.1. Definición de incumplimiento (Art. 50.2 LORPM) 205
2.1.1.1. El incumplimiento como "incidencia" en la fase de ejecución 208
2.1.1.2. Propuestas de mejora. 210
2.1.2. Definición de quebrantamiento (Art 50.3 LORPM) 213
2.1.2.1. En la legislación penal común 216

2.1.2.1.1. En el Art. 49 CP 219
2.1.2.2. Propuestas de mejora. 220
2.1.3. Definición de "evolución desfavorable" (Art. 51.1 y 2 LORPM) 221
2.1.3.1. Propuestas de mejora. 223
2.2. Definición del requisito "Excepcionalmente" (Art. 50.2 LORPM) 223
2.2.1. Propuestas de mejora 224

3. El Art. 50.2 LORPM: norma penal en blanco sui géneris 226

4. Las garantías penales en la valoración del incumplimiento 229
4.1. Garantía penal y garantía de ejecución 229
4.2. Garantía jurisdiccional 230
4.2.1. Posicionamientos jurídicos 232
4.2.1.1. Tribunal Constitucional 232
4.2.1.2. Fiscalía General del Estado 234
4.2.1.3. Otros posicionamientos 236
4.2.2. Propuestas de mejora 240
4.3. Regla del "Non bis in ídem" 243
4.3.1. Posicionamientos jurídicos 244
4.3.2. Propuestas de mejora 246
4.3.2.1. Desistimiento de la acción penal 246
4.3.2.2. Prejudicialidad penal 248
4.3.2.3. Otras propuestas 249
4.4. Derecho fundamental a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes 250
4.5. Derecho fundamental a la proporcionalidad 251
4.5.1. Posicionamientos jurídicos 252
4.5.2. Propuestas de mejora 256
4.6. Toma de postura 257

CAPÍTULO VI
OTROS PROBLEMAS RELATIVOS A LA LEGALIDAD
Y A LA SEGURIDAD JURÍDICA

1. Infracción de la seguridad jurídica y del derecho a un proceso debido..... 259
1.1. Arbitrariedad judicial y seguridad jurídica..... 259
1.1.1. Amplitud excesiva de algunos marcos penales..... 264
1.2. Arbitrariedad judicial y derecho a un proceso debido..... 268
1.3. Concepto jurídico indeterminado y seguridad jurídica..... 269

CAPÍTULO VII
LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA EN EL REGLAMENTO

1. Infracción del principio de reserva de ley..... 279
1.1. Incumplimiento y reserva de ley..... 281
1.1.1. Algunas soluciones en el Código penal..... 283
1.2. Concepto jurídico indeterminado y reserva de ley..... 285
1.3. Relaciones de sujeción especial y reserva de ley..... 286
1.3.1. Toma de postura..... 288

CUARTA PARTE
DERECHO FUNDAMENTAL A LA EDUCACIÓN
EN LA JUSTICIA JUVENIL

CAPÍTULO VIII
DEL INTERÉS DEL MENOR AL DERECHO A LA EDUCACIÓN

1. Revisión del concepto del interés superior del menor..... 293
1.1. El interés del menor como derecho a la educación..... 294
1.1.1. Propuesta de mínimos..... 296
1.1.2. Derecho a la educación y a la resocialización..... 299

2. La proporcionalidad y el derecho a la educación..... 302
2.1. Posicionamientos jurídicos..... 303
2.1.1. Toma de postura..... 308

2.2. Compatibilidad entre la proporcionalidad y el derecho a la educación 309
2.2.1. Antecedentes legislativos 309
2.2.2. Argumentos jurídicos y educativos 313
2.2.3. Concreción de la propuesta 319
2.2.3.1. Excepciones 320

CONCLUSIONES 325

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA 333

ABREVIATURAS

AN	Audiencia Nacional
AP	Audiencia Provincial
APB	Audiencia Provincial de Barcelona
Ar.	Aranzadi, repertorio de jurisprudencia Aranzadi
Art.	Artículo
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Supremo (Sala 2ª si no consta lo contrario)
AAVV	Autores Varios
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
C	Contra
CA/CCAA	Comunidad Autónoma / Comunidades Autónomas
Cap.	Capítulo
CC	Código civil
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
CEDH	Convención europea de Derechos Humanos
CIDN	Convención Internacional sobre los Derechos del Niño
CE	Constitución española
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Código penal (de 1995)
CPM	Código penal militar
DA	Disposición adicional
DF	Disposición final
DOCE	Diario Oficial de la Comunidad Europea
DT	Disposición transitoria
Ed.	Editor / Editorial
ex	Latinismo que significa "En virtud del artículo tal"
FGE	Fiscalía General del Estado
FJ	Fundamento jurídico
GG	Constitución alemana, Ley fundamental.
JM	Juzgado de Menores
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECRIM o LECr	Ley de enjuiciamiento criminal
LO	Ley orgánica
Loc. ult. cit.	Cita idéntica a la anterior.
LOGP	Ley orgánica general penitenciaria
LOPJ	Ley orgánica del poder judicial

LORPM	Ley orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal del menor
LOTC	Ley orgánica del tribunal constitucional
LRJAPyPAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LTTM	Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948
MP	Magistrado-a ponente
op. cit.	Obra citada anteriormente.
P. ej.	Por ejemplo
P/pp.	Página /páginas
§	Parágrafo, párrafo.
PJ	Poder Judicial
RD	Real decreto
RLORPM	Reglamento de desarrollo de la LORPM
S	Sala o Sección
S/ss	Siguiente/siguientes
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
StGB	*Strafgesetzbuch* (Código penal alemán)
StPO	*Strafprozeßordnung* (Ordenanza procesal, Código de procedimiento criminal alemán)
TJUE (o TJCE)	Tribunal de Justicia de la Unión Europea (o Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea)
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
T	Tomo
TBC	Trabajos en Beneficio de la Comunidad
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TTM	Tribunal Tutelar de Menores
Vol.	Volumen

INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene su motivación inicial en el interés por dar respuesta a los problemas aplicativos planteados en el quebrantamiento de las penas juveniles no privativas de libertad impuestas a menores delincuentes. En efecto, la regulación contenida en la LO 5/2000 de 12 de enero, *reguladora de la responsabilidad penal de los menores* (LORPM) y en el RD 1774/2004 de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento que la desarrolla, plantea dudas considerables sobre las consecuencias jurídicas en el contexto de dicho quebrantamiento, consecuencias relacionadas con la legalidad penal y la seguridad jurídica que han producido discrepancias judiciales y una inseguridad jurídica importante.

Sin embargo pronto pudimos comprobar que esta cuestión -que puede considerarse secundaria, pero que, a la vez, comporta una enorme repercusión práctica- tenía su causa en los problemas derivados de algunos grandes principios del Derecho penal, cuando éstos se trasladan al Derecho penal juvenil. Y ello porque si legalidad y seguridad jurídica son temas clásicos y exhaustivamente desarrollados en el derecho penal de adultos, suscitan especiales consideraciones en la legislación penal de menores, conocida como es sabido por sus mayores márgenes para la ponderación de las respuestas frente al delito.

1) Objeto del estudio. Por la razón indicada en los párrafos anteriores, pronto fue necesario ampliar el objeto de la investigación llevándolo hasta el análisis de la compatibilidad de la legislación penal del menor[1] -en concreto su principio rector, el interés superior del menor[2]- con los principios aquí estudiados (legalidad, seguridad jurídica, proporcionalidad y derecho al proceso debido), en su condición de límites al ejercicio de la intervención punitiva del Estado[3]. Así, el objeto de estudio de esta tesis se enmarca en el interés superior del menor y su relación con aquellos principios.

---

[1] La legislación penal del menor se compone por la LORPM, su reglamento de desarrollo, y, también, por un segundo reglamento, el Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero*, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia.*

[2] Acerca del origen del concepto del interés superior del menor, véase DE LAMA AYMÁ, A., *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad.* Tesis doctoral. Universitat Autònoma de Barcelona, Facultad de Derecho Privado. Bellaterra - Barcelona. 2004, p. 90 y ss., RUBELLIN - DEVICHI, J., "Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudente françaises.", en *La Semaine Juridique*, Nº 7, I 3739, 1994, pp. 87 – 88; ALASCIO CARRASCO, L., / MARTÍN GARCÍA, I. "Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo Art. 92 CC", en *INDRET Revista para el análisis del Derecho.* Julio. www.indret.com Barcelona. 2007, p. 11.

[3] Sobre los "Principios limitadores del poder punitivo del Estado" (título del subepígrafe utilizado por el autor) en la jurisdicción de menores, véase DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., / BLANCO CORDERO, I., *Menores infractores y sistema penal.*, Ed. Instituto Vasco de Criminología. Donostia – San Sebastián. 2010, p. 49 y ss. También, véase la LORPM, Exposición de Motivos, apartado 3 y ss; GONZÁLEZ PINEDO, L. J., / REDONDO HERMIDA, M. G., "La Llei Orgànica 5/2000 reguladora de la responsabilitat penal del menor.", en *Justiforum, Papers d'Estudis i Formació.* Ed. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Departament de

Hemos seleccionado esos tres principios (legalidad, seguridad jurídica y proporcionalidad) y ese derecho fundamental (derecho a un proceso debido ex Art. 24.2 CE) porque son los que más dificultades presentan (respecto a su incompatibilidad con la Constitución) a la hora de aplicarlos en la jurisdicción de menores. De esta incompatibilidad surge el problema a resolver en esta tesis.

2) Planteamiento del problema. En la jurisdicción de menores, suele tolerarse una cierta "flexibilización de garantías"[4] o relativización de los mencionados principios constitucionales[5] limitadores del *ius puniendi* -o más exactamente, según la terminología moderna, de la potestad punitiva del Estado-, especialmente de la legalidad y la seguridad jurídica, en su condición de protectores de la libertad individual de la ciudadanía.

Como consecuencia se produce un desequilibrio en la balanza de principios que operan en la justicia juvenil: en un lado, el interés superior del menor –a favor de este principio se decanta la balanza en estos momentos- y en el otro, los principios del Derecho penal, en particular el de legalidad y el de seguridad jurídica.

En efecto, como no puede ser de otro modo, la clásica tensión entre garantías o legalidad y eficacia[6] o interés superior del menor la planteamos desde una perspectiva particularmente visible en el Derecho penal juvenil dada su orientación a favor del interés del menor, concepto resbaladizo inevitablemente, por valorativo e inconcreto.

Pues bien, ya estamos en disposición de resumir y concretar el problema y, en este sentido, hablar de una relación conflictiva entre las garantías penales y la eficacia junto con la eficiencia de la jurisdicción penal juvenil.

La mencionada eficacia y eficiencia la hemos equiparado a la orientación reinsertadora, que encarna el interés del menor. Eficacia y eficiencia es sinónimo de interés superior del menor, en el marco de la prevención especial positiva, en el sentido que plantea

---

Justícia, Generalitat de Catalunya. Nº 11. Diciembre, 2000, pp. 31 – 40, p. 34; también, MORA SÁNCHEZ, A. M., *La medida de internamiento en régimen cerrado. Concepto, naturaleza y régimen de ejecución. Alternativas*. Tesis doctoral. Granada. 2012, p. 36 y ss. Sobre los principios penales que, desde la Constitución, informan el Derecho penal, véase, BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios constitucionales de Derecho penal*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999. GUINARTE CABADA, G., "Algunas consideraciones sobre la ejecución de las medidas previstas en la Ley penal del menor (L. O. 5/2000).", en *Estudios penales y criminológicos,* Ed. Universidad de Santiago de Compostela. Nº 24, 2002 – 2003, pp. 407 - 442, p. 412, nota Nº 9.

[4] En este contexto de flexibilizar las garantías penales en la jurisdicción de menores, se posicionó el TC, en su famosa STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 7º.

[5] En este marco, véase CANTARERO BANDRÉS, R., *Delincuencia juvenil: ¿asistencia terapéutica versus justicia penal? Lección inaugural del curso académico 2002-2003*. Universidad de La Rioja, Servicio de Publicaciones. Logroño. 2002, p. 26.

[6] Véase GARCÍA ARÁN, M., "¿Hasta dónde la protección de lo público?", en *Estudios de derecho judicial*, Nº 6, (ejemplar dedicado a: "Crisis del sistema político, criminalización de la vida pública e independencia judicial" / Perfecto Andrés Ibáñez, director), 1997, pp. 253 – 272, p. 264.

GARCÍA PÉREZ, O., "… *la eficacia preventivo-especial de las medidas.*"[7], que, según la LORPM, Exposición de motivos, apartado 5º, no han de ser represivas "… *sino* ***preventivo-especiales***[8]*, orientadas hacia la efectiva reinserción y el superior interés del menor.*" Del mismo modo, es sinónimo de resocialización[9], integración social, evitar la reincidencia en el sentido que plantea DIEGO ESPUNY, bajo los siguientes términos: "*Aumentar las garantías jurídicas para la imposición judicial de una libertad vigilada (…) si no se acompaña de toda la metodología diseñada anteriormente que evalúe* ***la eficacia de la medida***[10] *deviene en inútil empeño, formalmente correcto pero inservible para prevenir e intervenir con eficacia en la carrera delictiva.*"[11] De acuerdo con lo dicho por los autores mencionados, tales conceptos los asimilamos, también, a la finalidad (educativa esencialmente) de las penas juveniles. Así, un Derecho penal juvenil basado en dicho interés del menor que no persiguiera tal finalidad no sería eficaz ni eficiente[12], en términos socioeducativos.

3) Las premisas básicas que han guiado esta investigación son las siguientes: la primera premisa parte de la naturaleza penal de la jurisdicción de menores. Es una jurisdicción y una legislación penal especializada debido a que no se dirige a todas las personas; se destina a un sector de la población única y exclusivamente, sector marcado por el factor edad; el ámbito subjetivo de actuación de esta legislación está determinado por las características personales de sus destinatarios: personas mayores de 14 y menores de 18 años. También, es una jurisdicción especial por el hecho de que el acento o la prioridad de la intervención en dichos menores es educativa, esencialmente, que se manifiesta a través de la finalidad reeducadora de las consecuencias jurídicas reguladas en la LORPM y su reglamento de desarrollo.

La segunda premisa implica que la mencionada naturaleza penal traslada a este ámbito de menores todo el arsenal de garantías propio del Derecho penal de adultos. No obstante, lo dicho supone una declaración de principios que deben ser concretados para que surtan su verdadero efecto garantizador a través de los "subprincipios" o de las garantías

---

[7] Véase GARCÍA PÉREZ, O., "La práctica de los juzgados de menores en la aplicación de las sanciones, su evolución y eficacia", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.* Nº 12, diciembre, http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-12.pdf 2010, pp. 1 – 36, p. 12 y ss.

[8] Negrita es mía.

[9] Sobre la relación entre el concepto eficiencia e interés del menor y el concepto de resocialización, véase GARCÍA PÉREZ, O., "La práctica…", *op. cit.*, p. 12 y ss., también, SERRANO TÁRRAGA, M. D., "Medidas susceptibles de imposición a los menores. Capítulo IX", en *Derecho penal juvenil*, Carlos Vázquez González y María Dolores Serrano Tárraga (editores - coordinadores). Ed. Dykinson, Madrid, 2005, pp. 339 – 434, p. 340.

[10] Negrita es mía.

[11] Véase DIEGO ESPUNY, F., "La libertad vigilada, ¿una medida educativa en la nueva legislación?", en *Revista Jurídica de Castilla – La Mancha*, Nº 17, abril. Madrid. 1993, pp. 147 – 166, p. 162.

[12] En este contexto, véase SERRANO TÁRRAGA, *op. cit.*, p. 340.

penales básicas[13], y éstas han de ser materializadas, a su vez, mediante preceptos legales positivizados. En otras palabras, ante la declaración manifiesta de la condición penal de la responsabilidad del menor infractor (a partir de la STC 36/1991, de 14 de febrero[14]), es imprescindible e indiscutible la inclusión de las garantías penales básicas en la jurisdicción penal juvenil; desde esta perspectiva, la exigencia garantizadora de la legislación penal de menores se desprende de la propia LORPM, Exposición de Motivos, apartado 6 y de su Art. 1.2 como es reconocido unánimemente por la doctrina[15] y por el TC[16]. Tal afirmación de partida resulta obvia, pero, no es baladí cuando del Derecho penal juvenil se trata.

En efecto, la orientación educativa de las penas juveniles junto con el pasado tutelar reciente de la jurisdicción de menores –quizá todavía no definitivamente superado-, plantean las tensiones derivadas de tal concepción tutelar y obliga a optar, de partida, por las exigencias garantizadoras, ya que, los menores tienen los mismos derechos que los adultos[17] y, en este

[13] La doctrina se posiciona a favor de la irrenunciabilidad de las garantías penales claramente; en este sentido, véase HUERTA TOCILDO, S., "Principios básicos del Derecho penal y Art. 325 del Código penal", en *Revista Penal,* Nº 8. Ed. *La Ley*, 2001, pp. 39 – 53, p. 52. En la misma línea garantizadora y en el contexto de la jurisdicción de menores, se posiciona igualmente GIMÉNEZ – SALINAS I COLOMER, E., *Las medidas aplicables al menor en el Derecho Penal Español.* Tesis Doctoral. Barcelona, 1978, p. 77; y, sobre todo, ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R., *Derecho penal de menores. Comentarios a la Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.* Ed. Bosch. Barcelona. 2001, p. 203; y la propia LORPM se manifiesta a favor de las garantías penales en el apartado 5 de su Exposición de Motivos y en el Art. 1.2.

[14] Es la famosa STC, Pleno, 14.2.1991, de 14 de febrero (Ar. 36; MP: Excmo. Sr. D. Francisco RUBIO LLORENTE); y en relación con esta STC, véase CÓRDOBA RODA, J., *La Ley de responsabilidad penal de los menores: aspectos críticos*, en *Revista jurídica de Catalunya*, Nº 2, 2002, pp. 363 - 379, p. 366 – 367; LANDROVE DÍAZ, G., *Derecho Penal de menores*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2001, p. 85 y ss; LANDROVE DÍAZ, G., *Introducción al Derecho penal español*, 4ª ed. Ed. Tecnos, Madrid. 1996, p. 36 y ss; MAPELLI CAFFARENA, B., / GONZÁLEZ CANO, M. I., / AGUADO CORREA, T., *Comentarios a la Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. Ed. Junta de Andalucía, Sevilla. 2002, p. 124 y ss., ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R., *Derecho penal de menores. Comentarios a la Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. Ed. Bosch. Barcelona. 2007, p. 57 y ss., VENTURA FACI, R. / PELÁEZ PÉREZ, V., *Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Comentarios y jurisprudencia*. Ed. Colex, 1ª edición. Madrid. 2000, p. 90 y ss., y p. 183 y ss.

[15] En este marco, véase CLARIANA I ROIG, J. F., *La justicia penal de menores en la Comunidad Autónoma de Catalunya*. [Tesis doctoral inédita]. Un ejemplar, en el Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada del Departament de Justícia – Generalitat de Catalunya. Barcelona. 2000, p. 610; a favor del Estado de Derecho y de sus garantías derivadas, en la jurisdicción de menores, véase ALBRECHT, P. A., *El Derecho penal de menores*, (traducida al castellano por Juan Bustos Ramírez). Ed. PPU. Barcelona, 1990, p. 11, del prólogo.

[16] Véase el ATC, Pleno, 4.7.2001, FJ 4º, Auto de inadmisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad presentada por el magistrado juez de menores del juzgado de menores Nº 1 de Valencia ante el TC.

[17] En este sentido, véase DE LA ROSA CORTINA, J. M., "Los principios del Derecho procesal penal de menores", en *Tribunales de Justicia: Revista española de derecho procesal.* Nº 11, 2003, pp. 21 – 45, p. 21; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., / CUERDA ARNAU, M. L., "Derecho penal de menores: criterios generales de aplicación de las medidas", en *Justicia penal de menores y jóvenes (análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación).* J. L. González Cussac, J. M. Tamarit Sumalla y J. L. Gómez Colomer (Coordinadores). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 79 – 130, p. 85; también, VENTURA FACI, R., "Los menores de edad. Reflexiones sobre su legislación", en revista *Menores.* Ed. Ministerio de Asuntos Sociales. Nº 11 – 12. Septiembre – diciembre (separata). 1988, pp. 7 – 14, p. 4; véase, también, CUELLO CONTRERAS, J., *El nuevo Derecho penal de menores,* Civitas, Madrid*,* 2000, p. 44; ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores...,* 2001, *op. cit*., p. 79; CANO PAÑOS, M. A., *El futuro del Derecho penal juvenil europeo. Un estudio comparado del Derecho penal juvenil en Alemania y España.* Ed. Atelier, Barcelona. 2006, p. 210; igualmente, la Recomendación Nº R (87) del Comité de Ministros del Consejo de Europa, adoptada el 17 de septiembre de 1987, cuando, en el Preámbulo, señala que a los menores de edad se les debe reconocer las mismas garantías procedimentales que las reconocidas a los adultos; igualmente, la STC, Pleno, 17.3.1995, FJ 5º, (MP: Excmo. Sr. D. Vicente GIMENO SENDRA); véase, también, el Art. 1.2 LORPM.

sentido, no hemos de tratar a los menores peor que a los adultos en lo que a garantías penales se refiere, tal y como así afirmó el TC[18].

La tercera premisa se basa en el carácter controvertido de la configuración e identidad actual del principio del interés superior del menor. Es un concepto vacío, de contenido jurídico indefinido y, al mismo tiempo, es prioritario en la legislación penal de menores. Estas dos características (vaciedad de contenido jurídico y carácter prioritario) comportan problemas prácticos, en concreto de legalidad y de seguridad jurídica.

La cuarta premisa, vinculada a las anteriores, es la compatibilidad entre las exigencias de la legalidad junto con la seguridad jurídica y el interés superior del menor. En este trabajo, pretendemos demostrar que la eficiencia y la eficacia, entendidas como el logro del interés del menor en su propia reeducación y resocialización, es plenamente compatible con las garantías penales[19]. Con ello, esperamos poder mantener la afirmación siguiente: no cabe eficacia y eficiencia (o interés del menor) sin legalidad y garantismo. Desde esta perspectiva, los citados conceptos deben ser entendidos como "eficiencia garantista", en el sentido de que la resocialización ha de conseguirse con el respeto de las garantías penales, pues estamos en una jurisdicción –penal- garantista; en otras palabras, legalidad y seguridad jurídica (junto con la proporcionalidad y el proceso debido) es eficiencia también –reinserción social, principio del interés superior del menor-, en el sentido siguiente: "… *la necesidad de respetar en el ámbito de los menores las máximas garantías sustantivas y procesales (…) en base a la idea de mayor interés del menor.*"[20]

La quinta premisa implica que, para conseguir la compatibilidad mencionada, es conveniente situar los conceptos en conflicto en el nivel más igualitario posible, lo que nos lleva a interpretar el principio del interés superior del menor como derecho fundamental a la educación ex Art. 27.1 CE. Derecho propio o característico de la justicia juvenil, que complementa la declaración general sobre la orientación reinsertadora de las penas privativas de libertad[21] ex Art. 25.2 CE, que obliga a que los derechos reconocidos en la Constitución sean aplicados a los menores infractores, como el derecho a la educación ex Art. 27.1.

---

[18] Véase la famosa STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 7º; también, ATC, Pleno, 4.7.2001, FJ 4º, Auto de inadmisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad presentada por el magistrado juez de menores del juzgado de menores Nº 1 de Valencia ante el TC.

[19] En este contexto, véase LANDA GOROSTIZA, J. M., "El modelo de intervención penal frente a la delincuencia juvenil: Una aproximación crítica a la LO 5/2000". Conferencia en el marco de la Jornada sobre "El enjuiciamiento penal de menores", 2004, pp. 1 – 18, p. 7.

[20] Véase SÁINZ - CANTERO CAPARRÓS, J. E., "Fundamentos teóricos y antecedentes del sistema de responsabilidad penal de los menores." Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid; publicación electrónica en el CD-Rom, *Estudios de Derecho Judicial*, Colección digital del Consejo General del Poder Judicial, 2004, pp. 5135 – 5162, p. 5148.

[21] Orientación extensible a todas las consecuencias jurídicas establecidas en la LORPM- del Art. 25.2 CE, en virtud de otra declaración general, también, la establecida en el Art. 1.2 LORPM.

La sexta premisa es el hecho de que se imponen consecuencias jurídicas que son verdaderas penas juveniles[22] en virtud de esta legislación penal y especial; por ello, en este estudio, hemos decidido calificar como *penas juveniles* a dichas consecuencias jurídicas que, junto con su función educativa, desempeñan igualmente una finalidad de control social. Por todo ello y a partir de ahora, utilizaremos la expresión "pena juvenil" en sustitución de "medida".

La séptima premisa parte del hecho de que nuestro contexto actual es de crisis. Estamos en un contexto histórico en el que se incrementa la individualización judicial disminuyendo la seguridad jurídica al mismo tiempo, lo que discurre en paralelo también a la crisis general del principio de legalidad y a la progresiva desformalización de las soluciones jurídicas.

La situación del principio educativo no es más halagüeña, pudiendo hablarse igualmente de su crisis. A pesar de ello, plantearemos que la prevención especial positiva junto con el fundamento del Derecho penal juvenil que aquí detallamos (la idea de la "necesidad de prevención") ha de seguir vigente en la jurisdicción de menores de una manera prioritaria; desde esta perspectiva, consideramos que dicho fundamento –la necesidad de prevención-, como principio educativo, confiere identidad al Derecho penal juvenil, en concreto, al modelo por el que se opta actualmente: al de responsabilidad y, más recientemente, doctrina de la "protección integral"[23] (así, hemos de destacar nuevos modelos como el de "social de responsabilidad"[24] –que recogen lo más eficaz de los anteriores- se van abriendo camino en la justicia juvenil).

4) La finalidad principal es la de proponer soluciones a los problemas planteados anteriormente; y para conseguirla, enunciamos los fines genéricos de esta investigación, que son, fundamentalmente, dos: a) objetivar al problema, en la línea de detectar y señalar los preceptos legales y reglamentarios de la legislación penal de menores que presentan indicios de incompatibilidad con la Constitución; y, b) plantear alternativas al problema conceptual del interés superior del menor.

---

[22] Sobre la "Enumeración de las medidas. Contenido y régimen de cada una" (título del subepígrafe utilizado por el autor), véase VARGAS CABRERA, B., "Enumeración de las medidas susceptibles de ser impuestas a menores (Art. 7).", en *Ley de la responsabilidad penal de los menores*, C. Conde – Pumpido Ferreiro (Director). Ed. Trivium, Madrid, 2001, pp. 129 – 185, p. 142 y ss.

[23] Véase BELOFF, M., "Modelo de la protección integral de los Derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar.", en Revista de *UNICEF*, ejemplar dedicado a "Justicia y Derechos del Niño", Nº 1. Madrid., 1999, pp. 9 – 22, pp. 16 – 22.

[24] Véase VIDAL HERRERO, M. S., *Crítica al modelo de responsabilidad penal del menor en la ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Hacia un "modelo social de responsabilidad" del menor infractor*. Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho. Madrid. 2015, p. 29 y ss.

Dichos fines los abordamos mediante la realización de varios *objetivos* concretos: a) demostrar las hipótesis de trabajo que se describen en el apartado siguiente; b) reformular, en el sentido de redefinir el principio del interés superior del menor para hacerlo compatible con la Constitución a través de constitucionalizar tal interés, como derecho fundamental a la educación a incardinar en el Art. 27.1 CE.

5) La hipótesis de trabajo siguiente se formula con la intención de que contribuya a la consecución de la finalidad descrita: la aplicación inadecuada del interés del menor comporta dificultades de incompatibilidad de algunos artículos de la LORPM y de su reglamento con la Constitución, que se traducen en problemas legales con trascendencia práctica para los tribunales[25] y en vulneración de derechos fundamentales (legalidad penal y seguridad jurídica) que afecta a menores infractores.

Las causas de dicha vulneración cabe situarlas en: a) la ambigüedad y vaguedad[26] del concepto jurídico indeterminado que acoge el principio del "interés superior del menor"; y b) en la prioridad excesiva que se otorga a dicho principio en detrimento de las garantías.

Esta hipótesis de trabajo general se subdivide en otras hipótesis más concretas que se plantean en los diferentes epígrafes de la tesis, y que ayudarán, del mismo modo, a resolver los problemas particulares que se enuncian en dichos epígrafes.

6) Estructura de la investigación. Se distinguen dos grandes bloques temáticos: el primero se corresponde con la legislación penal del menor, así como su relación, adaptación o compatibilidad con el marco constitucional; mientras que el segundo se centra en el interés superior del menor y su relación problemática con el principio de legalidad y de seguridad jurídica. Ambos bloques se estructuran en torno a cuatro partes:

En la PRIMERA PARTE, exponemos el fundamento, significado y contenido: a) del Derecho penal juvenil; y, b) de los principios de legalidad y de seguridad jurídica, desarrollando únicamente aquellos aspectos o manifestaciones que tienen relación con los problemas de legalidad y seguridad jurídica que se observan en la legislación penal de menores.

Por tanto, renunciaremos a desarrollar contenidos que –además de estar ya analizados en una bibliografía inabarcable- no resultan imprescindibles para los objetivos de

[25] Problemas para los tribunales, como mínimo para la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 3ª; esta Sección interpuso cuestión de inconstitucionalidad, mediante auto de fecha 14 de julio de 2008, y una segunda cuestión interpuesta mediante auto de 12 de setiembre de 2008 –resueltas ambas cuestiones a través del ATC 31/2009, y del ATC 33/2009, ambos de 27 de enero- en relación con el Art. 50.2 y con el Art. 51.1 LORPM por posible incompatibilidad de estos dos artículos con el principio de legalidad y con el principio de seguridad jurídica de la CE.

[26] Sobre la vaguedad, véase MORESO MATEOS, J. J. / VILAJOSANA RUBIO, J. M., *Introducción a la teoría del Derecho*. Ed. Marcial Pons. Barcelona. 2004, p. 152 y ss.

esta investigación. Así, no estudiaremos la situación de la justicia juvenil desde la perspectiva del Derecho comparado[27]; tampoco, su pasado[28] como, por ejemplo, las instituciones de "protección"[29] (así, los "Toribios de Sevilla"[30]), la legislación de protección[31] o las instituciones de "reforma"[32] (así, El Padre de Huérfanos -*Fuge et Pare d'Orfens*[33]). Tampoco, entraremos en la dimensión histórica o los orígenes del principio de legalidad[34]; ni insistiremos en su condición de principio informador del Estado de Derecho[35], declaraciones todas ellas ya incuestionables en nuestra cultura jurídica. Por el mismo motivo, tampoco profundizaremos en el papel que

[27] Sobre la responsabilidad penal del menor infractor en el Derecho comparado, véase AYO FERNÁNDEZ, M., *Las garantías del menor infractor*. Aranzadi, Pamplona, 2004, p. 87 y ss., CANO PAÑOS, *El futuro del Derecho penal juvenil europeo…, op. cit*. Sobre la condición penal del Derecho de menores en Alemania, véase ALBRECHT, *El Derecho penal…, op. cit*., p. 94; PRITTWITZ, C., "La justicia penal de menores en Alemania", en *Tendencias de la justicia penal de menores (una perspectiva comparada)*. Enrique Anarte Borrallo (director). Ed. Iustel. Madrid, 2010, pp. 21 – 36; CANO PAÑOS, M. A., "¿Supresión, mantenimiento o reformulación del pensamiento educativo en el Derecho penal juvenil?", en *Revista Electrónica de ciencia Penal y Criminología*, Núm. 13, noviembre, http://criminet.ugr.es/recpc/13-13.pdf 2011, pp. 1 – 55, p. 36 y ss.

[28] Sobre la historia de la responsabilidad penal del menor, véase VIDAL HERRERO, *op. cit*., p. 29 y ss.

[29] Véase "Las instituciones protectoras de menores" (título del epígrafe utilizado por la autora), en MORA SÁNCHEZ, *op. cit*., p. 17 y ss. También, DE PALMA DEL TESO, A. / FONT I LLOVET, T., *La protecció pública dels menores desemparats. La tutela de l'Administració*. Disponible en web http://www20.gencat.cat/docs/Justicia/Documents/ARXIUS/doc_46896471_1.pdf 2002. Véase, también, SÁNCHEZ – VALVERDE VISUS, C., *La Junta de Protección a la Infancia de Barcelona, 1908-1985: Aproximación histórica y Guía Documental de su Archivo*. Tesis doctoral. Universitat de Barcelona. Departament de Teoria i Història de l'Educació. Barcelona. 2007.

Un estudio profundo sobre la concepción social y jurídica de la infancia, desde el período comprendido entre las culturas antiguas occidentales, pasando por el Renacimiento, Las Partidas, la industrialización, hasta la Convención de los Derechos del Niño de 1989, es el realizado por RAVETLLAT BALLESTÉ, I., *Aproximación histórica a la construcción sociojurídica de la categoría infancia*. Ed. Universitat Politècnica de València. 2015.

[30] Véase PANCHÓN IGLESIAS, C., *Manual de pedagogía de la inadaptación social*. Ed. Dulac. Barcelona. 1998, p. 13.

[31] Como ejemplo de legislación que ha evitado que los menores abandonados sean tratados a través de la justicia penal, mediante la tarea asistencial y de protección, citamos la *Ley de Protección a la Infancia*, también conocida como Ley Tolosa Latour, promulgada el 12 de agosto de 1904; en este contexto, véase PANCHÓN IGLESIAS, *op. cit*., 19 y ss.

[32] Véase ALEMÁN MONTERREAL, A., "Reseña histórica sobre la minoría de edad penal", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, Núm. 11, 2007, pp. 27 – 44; MARTÍNEZ ÁLVAREZ, O., *Justicia y protección de menores en la España del siglo XIX. La Cárcel de Jóvenes de Madrid y la Casa de Corrección de Barcelona*. Tesis doctoral. Universitat de Barcelona. Departamento de Teoría e Historia de la Educación. 2012; también, la tesis doctoral de PÉREZ DE LARA**,** C.**,** *Tratamiento de menores de edad penal en la legislación española*; igualmente, la tesis doctoral de SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F., *La jurisdicción de menores en España (pasado, presente y futuro)*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid. 1996; y, sobre todo, el trabajo de VENTAS SASTRE, R., "La minoría de edad penal en el proceso de la codificación penal española (Siglos XIX y XX)", en *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 77, 2002, pp. 301 – 407.

[33] El Padre de Huérfanos fue una institución fundada en el año 1337, en Valencia, por el rey Pedro IV de Aragón, tal y como señala PANCHÓN IGLESIAS, *op. cit*., p. 12; también, véase SAN VICENTE PINO, A., *El oficio de padre de huérfanos*, Ed. Caesaraugustana Theses. Zaragoza. 1965.

[34] Véase ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general. Tomo I*. (Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego – Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal). Ed. Civitas, Madrid, 1997, pp. 144 y ss., PÉREZ LUÑO, A. E., "Legalidad penal y seguridad jurídica", en *Los derechos fundamentales y libertades públicas (II) / XIII Jornadas de Estudio*. Vol. I. Ed. Ministerio de Justicia. Dirección General del Servicio Jurídico del Estado. Madrid, 1993, pp. 457 – 472, p. 459; LAMARCA PÉREZ, C., "Formación histórica y significado político de la legalidad penal", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 7. Nº 20, 1987, pp. 35 – 60.

[35] Sobre "El principio de legalidad como exigencia del Estado de Derecho" (título del epígrafe utilizado por el autor), véase MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*. Ed. Reppertor. 6ª edición. Barcelona, 2002, p. 110 y ss., también, ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho. Especial referencia al tratamiento penológico del delincuente imputable peligroso*. Monografía asociada a *Revista Aranzadi de Derecho Procesal y Penal*. Nº 24. Ed. Cizur Menor. Aranzadi Thomson Reuters. Navarra. 2010, p. 269 y ss.

desarrolla el principio de legalidad penal en el contexto internacional[36], en las medidas de seguridad[37], en la analogía (tanto en su vertiente de prohibición de la analogía *in malam partem*[38], como en la aceptación doctrinal de la analogía *in bonam partem)*, o en el sistema del *common law*, del precedente judicial[39].

La SEGUNDA PARTE la destinamos a la descripción de la relación problemática del principio del interés superior del menor con el principio de legalidad y el principio de seguridad jurídica. Este problema lo retomamos en la cuarta parte, donde plasmamos a la vez que resolvemos –proponiendo alternativas- el problema de fondo de esta tesis, la indeterminación jurídica en relación con dicho principio del interés del menor.

En la TERCERA PARTE, estudiamos específicamente el problema enunciado al principio de estas páginas: las consecuencias jurídicas del incumplimiento con posible comisión de delito de quebrantamiento de penas juveniles no privativas de libertad.

Por último, en la CUARTA PARTE, hemos considerado oportuno recoger las comprobaciones formuladas en los análisis anteriores profundizando en la tensión entre garantías penales e interés superior del menor; esta tensión es la que surge: a) a la hora de individualizar la pena juvenil a aplicar al menor infractor, lo que afecta al juez de menores y, en menor medida al fiscal, sin olvidar los aspectos que contiene el informe del equipo técnico y

---

[36] Acerca de la legalidad en el contexto internacional, véase la STS, S. 2ª, Sección 1ª, 1.10.2007, (MP: Excmo. Sr. D. Miguel COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA), sobre todo el Voto Particular que formula el Excmo. Sr. D. Manuel MARCHENA GÓMEZ; OLLÉ SESÉ, M., "El principio de legalidad en el Derecho penal internacional: su aplicación por los tribunales domésticos", en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Carlos García Valdés, Antonio Cuerda Riezu, Margarita Martínez Escamilla, Rafael Alcácer Guirao, Margarita Valle Mariscal de Gante (coordinadores). Ed. Edisofer. Madrid, 2008, pp. 559 – 582; SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Principio de legalidad y legislación penal europea: ¿una convergencia imposible?", en *El derecho penal de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro.* Coordinado por Luis Alberto Arroyo Zapatero, Adán Nieto Martín, Marta Muñoz de Morales Romero. Ed. Universidad de Castilla – La Mancha. 2007, pp. 69 – 86.

[37] Las medidas de seguridad, igual que las penas, gozan de la protección de los principios constitucionales, a la vez que limitadores de la potestad punitiva del Estado: proporcionalidad, legalidad penal, jurisdiccionalidad, etc., tal y como manifiesta la doctrina; en este sentido, véase, por todos GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y Aplicación de Penas y Medidas de Seguridad en el Código Penal de 1995*. Ed. Aranzadi. Pamplona, 1997, p. 128 y ss; sobre el principio de legalidad y las medidas de seguridad, véase COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T. S., - "Artículo 1", en *Comentarios al Código penal.* M. Cobo del Rosal, (director), Tomo I y Tomo II, Edersa, Madrid. 1999, pp. 23 – 67, p. 67; también, RUIZ VADILLO, E., "La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal.", en *Cuadernos de Derecho Judicial*. Nº 29. Ed. Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 1993, apartado XII, "El principio de legalidad y las medidas de seguridad".

[38] Véase MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal.* Ed. Bosch. Barcelona. 1976, p. 316 y ss., también, BACIGALUPO ZAPATER, E., "La garantía del principio de legalidad y la prohibición de la analogía en el Derecho penal", en *Anuario de Derechos Humanos*. Nº 2, 1983, pp. 11 a 29; FALCÓN y TELLA, M. J., *El argumento analógico en el Derecho*. Ed. Civitas, Madrid. 1991, pp. 189 y ss., igualmente, véase STS, S. 2ª, 15.7.2013, FJ 2º, (MP: Excmo. Sr. D. Carlos GRANADOS PEREZ).

[39] Véase LANDROVE DÍAZ, *Introducción…, op. cit.,* p. 84; también, DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *El principio de legalidad penal*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2004, p. 22; MEZGER, E., *Tratado de Derecho penal, I y II* (Introducción de Francisco Muñoz Conde. Traducción y notas de J. A. Rodríguez Muñoz). Ed. Jose Luis Depalma - Hammurabi. 1ª edición. Buenos Aires. 2010., T. I, p. 117 – 118; ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Sobre el principio de legalidad*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2009, p. 307 y ss., ACALE SÁNCHEZ, *op. cit*., p. 273, nota a pie de página citando a HASSEMER.

que tienen que ver con la personalidad del menor autor de los hechos, así como con su entorno sociofamiliar; y, b) durante el proceso de ejecución, en el que interviene el interés del menor también, a través del principio de flexibilidad en la ejecución de las penas juveniles.

7) Metodología. El método seguido es el habitual en los estudios jurídico-penales que se centran en problemas teóricos, pero, con una constante aplicación práctica. Así, el método deductivo parte de la precisión de sentido de las normas generales de todo rango (desde la Constitución hasta el Reglamento), planteando premisas de las que se extraerán las conclusiones oportunas, junto con hipótesis de trabajo, que se resolverán al final de cada epígrafe, a modo de conclusiones y propuestas de mejora. Específicamente, comprobamos la aplicación y adaptación de los principios constitucionales a las peculiaridades de la legislación penal juvenil, perspectiva dogmática en la que lógicamente, predominan las fuentes doctrinales.

Junto a este elemental planteamiento teórico, hemos pretendido también no olvidar el pensamiento problemático ni la perspectiva práctica, acudiendo a textos aplicativos como resoluciones judiciales (dictadas por Jueces de Menores, Audiencias Provinciales y Tribunal Supremo), así como Circulares e Instrucciones de la Fiscalía General del Estado.

Concluimos estas páginas introductorias afirmando el propósito que ha guiado nuestro trabajo: avanzar en el conocimiento sobre el actual Derecho penal juvenil, porque –pese a existir algunos[40]- son pocos los estudios que confrontan los repetidos principios constitucionales con el concepto del interés superior del menor.

Y sobre todo, expresando mi más sincero agradecimiento a la directora de esta tesis doctoral Prof. Mercedes GARCÍA ARÁN, catedrática de Derecho penal de la Universitat Autònoma de Barcelona, por aceptarme como su doctorando. Gracias a su colaboración imprescindible, ideas y dirección, confío en que este trabajo de investigación contribuya a la mejora del Derecho penal juvenil en su faceta teórica y, sobre todo, práctica en los tribunales, juzgados y fiscalías de menores.

[40] Existen algunos estudios que profundizan en la aplicación de la legalidad penal y la seguridad jurídica en la jurisdicción de menores; a título de ejemplo, citamos los siguientes: AYO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 163 y ss; véase, también, ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores, op. cit.,* 2007, p. 103 y ss., también, BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., "El Derecho penal de menores en el Estado social y democrático de Derecho. Breve referencia a los principios que disciplinan el *ius puniendi* estatal respecto del joven infractor.", en *El Derecho penal de menores a debate. I Congreso Nacional sobre Justicia Penal Juvenil*, I. E. Benítez Ortúzar, M. J. Cruz Blanca (directores). Ed. Dykinson. Madrid., 2010, pp. 53 – 78, p. 67 y ss.

CAPÍTULO I

FUNDAMENTO Y NATURALEZA DEL DERECHO PENAL JUVENIL

1. Fundamento del Derecho penal juvenil.

El presente capítulo junto con el siguiente tiene por objeto la exposición de los conceptos básicos necesarios para abordar el tema central de la investigación; uno de dichos conceptos es el fundamento que justifica una legislación penal especializada, en el sentido de dirigida hacia un sector de población (menores de 18 y mayores de 14 años) que han cometido una infracción tipificada en el Código penal. Así, la descripción del fundamento citado contribuirá al entendimiento de la especialización del Derecho penal hacia el sector de la población mencionado. En este contexto de especialización, hemos de añadir que, como es de sobra conocido, la responsabilidad penal que se exige a los menores es más "suave" o en todo caso diferente[41] en relación con los adultos (principalmente, en la fase de ejecución de las consecuencias jurídicas[42]). Así, dicha responsabilidad penal se exige siguiendo lo establecido en el Art. 16 y ss LORPM y a través de las consecuencias jurídicas reguladas en el Art. 7 LORPM; en esta disposición legal, se articula una serie de respuestas distintas a la de la pena común, las penas juveniles.

En este marco penal y ya entrando en el objeto de estudio de este capítulo, hemos de decir que los códigos penales –tanto los anteriores como el vigente- han obviado el definir el fundamento del Derecho penal juvenil, expresamente[43]. Su definición ha corrido a cargo de la doctrina; por ello vamos a exponer el posicionamiento de dicha doctrina más adelante.

Pero antes, se hace necesaria aquí, una breve reseña en relación con la inimputabilidad: el fundamento que justificaba la intervención penal sobre los menores

[41] En este sentido, véase CRUZ MÁRQUEZ, B., "Presupuestos de la responsabilidad penal del menor: una necesaria revisión desde la perspectiva adolescente", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Nº 15. (Ejemplar dedicado a *El menor ante el derecho en el siglo XXI* / coord. por Julio Díaz-Maroto y Villarejo, Alma María Rodríguez Guitián), 2011, pp. 241 – 269, p. 245 y p. 248 y ss., diferencias que se concretan en un tratamiento jurídico – penal especializado. Sobre los motivos que fundamentan la regulación de la responsabilidad penal de los jóvenes de una manera específica o excluida del Derecho penal común, véase CRUZ MÁRQUEZ, "Presupuestos…", *op. cit.*, pp. 243 y ss.

[42] En este sentido, véase GARCÍA PÉREZ, M. F., "Experiencias prácticas en la ejecución judicial de las medidas.", en *Cuadernos de Derecho Judicial.* Nº 25, ejemplar dedicado a "La Ley de responsabilidad penal del menor: situación actual", Félix Pantoja García (Director). Ed. Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2005, pp. 129 – 174, p. 135.

[43] En este sentido, véase VENTAS SASTRE, "La minoría de edad…", *op. cit.*, p. 318.

infractores era la inimputablidad, hasta hace bien poco[44]. No obstante, en la actualidad, ya no se sostiene que la carencia de imputabilidad[45] justifique la separación del menor del Derecho penal[46]. En la misma línea, MIR PUIG[47] manifiesta que ya no se puede justificar la exclusión del menor infractor del Código penal por una ausencia de su imputabilidad; principalmente, porque, los menores de 18 y mayores de 14 años no se hallan en una situación de inimputabilidad a nivel personal, social o educativo; desde esta perspectiva, CÓRDOBA RODA expresa que "… *en la actualidad, no cabe valorar la minoría de 18 años y mayoría de 14 como una situación de inimputabilidad.*"[48] Igualmente, hemos de considerar la opinión de SALA DONADO[49], en el sentido de que los menores tienen capacidad no sólo para cometer delitos sino, del mismo modo, para ser conscientes de la antijuridicidad de su acción delictiva o de la relevancia jurídico-penal de su conducta y, en este sentido, para ser responsables penalmente. BARQUIN / CANO[50] adoptan la misma opinión que la doctrina penal general.

Por tanto, el fundamento del Derecho penal juvenil no se halla en el concepto de inimputabilidad (tampoco, en el concepto de imputabilidad[51]), puesto que, tanto los menores (menores de 18 y mayores de 14 años) como los adultos son equiparables en relación con la imputabilidad (ambos grupos de edad ostentan un nivel suficiente de imputabilidad que les capacita para ser culpables y por tanto para responsabilizarse de sus actos). En resumen, ya no se puede argumentar que los menores de 18 y mayores de 14 años están excluidos del ámbito de actuación del Derecho penal.

---

44 En este contexto, véase RÍOS MARTÍN, J. C., *El menor infractor ante la ley penal*, Ed. Comares. Granada. 1993, p. 129; dicho autor afirma que los menores infractores no han de ser sometidos a procedimientos penales pues, en ellos, está ausente la madurez; dicho madurez es considerada "… *como pilar básico de la imputabilidad.*" En esta línea, cabe añadir que el CP 1973 (que estuvo vigente hasta el año 1995) consideraba que los menores eran inimputables; el CP 1973 contenía, en su Art. 8.2, una presunción *iuris et de iure*, que implicaba que los menores de 0 a 15 años de edad eran inimputables y por tanto irresponsables penalmente. En esta misma línea, véase CANTARERO BANDRÉS, *Delincuencia juvenil: Asistencia terapéutica…, op. cit*., p. 25 y p. 30.

45 Sobre los conceptos de responsabilidad, culpabilidad e imputabilidad, véase ACALE SÁNCHEZ, *op. cit*., p. 301 y ss; MOLINA FERNÁNDEZ, F., "Presupuestos de la responsabilidad jurídica (análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)", en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*. Enero, Tomo LIII. 2000, pp. 169 – 283; también, VIDAL HERRERO, *op. cit*., p. 184.

46 En este sentido, véase CERVELLÓ DONDERIS, V. / COLÁS TURÉGANO, A., *La responsabilidad penal del menor de edad*. Ed. Tecnos. Madrid. 2002, p. 50.

47 En esta línea, véase MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, *op. cit*., p. 579.

48 Véase CÓRDOBA RODA, *La ley…, op. cit*., p. 370. Podremos entender que estamos ante una situación de inimputabilidad, únicamente, si, a dicho menor de 18 y mayor de 14 años, se le diagnostica o se le dictamina alguna de las situaciones personales o causas de inimputabilidad -exenciones de la responsabilidad criminal- reguladas en el Art. 20 CP, apartados 1º, 2º y 3º.

49 En este sentido, véase SALA DONADO, C., *Proceso penal de menores: especialidades derivadas del interés de los menores y opciones de política criminal*. Tesis doctoral, Departamento de Derecho Público. Universitat de Girona. 2002, p. 16.

50 En este sentido, véase BARQUÍN SANZ, J., / CANO PAÑOS, M. A., "Justicia penal en España: una legislación a la altura de los tiempos.", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Nº 18, 2006, pp. 37 – 95, p. 51.

51 En este contexto, véase CARMONA SALGADO, C., "Artículo 19", en *Comentarios al Código penal*. M. Cobo del Rosal, (director), Tomo I y Tomo II, Edersa, Madrid, 1999, pp. 21 – 70, p. 31.

En coherencia, habrá que buscar otros motivos, habrá que proponer, según CARMONA SALGADO, "… *criterios distintos, de índole político – criminal.*"[52]; criterios que justifiquen la exclusión del menor infractor del Derecho penal común[53] y, a la vez, la inclusión en un Derecho penal especializado, que ayudarán a definir el fundamento del Derecho penal juvenil. Todo ello, abre paso a la noción de "*necesidad de prevención*" o a "*La idea de la necesidad de pena*"[54], que se enmarca en el contexto del fundamento de la responsabilidad penal[55] y, según MIR PUIG, "*Desde una concepción preventiva de la pena.*"[56]

Desde esta perspectiva, el legislador, a través de la LORPM[57], junto con la doctrina especializada en Derecho penal juvenil[58] fundamenta la ausencia de intervención penal en los menores de edad inferior a los 14 años[59] en la noción de necesidad de prevención.

A partir de los 14 y hasta los 17 años, la idea de la necesidad de prevención, como fundamento del Derecho penal juvenil o de un tratamiento penal y educativo diferenciado de los adultos, sigue presente: en primer lugar, porque las consecuencias de la jurisdicción común (las penas) son abusivas[60], desproporcionadas[61] y sobre todo innecesarias para dar respuesta a la delincuencia juvenil y, en este contexto, para ser coherentes con la finalidad de las penas, en el marco de la prevención general. Además de innecesarias, son contraproducentes, porque el menor infractor puede quedar etiquetado[62] a través del proceso penal y como consecuencia,

---

[52] Véase *loc. ult. cit.* Sobre el fundamento del Derecho penal juvenil, desde su consideración como eximente regulada en el Art. 19 CP, véase CARMONA SALGADO, C., "Algunas observaciones sobre la responsabilidad penal de los menores, a raíz de la Ley 5/2000, de 12 de enero", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.* Nº 4, 2002, pp. 57 – 65, apartado II.- "Fundamento de dicha eximente"; también, MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, *op. cit.*, p. 579 – 580.

[53] Sobre las "Teorías en torno al fundamento de la eximente de minoría de edad" (título del epígrafe utilizado por la autora), -teoría como la "necesidad de prevención"- véase CARMONA SALGADO, "Artículo 19", *op. cit.*, p. 28 y ss., también, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General., op. cit.,* p. 579.

[54] Véase MIR PUIG, S., *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho.* Ed. Ariel. Barcelona, 1994, p. 82 – 83. Sobre la teoría de la necesidad de la pena, que es la noción fundamentadora de la exclusión del menor infractor del Derecho penal común, véase RÍOS MARTÍN, *op. cit.*, p. 130; también, VIANA BALLESTER, C., "La responsabilidad penal del menor: naturaleza y principios informadores", en *Revista penal*, Nº 13, 2004, pp. 151 – 184, p. 178 y ss., MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, *op. cit.*, pp. 527 – 528; también, ROXIN, *Derecho penal. Parte General.*, *op. cit.*, p. 792 y ss.

[55] En este contexto, véase MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, *op. cit.*, p. 526; también, ROXIN, *Derecho penal. Parte General, op. cit.*, p. 792.

[56] Véase MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, *op. cit.*, p. 527.

[57] Véase LORPM, Exposición de Motivos, apartado 4º.

[58] Véase SÁINZ – CANTERO CAPARRÓS, *op. cit.*, p. 5153.

[59] Acerca del "Régimen de los menores de catorce años" (título del epígrafe utilizado por el autor), véase LANDROVE DÍAZ, G., *Introducción al Derecho penal de menores*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003, p. 62 – 63. Sobre la "Intervención con menores infractores de edad inferior a 14 años" (título del apartado utilizado por el autor), véase FGE, Jornadas de Fiscales delegados de menores. Conclusiones. 16 y 17 de octubre de 2013. Madrid. p. 5 y ss.

[60] Tal y como afirma GIMBERNAT ORDEIG, citado por SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales.* Ed. J. M. Bosch. Barcelona, 1997, p. 170, nota a pie de página Nº 419.

[61] En este contexto, véase PAREDES CASTAÑÓN, J. M., "El principio del 'interés del menor' en Derecho penal: una visión crítica", en *Revista de Derecho penal y criminología*, Nº 10, julio de 2013, p. 165.

[62] En este sentido, véase BECKER, H., *Outsiders: hacia una sociología de la desviación*, Ed. Siglo XXI, Madrid. 2009.

identificarse con modelos de conducta antisociales[63]. No sólo contraproducentes, sino que también, las penas serían ilegítimas[64]: imponer una pena de mayores a un menor es ilegítimo desde la óptica de la política criminal en general y, en concreto, desde la perspectiva de los fines de la pena, de la prevención general[65] negativa o intimidatoria[66] y de la prevención especial[67] positiva y negativa[68].

En segundo lugar (y como más importante, pues aquí radica el argumento principal que se contiene en el fundamento del Derecho penal juvenil), porque la pena juvenil se considera más eficaz y más eficiente que la pena común[69]: un tratamiento especializado –educativo- es mucho más idóneo que el castigo puro y simple, desde todas las vertientes, jurídicas, educativas[70], legislativas, doctrinales[71], etc. No sólo más idóneo sino sobre todo suficiente: suficiente a través de la respuesta penal a través de la pena juvenil –sin necesidad de recurrir a las penas establecidas en el Código penal- regulada en una legislación penal de menores especializada o separada del Derecho penal común.

63 En este sentido, véase RÍOS MARTÍN, *op. cit*., p. 130, citando a GIMBERNAT ORDEIG.
64 En este sentido, véase SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal…, op. cit*., p. 170.
65 Sobre la prevención general, véase ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, *op. cit*., p. 89 y ss., MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, *op. cit*., p. 87 y ss., también, JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal*, Ed. Losada, Tomo II, 5ª edición, Buenos Aires, 1992, p. 47 y ss., MIR PUIG, *El Derecho penal…, op. cit*., p. 120 y ss.
66 Véase VIANA BALLESTER, *op. cit*., p. 174; y, sobre todo, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado…, op. cit*., p. 47 y ss.
67 Véase ROXIN, *Derecho penal. Parte general, op. cit*., p. 85 y ss., MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, *op. cit*., p. 90 y ss., MIR PUIG, *El Derecho penal…, op. cit*., p. 121 y ss; también, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*…, *op. cit*., p. 51 y ss. Sobre la relación entre la prevención general y la prevención especial, véase MIR PUIG, *El Derecho penal…, op. cit*., p. 122 y ss.
68 Sobre la prevención especial negativa en la jurisdicción de menores, véase BERNUZ BENEITEZ, M. J., "Justicia de menores española y nuevas tendencias penales. La regulación del núcleo duro de la delincuencia juvenil", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Nº 07-12, http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-12.pdf 2005, pp. 1 - 23, p. 10.
69 En este contexto, véase PAREDES CASTAÑÓN, *op. cit*., pp. 155 – 186, p. 165.
70 En este sentido, véase SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal…, op. cit*., p. 170. También, véase MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, *op. cit*., p. 580.
71 En este contexto, véase MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, *op. cit*., p. 579; también, MIR PUIG, *El Derecho penal…, op. cit*., p. 144; también, PAREDES CASTAÑÓN, *op. cit*., p. 165.

2. Naturaleza jurídica del Derecho penal juvenil y vigencia de las garantías penales en la materia.

Aquí, estudiamos la naturaleza jurídica del Derecho penal juvenil[72]; pero de entrada, hemos de decir que no necesariamente ha de exigirse una responsabilidad penal al menor que comete un hecho criminal, tal y como desde esta perspectiva se posiciona VIANA BALLESTER[73].

Planteamos el dilema en referencia a si dicha exigencia de responsabilidad ha de ser penal[74] o educativa para, finalmente, posicionarnos –junto con la doctrina y el legislador- a favor de la condición penal (con contenido y finalidad educativa) de la justicia de menores; en este sentido, PÉREZ DE LARA señala que "… *'La Justicia de Menores' es una reivindicación del principio de responsabilidad del menor.*"[75] En este contexto, cabe añadir que la proclamación de la condición penal de la jurisdicción de menores por parte del legislador implicó un cambio fundamental[76] acerca del modelo de exigencia de responsabilidad vigente hasta el año 1992 (modelo tutelar[77] representado por la LTTM de 1948[78]).

---

[72] Véase ALBRECHT, *El Derecho penal de menores*, *op. cit*., p. 11; también, VIANA BALLESTER, *op. cit*., p. 159 y ss., CANO PAÑOS, "¿Supresión…", *op. cit*., p. 5 y ss., igualmente, HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal juvenil.* Ed. Bosch, Barcelona, 2003*,* p. 70.

[73] Véase VIANA BALLESTER, *op. cit*., p. 159.

[74] En este sentido, véase LORPM, Exposición de Motivos, apartado I.4. También, véase "El concepto de responsabilidad penal de los menores" (título del epígrafe utilizado por el autor), CONDE – PUMPIDO FERREIRO, C., "Introducción", en *Ley de la responsabilidad penal de los menores*, Ed. Trivium. Madrid, 2001, p. 27 y ss., AYO FERNÁNDEZ, *op. cit*., p. 81, p. 191 y p. 200 - 201; TAMARIT SUMALLA, J. M., "Principios político-criminales y dogmáticos del sistema penal de menores", en *Justicia penal de menores y jóvenes* (Coordinadores J. L. González Cussac, J. M. Tamarit Sumalla y J. L. Gómez Colomer), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2002, pp. 13 – 46, p. 23; y esa responsabilidad se exige a dichos menores a través de la LORPM y en virtud del Art. 19 CP, en este sentido, véase HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal…, op. cit*., p. 232 y ss., VENTAS SASTRE, "La minoría…", *op. cit.*, véase, también, HALL GARCÍA, A. P., *Menores infractores ante el Derecho penal. Especial referencia a la minoría de edad (Art. 19 CP) y modelos de responsabilidad del menor*. Tesis doctoral. Universidad de Salamanca. 2002, p. 202 y ss.

[75] Véase PÉREZ DE LARA, *op. cit*., p. 423 citando a DE LEO en su nota a pie de página Nº 186.

[76] Cambio fundamental que ya inició la famosa STC 36/1991, de 14 de febrero (véase esta STC 36/1991, FJ 6º, párrafo 8º), cambio que continuó la ley anterior a la actual, la LO 4/1992, cambio que se siguió a través de la moción que se aprobó de una manera unánime en el Congreso de los Diputados el 10 de mayo de 1994*, sobre medidas para mejorar el marco jurídico vigente de protección del menor*. La LORPM hace referencia a esta moción en su Exposición de motivos, apartado 3º y apartado 1º. Sobre esta moción, véase VIANA BALLESTER, *op. cit*., p. 156 -157; también, VIDAL HERRERO, *op. cit*., p. 145.

[77] Sobre la crítica y valoración del modelo tutelar –en el sentido que realizaba una incorrecta ponderación del menor infractor-, véase VENTAS SASTRE, R., *La minoría de edad penal*. Ed. Publicaciones del Instituto de criminología de la Universidad Complutense de Madrid. 2003, p. 160 y ss., MOVILLA ÁLVAREZ, C., "Jurisdicción de Menores y Constitución.", en *Menores*, setiembre – octubre, 1984, pp. 68 – 85, p. 69 y ss., AMICH ELÍAS, C., "Normativa jurídico-penal sobre infancia y juventud delincuente en la dictadura franquista.", en *Cuadernos de historia del derecho*. Nº 16, 2009, pp. 75 – 109; GONZÁLEZ ZORRILLA, C., / DE LEO, G., *La justicia de menores: la delincuencia juvenil y sus instituciones*. Ed. Teide. Barcelona, 1985, p. 116 - 125; CANTARERO BANDRÉS, C., "Ley de Tribunales Tutelares de Menores (Texto refundido aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948) y Constitución", en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1986, p. 113 – 118, p. 113; HARRIS, PH. W., / WELSH, W., / BUTLER, F., *Un siglo de justicia juvenil*, en *Una selección de Criminal Justice 2000*, obra titulada *Justicia penal siglo XXI*, National Institute of Justice (U.S. Department of Justice). Edición de Rosemary Barberet y Jesús Barquín. Traducción de Jesús Barquín Sanz y Miguel Ángel Cano Paños, en

La base de este cambio radica en el hecho de que se abandona la idea de inimputabilidad –que el sistema tutelar afirmaba en los menores a través de la LTTM[79]- para luego, confirmar que los menores son imputables y por tanto pueden ser culpables. Por todo ello, el Derecho penal puede intervenir, en el sentido de abarcar a dichos menores[80] como destinatarios de su ámbito de actuación. No obstante, cabe decir también que un sector minoritario de la doctrina especializada en Derecho penal juvenil pone en duda –consideramos que equivocadamente- la condición penal de la citada legislación[81].

Etapa tutelar. Pues bien y para estudiar la citada naturaleza jurídica del Derecho penal juvenil, hemos de realizar antes una breve reseña en referencia a la etapa anterior a la actual, la tutelar (que surgió del positivismo[82] –de origen italiano- y del correccionalismo[83] -

---

http://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/213798_spanish/213798_spanish.pdf 2000, pp. 55 – 130, p. 58 y ss., y p. 71 y ss., también, DIEGO ESPUNY, "La libertad vigilada…", *op. cit*., p. 148. .

[78] El positivismo y el correccionalismo fueron los pilares ideológicos del modelo tutelar; este modelo tuvo su fiel reflejo en las leyes, el primer ejemplo fue la Ley de Tribunales para Niños de 1918. Sobre la influencia del correccionalismo en la Ley de TTM, véase PANCHÓN IGLESIAS, *op. cit*., p. 24. Acerca del modelo tutelar y su relación con la escuela positivista junto con la Ley de TTM de 1948, véase GUASCH GARCIA, M., *La actuación educativa en el ámbito judicial. Un modelo socio – cognitivo de intervención en libertad.* (Tesis doctoral), Universidad de Barcelona, Facultad de Filosofía y Ciencias de la Educación. Departamento de Educación y Psicología, Tarragona. 1991, p. 20 y ss., también, GUASCH GARCÍA, M., *La acción educativa en el ámbito de la inadaptación social. Un modelo de intervención en libertad*. Ed. Estel. Barcelona. 1996, p. 31 y ss.

[79] Véase DE LA CUESTA / BLANCO, *op. cit*., p. 38 y ss., véase, también, la relevancia –por no haber sufrido apenas modificaciones durante tantas décadas de vigencia- que comenta, sobre esta Ley de TTM, la autora PÉREZ DE LARA, *op. cit*., p. 140. También, PANCHÓN IGLESIAS, *op. cit*., p. 38 y ss., y GIMÉNEZ – SALINAS i COLOMER, E., *Delincuencia juvenil y control social. Estudio descriptivo de la actuación del Tribunal Tutelar de Menores de Barcelona*. Ed. Círculo Editor Universo, Esplugues de Ll. (Barcelona). 1981. p. 27 y ss; MARTÍN OSTOS, J., "Los futuros juzgados de menores.", en *Anuario de la Facultad de Derecho*. Ed. Universidad de Extremadura. Nº 4, 1986, pp. 227 – 256, p. 234 y ss., igualmente, COLÁS TURÉGANO, A., *Derecho penal de menores*, Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2011, p. 60 y ss.

[80] En este contexto, véase SÁINZ – CANTERO CAPARRÓS, *op. cit*., p. 5153.

[81] En este sentido, véase HALL GARCÍA, *op. cit*., p. 280 y ss.

[82] Véase MIR PUIG, *Introducción…, op. cit.,* p. 208 y ss. Sobre la "Influencia del positivismo y del correccionalismo en la concepción tutelar" (título de epígrafe utilizado por el autor), véase RÍOS MARTÍN, *op. cit*., p. 93 y ss. Sobre la crítica al positivismo italiano (Escuela Positiva en Italia) "… *como nueva fuente de la legitimación de castigar*.", véase DE LEO, G., / GONZÁLEZ ZORRILLA, C**.,** *La justicia de menores: la delincuencia juvenil y sus instituciones*. Ed. Teide. Barcelona, 1985, p. 28 y ss; sobre la "Incidencia del positivismo criminológico en el sistema de legislación tutelar aplicado al menor.", (título del subepígrafe utilizado en su obra por la autora), véase HALL GARCÍA, *op. cit*., p. 109 y ss., HARRIS / WELSH / BUTLER, *op. cit*., p. 71. Véase, también, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado…, op. cit.,* p. 60 y ss., también, GARCÍA ARÁN, M. *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*. Ediciones de la Universitat de Barcelona, Barcelona. 1982, p. 69 y ss. Los principales autores del positivismo criminológico italiano fueron LOMBROSO, GAROFALO y FERRI, en este sentido, véase SÁINZ – CANTERO CAPARRÓS, *op. cit*., p. 5141.

[83] En Alemania, se adoptó la denominación de correccionalismo y su principal impulsor fue el pensador alemán Karl Christian Friedrich KRAUSE y sus discípulos, Karl RÖDER, Heinrich AHRENS, entre otros, tal y como afirma MIR PUIG, *Introducción…, op. cit*., p. 266. Sobre el pensamiento del citado KRAUSE, véase CLARIANA ROIG, *op. cit*., p. 240 y ss., BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal. Parte general.* Editorial PPU. 4ª edición, aumentada, corregida y puesta al día por Hernán Hormazábal Malarée. Barcelona. 1984, p. 208.

En España, se adoptó la denominación de *correccionalismo* también (pues, esta orientación penal provenía del, igualmente, denominado *correccionalismo* alemán, tal y como afirma MIR PUIG, *Introducción, op. cit*., p. 266) para, con ese nombre (correccionalismo), definir a la "Escuela Penal típicamente española", véase *Loc. ult. cit.*

El principal impulsor del correccionalismo en España –en la jurisdicción de menores- fue Pedro DORADO MONTERO, junto con otros juristas relevantes como C. Arenal Ponte, L. Jiménez de Asúa, F. Giner de los Ríos, A. Calderón, E. Cuello Calón, R. Albó y Martí, J. Juderías Loyot, G. M. de Ybarra, A. Montero Ríos, etc. Acerca

también conocido como posición determinista[84] de origen alemán, pero con una aportación particular de la ciencia penal española-). Pues bien, de esta etapa, quedan ciertas reminiscencias tutelares que constituyen uno de los problemas a resolver en esta tesis, problema que ampliamos más adelante.

La presencia de concepciones tutelares en la legislación penal de menores[85] actual tiene varias explicaciones; a continuación enunciamos la que consideramos más importante: la justicia juvenil, en concreto el modelo de intervención vigente –modelo de justicia o de responsabilidad[86]- es "heredero" del "tutelar – proteccionista", en el sentido de que procede o es continuador –con las mejoras garantizadoras introducidas a través de la Constitución de 1978[87] (también, a través del intento de incorporación de garantías mediante el Estatuto del Menor[88] de 1978)- de una tradición normativa o cultura jurídica que ha estado influida por una

del correccionalismo de DORADO MONTERO, que intentó unir el correccionalismo con el positivismo criminológico, véase BUSTOS RAMÍREZ, *Manual…, op. cit*., p. 209.

[84] Véase SÁINZ – CANTERO CAPARRÓS, *op. cit*., p. 5141.

[85] En este contexto, véase CANTARERO BANDRÉS, *Delincuencia juvenil: ¿asistencia terapéutica…, op. cit.,* p. 26; y, sobre todo, CABEZAS SALMERÓN, J., "Superación del modelo anterior de justicia juvenil (tutelar) por el actual modelo (de responsabilidad). ¿Se lo ha creído alguien?", en *Revista Crítica Penal y Poder,* Nº 1, 2011, pp. 158 – 173.

[86] La LO 4/1992 empezó la introducción del modelo de responsabilidad, tal y como se puede deducir de GARCÍA - PABLOS, A., "Presupuestos criminológicos y político – criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores.", ejemplar dedicado a "Menores privados de libertad.", en *Cuadernos de Derecho Judicial.* Nº 15. José Manuel Martínez – Pereda Rodríguez (director). Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1996, pp. 249 – 288, p. 249 y ss., véase, también, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. I., *Minoría de edad penal y Derecho penal juvenil*, Ed. Comares. Granada. 1998, p. 108.

La doctrina especializada en Derecho penal juvenil afirma que la LORPM vigente responde al Modelo de Justicia o Responsabilizador, en este sentido, véase MARTÍN CRUZ, A., *Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad penal por razón de la edad.* Ed. Comares, Granada. 2004, p. 284 y ss., y p. 311 y ss., aunque, en esta investigación, sostenemos que el modelo que subyace en la LORPM es el "Educativo", tal y como en este contexto afirma VALBUENA GARCÍA, E., *Medidas cautelares en el enjuiciamiento de menores*, Ed. Thomson – Aranzadi. Pamplona. 2008, p. 34. Sobre este modelo de intervención responsabilizador o de justicia, véase DÍAZ MARTÍNEZ, M., *La instrucción en el proceso penal de menores.* Ed. Colex. Madrid. 2003, p. 24 – 25; CERVELLÓ / COLÁS, *op. cit*., p. 17 – 18; COLÁS TURÉGANO, *op. cit*., p. 68 y ss, y p. 95 y ss; ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores...,* 2007, *op. cit*., p. 33; CRUZ y CRUZ, E., *Los menores infractores de la ley penal.* Tesis doctoral. Localizable en la base de datos de tesis doctorales, en octubre de 2013: http://eprints.ucm.es/11218/ Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho penal. Madrid. 2010, p. 29 y ss.; AYO FERNÁNDEZ, *op. cit*., p. 35, y, sobre todo, véase la tesis doctoral de VIDAL HERRERO, *op. cit.*

[87] Sobre los cambios y mejoras que introdujo la CE de 1978 en la justicia juvenil, véase PANCHÓN IGLESIAS, *op. cit*., p. 41 y ss. Sobre la "Evolución postconstitucional de la jurisdicción de menores. La Constitución española de 1978 y la justicia de menores.", (título del epígrafe utilizado por el autor) véase LANDROVE DÍAZ, *Introducción al Derecho penal de menores, op. cit*., p. 33 y ss. Sobre "El menor infractor desde la perspectiva de la Constitución Española de 1978.", (título del epígrafe utilizado por el autor), véase CÁMARA ARROYO, S., *Derecho penal de menores y centros de internamiento. Una perspectiva penitenciaria.* Tesis doctoral. Universidad de Alcalá. Facultad de Derecho. 2011, p. 413 y ss.

[88] El Estatuto del menor de 1978 fue un intento de reforma, un texto pre-legislativo redactado en el Ministerio de Cultura, con la intervención de la Subdirección General de la Familia, que confeccionó un borrador con el título de "Estatuto del Menor"; fue un intento de reformar la legislación entonces vigente, la LTTM de 1948. Sobre dicho Estatuto, véase MARTÍN OSTOS, J., "Los futuros…", *op. cit*., p. 247 y ss. En la misma línea de reformas de la citada LTTM, y clarificando su opción penal, en la jurisdicción de menores, todavía más, el legislador redactó el Anteproyecto provisional de la Ley penal de menores; con más amplitud sobre este Anteproyecto, véase *Loc. ult. cit.*

ideología o filosofía (el positivismo y el correccionalismo[89]) decisivamente; durante setenta y cuatro años (durante el período transcurrido entre el año 1918 –año de promulgación de la primera Ley de Tribunales para Niños[90]- y el año 1992 –año de promulgación de la ley penal de menores anterior a la actual, la LO 4/1992, a partir de la cual se constitucionaliza la justicia de menores-). De ello, podemos deducir que el sistema tutelar ha tenido –y continúa teniendo en ciertos aspectos que mencionamos en el párrafo siguiente- una presencia significativa en la justicia juvenil, incluso varios años después de promulgada la Constitución democrática vigente[91].

A título de ejemplo de la presencia de concepciones tutelares en la legislación penal de menores: compárese el derogado Art. 20 LTTM y el vigente Art. 7.3 LORPM[92]; igualmente, el mencionado Art. 20 LTTM y el Art. 27.4 LORPM[93]; se podrán ver las semejanzas (que dan a entender que dichas concepciones tutelares siguen presentes en la regulación actual) entre ambas disposiciones legales, pese a que han transcurrido más de ochenta años -y una Constitución con su modelo de Estado de Derecho- entre una disposición (la LTTM de 1948, derogada) y otra disposición (la vigente LORPM).

De todo lo anterior se desprende *el problema*: hemos de resolver la cuestión de la naturaleza jurídica de la LORPM, debido a la pervivencia de algunas reminiscencias tutelares de la Ley de TTM en el Derecho penal juvenil; son retazos paternalistas que se incorporan en la legislación penal de menores a través del concepto del interés superior del menor[94] de una manera subrepticia; en este marco, podríamos afirmar la existencia de "*Superprotección en la jurisdicción de menores*"[95]. Esa presencia tutelar provoca –y aquí radica el fondo del problema- el déficit de asunción de la condición penal de la legislación de menores con la implicación

[89] Véase GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Un proyecto alternativo a la regulación de la responsabilidad penal de los menores*. Ed. Grupo de Estudios de Política Criminal, Valencia. 2000, p. 11.

[90] En España, los Tribunales de Menores nacen con la Ley de Bases de 2 de agosto de 1918. Año crucial para la jurisdicción penal juvenil en España, como consecuencia de la creación y puesta en marcha de los Tribunales Tutelares de Menores; en este sentido, véase MONTERO HERNANZ, T., *La Justicia juvenil en España. Comentarios y reflexiones*. Ed. La Ley. Madrid. 2009, p. 49 y ss; también, LANDROVE DÍAZ, *Derecho penal…, op. cit*., p. 61 y ss., LANDROVE DÍAZ, *Introducción al Derecho penal juvenil, op. cit*., pp. 23 – 25. Sobre la Ley de Tribunales para Niños de 1918, véase CÁMARA ARROYO, *Derecho penal…*, *op. cit*., p. 363 y ss; MARTÍN OSTOS, "Los futuros…", *op. cit*., p. 230 y ss.

[91] En este sentido, véase COLÁS TURÉGANO, *op. cit*., p. 68.

[92] Artículo que establece que el juez de menores ha de tener en cuenta "… *las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor*.", a la hora de seleccionar la pena juvenil a imponer.

[93] Disposición legal que establece la opción de suspender la incoación y continuación del expediente judicial en función del tiempo transcurrido desde la fecha de comisión de los hechos delictivos.

[94] Véase ESCORIHUELA GALLÉN, C. V., "El interés superior del menor en la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal del menor", en *La Ley penal*, 2015, Nº 114.

[95] Véase VIDAL HERRERO, *op. cit*., p. 380 y ss.

negativa que ello conlleva: la flexibilización de garantías penales en tal legislación[96], especialmente en el proceso de selección y ejecución de las penales juveniles[97].

Para dar respuesta al problema planteado, enunciamos *la finalidad* siguiente: hemos de comentar la naturaleza del Derecho penal juvenil con la intención de determinar si, en su totalidad o hasta qué punto, es aplicada la función, los fines del Derecho penal y de la pena en la jurisdicción de menores[98]; desde esta perspectiva, consideramos necesario debatir –con la finalidad de aclarar y, a la vez, consolidar- sobre dicha naturaleza jurídica de la responsabilidad que se exige a los menores infractores, a través de la legislación de menores.

Para alcanzar dicha finalidad, partimos de los axiomas o *premisas* siguientes:

Primera. El Derecho penal dispone de legitimación jurídica para acoger a los menores infractores entre sus destinatarios; a la vez, el sistema penal incluye al Derecho penal juvenil[99]. Desde esta perspectiva, es de aplicación directa también en menores[100], con el mismo contenido garantizador que en adultos. A favor de lo dicho, hay un posicionamiento jurídico generalizado, empezando por el TC[101] y acabando por la normativa comunitaria[102] y la internacional[103].

Segunda. Abundamos en lo afirmado en el párrafo anterior enunciando que el Derecho en el que se asienta la presente investigación es penal, en concreto Derecho penal juvenil. Además, es especial[104] puesto que está previsto en un texto legal (la LORPM, principalmente) diferente del Código penal, identificado con la finalidad y orientación político – criminal de la prevención especial positiva[105], de una manera prioritaria[106]. En este marco,

---

96 Véase, también, cómo es vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, en base a que el juez no consideró necesaria la aplicación de las garantías establecidas en el Art. 24.2 (derecho a declarar ante la policía con la presencia letrada) –porque los interrogados eran menores de 18 y mayores de 14 años y el juez consideró que, por el hecho de ser menores, no precisaban de la protección constitucional de los derechos establecidos en dicho Art. 24.2 CE- en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 2ª, 23.2.2015, (MP: Ilmo. Sr. D. Jesús DE JESÚS SÁNCHEZ).

97 Véase VIDAL HERRERO, *op. cit.*, p. 235 y ss.

98 Véase VIANA BALLESTER, *op. cit.*, p. 160.

99 En este sentido, véase ALBRECHT, *El Derecho penal…, op. cit.*, p. 94 y ss.

100 En este sentido, véase VIANA BALLESTER, *op. cit.*, p. 171.

101 Véase la STC, Pleno, 20.9.2012, FJ 4º, (MP: Excmo. Sr. D. Luis Ignacio ORTEGA ÁLVAREZ).

102 En este contexto, véase VIANA BALLESTER, *op. cit.*, p. 164 y ss., también, VIDAL HERRERO, *op. cit.*, p. 128 y ss.

103 En este sentido, véase VIANA BALLESTER, *op. cit.*, p. 162 y ss., igualmente, VIDAL HERRERO, *op. cit.*, p. 128 y ss.

104 En este contexto, véase CANO PAÑOS, "¿Supresión…", *op. cit.*, p. 6.

105 En este contexto, véase ALBRECHT, *El Derecho penal…*, *op. cit.*, p. 11 y p. 95 y ss; HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal…, op. cit.*, p. 233; FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J., "Sobre el contenido y evolución del Derecho penal español tras la LO 5/2000 y la LO 7/2000.", en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, Nº 4. Madrid. 2001, pp. 9 – 70, p. 30; SANZ HERMIDA, A. M., "Responsabilidad penal del menor", en *Estudios de Derecho penal*, Ed. Asociación Internacional de Derecho penal. Universidad de Castilla – La Mancha, 2004, pp. 11 – 39, p. 17; BENÍTEZ ORTÚZAR, *op. cit.*, p. 55; CRUZ MARQUEZ, "Presupuestos…", *op. cit.*, p. 247 – 248; véase,

añadimos que presenta unas características propias y diferenciadoras en relación con el Derecho penal común; desde esta perspectiva y según HIGUERA GUIMERÁ[107], el Derecho penal juvenil expresa una identidad propia o peculiar; en este contexto, ROXIN "… *atribuye al Derecho penal juvenil un ámbito jurídico propio dentro de la ciencia global del Derecho penal.*"[108]

Como *conclusión* a este epígrafe, cabe aportar que la presencia de concepciones tutelares en la legislación penal de menores vigente es un problema pendiente de superar; tales concepciones se manifiestan a través del principio del interés superior del menor[109].

En base a la conclusión anterior, *proponemos*: en primer lugar, es aconsejable alejarse de las citadas concepciones, porque constituyen la barrera insalvable para la introducción y aplicación de las garantías penales en la jurisdicción de menores. Desde esta perspectiva, sería deseable evitar las interpretaciones personales que los operadores jurídicos realicen de tales posicionamientos tutelares[110], porque pueden conducir a decisiones dispares ante casos parecidos[111] y por tanto a arbitrariedad judicial.

En segundo lugar y para impedir tal riesgo en relación con los aspectos tutelares, proponemos consolidar y reafirmar la naturaleza jurídico–penal del Derecho penal juvenil, que implica la inclusión directa de a) la función, de los fines del Derecho penal y de la pena, y b) los derechos fundamentales establecidos en el Art. 1.2 LORPM en la jurisdicción de menores.

---

también, la LORPM, Exposición de Motivos, apartado 5º. También, véase sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sala de lo Penal, Sección 4ª, 27.10.2005, FJ 1º, párrafo 5º, (MP: Ilma. Sra. Dña. M. Teresa GONZÁLEZ CUARTERO). Igualmente, la STC, Pleno, 20.9.2012, FJ 3º b), (MP: Excmo. Sr. D. Luis Ignacio ORTEGA ÁLVAREZ).

106 En este sentido, véase CARDENAL MONTRAVETA, S., "Función de la pena y suspensión de su ejecución: ¿Ya no 'se atenderá fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto'?", en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº 4, 2015, p. 12, citando a MAPELLI y a CID.

107 Véase HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal…, op. cit.*, p. 70; CANO PAÑOS, "¿Supresión…", *op. cit.*, p. 12.

108 Véase TAMARIT SUMALLA, "Principios político-criminales…", *op. cit.*, p. 22, nota a pie de página Nº 22.

109 Sobre la plasmación legal del interés superior del menor en la LORPM y en su reglamento, véase PAREDES CASTAÑÓN, *op. cit.*, p. 157; ALTAVA LAVALL, M. G., "El interés del menor en el proceso penal de menores y jóvenes", en *Justicia penal de menores y jóvenes (análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*. J. L. González Cussac, J. M. Tamarit Sumalla y J. L. Gómez Colomer (coordinadores). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 347 – 380, p. 358; también, COLÁS TURÉGANO, *op. cit.*, p. 85 y ss; igualmente, PANTOJA GARCÍA, F., "Unas notas sobre la imputabilidad de los menores y su tratamiento en la Ley de Responsabilidad Penal de los menores", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid,* Nº 15. Ejemplar dedicado a: *El menor ante el derecho en el siglo XXI* / coordinador por Julio Díaz-Maroto y Villarejo, Alma María Rodríguez Guitián. 2011, pp. 307 – 317, p. 309; también, CANO PAÑOS, "¿Supresión…", *op. cit.*, p. 17 y ss; VARGAS CABRERA, "Enumeración…", *op. cit.*, p. 180; ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2001, *op. cit.*, p. 76; ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2007, *op. cit.*, p. 86 y ss; también, SALA DONADO, *op. cit.*, p. 35 y ss., LANDROVE DÍAZ, G., "Réquiem por la Ley penal del menor", en *La Ley*. Nº 3, 2006, p. 1851; HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal…, op. cit.*, p. 253 y ss; y, principalmente, ESCORIHUELA GALLÉN, *op. cit.*, apartado II.

110 Véase ORTEGA GUERRERO, I., "El principio del interés superior del niño en las situaciones de crisis familiar: una perspectiva comparada en el ámbito de la Unión Europea.", en *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, Vol. 2, Nº 3, 2002, pp. 87 – 108, p. 90.

111 *Loc. ult. cit.*

2.1. La indudable naturaleza jurídico–penal de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LORPM).

Hemos de empezar diciendo que el legislador proclama la naturaleza penal de la legislación[112] regulada para abordar los hechos criminales cometidos por menores; dicha proclamación se deduce, de la misma manera, de las diversas referencias que se contienen en la LORPM a favor de la condición penal tal y como señala ORNOSA FERNÁNDEZ[113] junto con el resto de la doctrina especializada en Derecho penal juvenil[114].

Debido a que el legislador establece la LORPM como una ley penal, a las penas juveniles - educativas reguladas en dicha ley, les ofrece y aplica todas las garantías y principios protectores constitucionales, a través del Art. 1.2 LORPM, entre otros; también, opta a favor del modelo de responsabilidad[115], más en concreto se identifica con "… *un modelo educativo – responsabilizador – judicializado.*"[116]

---

112 Véase VIANA BALLESTER, *op. cit*., p. 173; también, AYO FERNÁNDEZ, *op. cit*., p. 63 y 64; GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, M. R., "Las medidas aplicables a la delincuencia juvenil tras la Ley orgánica de responsabilidad penal del menor 5/2000, de 12 de enero", en *Boletín Aranzadi Penal*. Nº 9, septiembre. Ed. Aranzadi. Pamplona. 2003, pp. 1 – 31, p. 1.
La LORPM es una ley penal, también, es una ley procesal y, a la vez, administrativa; en este sentido, véase BLANCO BAREA, J. A., "Responsabilidad penal del menor: principios y medidas judiciales aplicables en el Derecho penal español", en *Revista de Estudios Jurídicos*, Nº 8, en:
http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/9/9 2008, p. 4.
Sobre las diferentes opciones a contemplar en referencia a la naturaleza jurídica de la responsabilidad de los menores ante las infracciones cometidas (naturaleza o carácter penal, carácter sancionador o naturaleza social), véase VIANA BALLESTER, *op. cit*., p. 160 y ss.

113 Véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, *op. cit*., 2001, p. 137.

114 Sobre los criterios que la doctrina especializada en Derecho penal juvenil utiliza actualmente en relación con la naturaleza jurídica de la LORPM, véase HALL GARCÍA, *op. cit*., p. 414 y ss. La doctrina penal de menores mayoritaria afirma que la legislación de menores (la LORPM) es de naturaleza jurídico – penal, pero, lo que es evidente es que estamos ante una ley penal, aunque las penas juveniles tengan una finalidad educativa y resocializadora esencialmente; sobre la condición penal de la legislación penal de menores, véase CANTARERO BANDRÉS, *Delincuencia juvenil, ¿Asistencia terapéutica…, op. cit*., p. 22 y ss., MARTÍN CRUZ, *op. cit*., p. 292 y ss., CARRERA DOMÉNECH, J., *Manual de formació inicial. Annex vigilància penitenciària i Dret penal juvenil. – (Estudis i formació de l'Administració de Justícia)*. Ed. Generalitat de Catalunya. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Fundació per a la Universitat Oberta de Catalunya. Barcelona. 2004, p. 34; SERRANO TÁRRAGA, *op. cit*., p. 340; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., "La ejecución de las medidas en la L. O. 5/2000", en *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*. L. R. Ruiz Rodríguez / J. I. Navarro Guzmán (directores). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 181 – 198, p. 182; GRACIA MARTÍN, L., / BOLDOVA PASAMAR, M. A., / ALASTUEY DOBON, M. C., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito: el sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 1998, p. 354; SÁINZ - CANTERO CAPARRÓS, *op. cit*., p. 5138 y p. 5150 y ss., sus notas a pie de página Nº 27, 28 y 29 hacen referencia a que la regulación que se establece en Alemania, Portugal y Francia es una ley penal, igualmente; PÉREZ MARTELL, R., *El proceso del menor. Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor*. Ed. Aranzadi. Pamplona. 2002, p. 371; MARTÍN SÁNCHEZ, A., "Las medidas en la Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero de responsabilidad penal de los menores", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, ejemplar dedicado a "La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales." Nº 3. M. Rosario Ornosa Fernández (directora). Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 437 - 512, p. 461; CUELLO CONTRERAS, *op. cit*., p. 19, p. 22. y p. 36.

115 Véase CANO PAÑOS, "¿Supresión…", *op. cit*., p. 7.

116 *Loc. ult. cit.*

No obstante, cabe añadir que el texto legal de la LORPM[117] mantiene cierta ambigüedad en relación con la condición o naturaleza de dicha ley, con el carácter penal o educativo[118]. La interpretación que hemos de hacer de la naturaleza penal y, a la vez, educativa, según VIANA BALLESTER, es la siguiente: "*Se entiende que la naturaleza formalmente penal se refiere al procedimiento, y la materialmente sancionadora educativa a las medidas aplicables.*"[119]

El problema es que, a pesar de que la naturaleza jurídica de la legislación de menores es penal de una manera indudable, se pierde de vista tal naturaleza o condición a menudo como consecuencia, según ALBRECHT de "… *los escritos de euforia reformista criminológica de menores."*[120], euforia que puede comportar consecuencias negativas a la hora de aplicar el Derecho (consecuencias que describimos más adelante, en diversas ocasiones). Así, la legislación de menores gira alrededor del dilema de su naturaleza, penal o educativa. Planteamos tal dilema como problema a resolver porque, en función de la naturaleza jurídica (penal, educativa, o "penal-educativa") que otorguemos a tal legislación, se derivarán unas consecuencias u otras acerca del proceso a seguir, las garantías a aplicar en dicho proceso, en la ejecución de las consecuencias jurídicas, etc.

Para solucionar el problema, enunciamos *la finalidad* a alcanzar: profundizar en la característica penal, con contenido educativo –a través de la función de la pena[121] de la prevención especial positiva-, de la legislación penal de menores.

Para lograr dicha finalidad, partimos del axioma de que la legislación de menores, que determina el proceso y las consecuencias jurídicas derivadas de las infracciones reguladas en el CP, forma parte del Derecho penal (y por tanto es Derecho penal), consecuentemente la LORPM es una Ley penal; desde esta perspectiva, se pronuncian los tribunales: "… *la Ley de responsabilidad penal del menor (…)* ***es, primero de todo, una ley penal***."[122]

---

[117] Véase la LORPM, Exposición de Motivos, Apartado 6º.

[118] En referencia a la mencionada configuración binaria (ley penal y, a la vez, educativa o social), véase BLANCO BAREA, *op. cit.*, p. 10; CRUZ MÁRQUEZ, B., *Educación y prevención general en el Derecho penal de menores*. Ed. Marcial Pons. Barcelona. 2006, p. 19; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., "El nuevo Derecho penal español para delincuentes menores y jóvenes", en *Crónica*, Nº 2, Vol. 14, Ed. Asociación Internacional de Magistrados de la Juventud y de la Familia, diciembre, 2005, pp. 12 – 16, en p. 13. También, el proceso es "penal – educativo", en este sentido, véase ESCORIHUELA GALLÉN, *op. cit.*, apartado II, párrafo 7º.

[119] Véase VIANA BALLESTER, *op. cit.*, p. 172; sobre otras interpretaciones, que van en la misma línea, véase CANTARERO BANDRÉS, *Delincuencia juvenil: ¿Asistencia terapéutica…, op. cit.*, p. 29.

[120] Véase ALBRECHT, *El Derecho penal…, op. cit.*, p. 94.

[121] Véase CARDENAL MONTRAVETA, **"**Función de la pena…", *op. cit.*

[122] Dicha afirmación la realizó el citado Ilmo. Sr. D. Josep NIUBÓ magistrado ponente del auto de fecha 23 de febrero de 2009, mediante el cual daba por finalizado el proceso que él mismo inició a través de la cuestión de

Iniciamos la consecución de dicha finalidad a través de la argumentación que sigue.

Primero. Consideramos decisivo el profundizar en la opción penal o educativa, pues de ella depende: a) si hemos de cumplir o no los fines y la función del Derecho penal[123] y de las penas que éste contiene[124]; b) la función y la finalidad de las sanciones, pues si la legislación de menores es penal, sus sanciones o consecuencias jurídicas –penas juveniles- tendrán una función y finalidad muy diferentes que si es educativa nada más[125]; y c) en función de una opción –penal- u otra –educativa-, se podrán aplicar o no las garantías derivadas del Estado de Derecho y de sus principios limitadores del derecho estatal a castigar al proceso y a sus consecuencias jurídicas –las penas juveniles- con una mayor o menor intensidad. De hecho, si la opción es educativa, no será necesaria la intervención de ningún principio limitador del "*ius puniendi"*, ya que la finalidad de las sanciones educativas no implica o no precisa la aplicación de restricción de derechos, ni menos todavía privación de libertad en el ámbito escolar - educativo, por lo que no es exigible dicha intervención garantizadora o protectora de los principios tradicionales penales para limitar o controlar la intervención punitiva del Estado, en este ámbito.

Segundo. Eliminar o, como mínimo, evitar reminiscencias de la LTTM. Hemos de impedir el riesgo de interpretaciones paternalistas de la legislación penal de menores vigente. Este riesgo existe, porque la situación de la legislación penal de menores vigente es resultado o proviene de la tradición normativa de menores, marcada durante setenta y cuatro años: del año 1918 al año 1992 (año de la constitucionalización del Derecho penal juvenil[126], a través de la LO 4/1992[127]) por la LTTM, por la filosofía subyacente en dicha LTTM, influenciada por el "lastre" (positivista, correccionalista y paternalista) decisivamente. La mencionada filosofía se

inconstitucionalidad que interpuso, mediante auto de fecha 14 de julio de 2008, por posible inconstitucionalidad de los Arts. 50.2 y 51.1 LORPM.

123 Véase CARDENAL MONTRAVETA, "*Función de la pena…", op. cit.*, p. 3 y ss.

124 Véase VIANA BALLESTER, *op. cit.*, p. 159 - 160.

125 *Loc. ult. cit.*

126 En este sentido, véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores...* 2001, *op. cit.*, p. 76 y ss, y p. 93 y ss; ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores…*, 2007, *op. cit.*, pp. 83 – 108.

127 Ley de carácter transitorio publicada en el BOE de fecha 11 de junio de 1992 como *Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores.* Esta Ley estuvo vigente hasta el 13 de enero de 2001. Sobre esta ley, ya derogada, véase CÁMARA ARROYO, *Derecho penal…*, *op. cit.*, p. 413 y ss; COLÁS TURÉGANO, *op. cit.*, p. 62 y ss; CÓRDOBA RODA, *La ley…, op. cit.*, p. 368; DE LA CUESTA ARZAMENDI / BLANCO CORDERO, *op. cit.*, p. 43 y ss; LANDROVE DÍAZ, *Derecho penal…, op. cit.*, p, 89 y ss; LANDROVE DÍAZ, *Introducción al Derecho penal de menores, op. cit.*, p. 38 y ss; sobre las garantías, otros elementos significativos y los elementos desfavorables que introdujo la ahora comentada Ley Orgánica 4/1992 en la jurisdicción de menores, véase PANCHÓN IGLESIAS, *op. cit.*, p. 43 - 44. Véase, también, la Instrucción 1/1993 de la FGE *sobre líneas generales de actuación del Ministerio Fiscal en el procedimiento de la Ley Orgánica 4/1992*, Instrucción comentada en PANCHÓN IGLESIAS, *op. cit.*, p. 44.

observa todavía en algunos artículos de la LORPM; también en cierto sector minoritario de la doctrina penal de menores[128].

Este sector plantea un debate (entre el carácter penal y no penal de la naturaleza jurídica de la legislación de menores[129]) que aunque coherente en su momento, esto es durante la década de los ochenta, se superó en los años 90 (sobre todo, a partir de la famosa STC 36/1991, de 14 de febrero). El mencionado sector doctrinal es minoritario, pero plantea tal debate simpatizando o compartiendo los razonamientos de fondo del modelo extra penal o abolicionista[130] en más de una ocasión[131]. En efecto, los argumentos de los defensores de ese modelo son coherentes, porque son afines a los discursos abolicionistas, que pretenden sustituir el Derecho penal por el "Derecho educativo". No obstante y a pesar de la coherencia mencionada, la alternativa que dichos discursos extra penales ofrecen a la ausencia de derechos constitucionales es nula, prácticamente[132].

Tercero. Los menores disponen de capacidad de culpabilidad[133], por ello el Derecho penal está legitimado para abarcarlos entre sus destinatarios. Los menores infractores son imputables[134], pues hemos"… *superado el dogma de la inimputabilidad, admitiéndose la capacidad del*

---

128 Sector minoritario representado por HALL GARCÍA, *op. cit*., p. 443 y ss.

129 Sobre "La búsqueda de soluciones extrapenales." (título del capítulo utilizado en la obra por su autora), véase HALL GARCIA, *op. cit*., p. 266 y ss y p. 291 y ss., VIANA BALLESTER, *op. cit*., p. 159.

130 Sobre la "¿Abolición del sistema penal?", (título del epígrafe utilizado por el autor), en la justicia de menores, véase DE LA CUESTA / BLANCO…, *op. cit*., p. 48.

131 Véase HALL GARCIA, *op. cit*., p. 443.

132 Sobre los déficits y críticas a los modelos no penales, como el de Escocia, véase CERVELLÓ / COLÁS, *op. cit*., p. 48, nota a pie de página Nº 51, citando a CANTARERO BANDRÉS; también, ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2007, *op. cit*., p. 33.

133 Sobre los criterios para decidir la edad a partir de la cual es exigible responsabilidad penal y, en general, sobre el régimen de la minoría de edad penal, véase SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código Penal…, op. cit.,* p. 159 y ss., y, principalmente, la obra de MARTÍN CRUZ, *op. cit*. Sobre la culpabilidad en menores, véase CRUZ MÁRQUEZ, *Educación…, op. cit.,* p. 63 y ss., CRUZ MÁRQUEZ, "Presupuestos…", *op. cit*., p. 257 y ss. El principio de culpabilidad está incorporado en el Derecho penal juvenil a través de lo dispuesto en el Art. 5 LORPM, en este sentido, véase DE LA ROSA CORTINA, *La responsabilidad penal de los menores,* Ed. Aranzadi. Pamplona, 2007, p. 83. Sobre el concepto de culpabilidad en el sentido que la doctrina especializada en justicia juvenil propone para los menores de edad, véase CANTARERO BANDRÉS, R., "Responsabilidad penal del menor y teorías clásicas de la culpabilidad", en *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal.* Coordinada por J. C. Carbonell Mateu. Ed. Dykinson; Madrid, 2005, pp. 171 – 180; también, CERVELLÓ / COLÁS, *op. cit*., p. 48 y ss; BENÍTEZ ORTÚZAR, *op. cit*., p. 69 y ss., COLÁS TURÉGANO, *op. cit*., p. 85; VIANA BALLESTER, *op. cit*., p. 182 y ss; MORA SÁNCHEZ, *op. cit*., p. 138 y ss; AYO FERNÁNDEZ, *op. cit*., p. 197 y ss; sobre la culpabilidad en menores infractores (la imputabilidad, alteraciones de la percepción, conocimiento de la antijuridicidad y error de prohibición) o ausencia de culpabilidad (estado de necesidad, miedo insuperable o encubrimiento entre parientes) véase DE LA CUESTA ARZAMENDI / BLANCO CORDERO, *op. cit*., p. 73 y ss., MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, *op. cit*., p. 128 y p. 129 párrafo 1º.

134 *Imputabilidad plena:* en este contexto, véase COLÁS TURÉGANO, *op. cit*., p. 85 y p. 178 y ss; ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*, 2007, *op. cit*., p. 37; CÓRDOBA RODA, *La ley de responsabilidad*…, *op. cit*., p. 370.

Respecto a la *imputabilidad disminuida* (o "*cierta imputabilidad*", en palabras de MIR, véase MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, *op. cit*., p. 580, o "menor imputabilidad", según CANTARERO BANDRÉS, *Delincuencia juvenil: ¿Asistencia terapéutica…, op. cit*., p. 30), en relación con los menores infractores de edad comprendida entre los 14 y los 17 años, véase MUÑOZ CONDE, F., / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch. 8ª edición. Valencia. 2010, pp. 363 a 366.

menor para ser culpable."[135] Desde esta perspectiva, el legislador exige responsabilidad de carácter penal a los menores infractores por decisión político criminal, que se concreta en el Art. 19 CP y en el Art. 1.1 LORPM.

Cuarto. Garantías penales. Consecuencia –la más significativa- del reconocimiento del carácter penal de la legislación de menores es que, según CERVELLÓ / COLÁS, "… *han de regir todos los principios y garantías propias del Derecho penal y, por tanto, se ha de partir del presupuesto que el principio de culpabilidad como principio básico del Derecho penal lo es también del Derecho penal juvenil*."[136] En este contexto, si el menor puede ser culpable se le ha de aplicar igualmente y a su favor el principio de culpabilidad en su condición de principio esencial del Derecho penal, en caso que se le condene como autor responsable o culpable de una infracción penal. Pero no sólo el principio de culpabilidad, sino todo el Derecho penal en su conjunto, pues el menor infractor es un destinatario más, junto con los adultos, de las sanciones o consecuencias jurídicas del Derecho penal (a través de las penas juveniles reguladas en la LORPM)[137].

Quinto. Garantías procesales. En virtud o como consecuencia de que la legislación de menores es de carácter penal:

- los juzgados de menores[138] ejercen potestad jurisdiccional[139]; son "ordinarios y especializados"[140]; que forman parte del orden jurisdiccional penal[141]. Son competentes (desde el año 1985, así, hemos de destacar el Art. 26 LOPJ y, sobre todo, a partir del año 2000, tal y como se puede observar en el Art. 2 LORPM) para conocer de los hechos (acciones u omisiones) cometidos por menores y tipificados como delitos (aquí, hemos de destacar el Art. 1.1 LORPM y el Art. 97

Acerca del concepto de imputabilidad en el contexto de la minoría de edad, véase CERVELLÓ / COLÁS, *op. cit.*, p. 50 y ss; MORA SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 154 y ss; también, BUSTOS RAMÍREZ, J., "Imputabilidad y edad penal", en *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona: libro homenaje al profesor Antonio Beristáin*. Compilado por José Luís de la Cuesta, Iñaki Dendaluce y Enrique Echeburúa. Instituto Vasco de Criminología. San Sebastián, 1989, pp. 471 - 482; CRUZ MÁRQUEZ, "Presupuestos…", *op. cit.*, p. 259 y ss., HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal…, op. cit.*, p. 272 y ss; y, sobre todo, MARTÍN CRUZ, *op. cit.*

[135] Véase CERVELLÓ / COLÁS, *op. cit.*, p. 46.

[136] Véase CERVELLÓ / COLÁS, *op. cit.*, p. 48.

[137] En este contexto, véase SÁINZ – CANTERO CAPARRÓS, *op. cit.*, p. 5153.

[138] También, las audiencias provinciales constituyen el órgano al que se les atribuye el conocimiento de los asuntos relativos a los menores infractores en segunda instancia, a través del recurso de apelación, en este sentido, véase CARRERA DOMÉNECH, *Manual…*, *op. cit.*, p. 52 y ss.

[139] Tal y como afirma el TC en su STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 2º; en este sentido, véase también MARTÍN OSTOS, J., "Aspectos procesales de la Ley orgánica reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores.", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, ejemplar dedicado a "Menores privados de libertad". Nº 15. José Manuel Martínez – Pereda Rodríguez (director). Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1996, pp. 151 – 190, p. 155.

[140] En este contexto, véase AYO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 255, nota a pie de página Nº 380 citando a MARTÍN OSTOS; también, ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores...,* 2007, *op. cit.*, p. 57 citando el Fundamento jurídico segundo de la STC 36/1991, donde ORNOSA afirma que el TC *"… entendió que los Juzgados de Menores son juzgados ordinarios y especializados.*"

[141] En este contexto, véase AYO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 255.

LOPJ);

- delitos tipificados en las leyes penales (en el Código penal o en las leyes penales especiales[142]), tal y como lo establece el Art. 2 LORPM;
- leyes que se fundamentan en la comisión de un hecho tipificado como infracción penal[143], que se tramita a través de un procedimiento;
- de la jurisdicción penal –de menores-, establecido en la LORPM (y supletoriamente en la LECRIM) que es una ley penal, que por tanto exige una auténtica responsabilidad penal al menor culpable y responsable;
- responsabilidad penal a la que se aplica una respuesta punitiva, mediante sanciones penales[144] que se fijan en sentencias[145] firmes[146] y motivadas respecto a los menores condenados[147].

Sexto. Estamos ante una ley "penal – educativa". Del Art. 13.1 LORPM, entre otros (precepto legal que determina dos aspectos principales de los que se deduce la doble condición o naturaleza jurídica de la LORPM: el "*interés del menor*", aspecto educativo, y el "*reproche merecido*", aspecto penal) se desprende esta doble condición. La doctrina penal[148] se posiciona a favor de dicha doble condición. Igualmente, la doctrina penal especializada en Derecho penal juvenil, como, por ejemplo, VIANA BALLESTER[149]. En el mismo sentido, el TC[150] sostiene que la legislación penal de menores compagina los elementos sancionadores y los reeducativos, pero tal compaginación está supeditada a la prevención especial positiva.

---

142 Sobre las leyes penales especiales a tener en cuenta en la justicia de menores, véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores...,* 2001, *op. cit*., p. 145.

143 Tal y como afirma SERRANO TÁRRAGA, *op. cit*., p. 340; CUELLO CONTRERAS, *op. cit*., p. 30; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., "El abandono del sistema tutelar: evolución del Derecho español en materia de protección y de tratamiento de los menores delincuentes y en peligro", en *Anales Internacionales de criminología*. Ed. Sociedad Internacional de Criminología. Vol. 37 – 1 / 2, 1999, pp. 101 – 136, p. 127; también, ALBRECHT, *El Derecho penal…, op. cit*., p. 99.

144 Penas juveniles en aplicación de un Derecho material o sustantivo –de este Derecho forma parte la legislación penal, principalmente el Código penal y, también, las leyes penales especiales –y, por supuesto, la legislación penal de menores-; en este sentido, véase DE URBANO CASTRILLO, E., *La responsabilidad penal de los menores,* Ed. Aranzadi. Pamplona, 2007, p. 26 y p. 28; véase, también, el Art. 1.1 LORPM.

145 En la ley anterior a la actual, la Ley orgánica 4/1992, la decisión judicial que ponía fin al proceso era denominada bajo el título genérico de Resolución, a pesar de que el Art. 245 de la LOPJ estableció que las resoluciones, con carácter jurisdiccional, de los jueces y tribunales tendrían el nombre de providencias, autos y SENTENCIAS; en este sentido, véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores...,* 2007, *op. cit*., p. 64.

146 Firmeza de sentencia a la que obliga el Art. 43 LORPM.

147 Son menores condenados porque se les ha impuesto una condena, tal y como se regula en el Art. 56.1 de la propia LORPM y tal y como afirma el Auto del Tribunal Supremo, S. 2ª. 28.2.2001, (MP: Excmo. Sr. D. Cándido CONDE – PUMPIDO TOURÓN). Además, el término "medida" que se aplica en la LORPM y el de "condena" del Código penal deben equipararse, según Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, S. 2ª, de 7.02.2003, (MP: Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel DE LA TORRE APARICIO); en este sentido, véase, también, DE LA ROSA CORTINA, *La responsabilidad penal, op. cit.,* p. 272, nota a pie de página Nº 54; en contra de dicha equiparación entre medida y condena, véase el Auto de la Audiencia Provincial de Murcia, S. 5ª, 14.06.2005, FJ 2º, (MP: Ilmo. Sr. D. Matías Manuel SORIA FERNÁNDEZ – MAYORALAS).

148 Véase MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General, op. cit*., p. 580.

149 Véase VIANA BALLESTER, *op. cit*., p. 161.

150 Véase la STC, S. 1ª, 16.5.2011, FJ 3º, (MP: Excmo. Sr. D. Pablo PÉREZ TREMPS).

En *conclusión*: en primer lugar y a partir de la capacidad de culpabilidad del menor infractor, el Derecho penal –en nuestro caso, el juvenil- tiene legitimación para incluir a dicho menor entre sus destinatarios, a todos los efectos, mediante una regulación específica –la LORPM y su reglamento-. Esta regulación incluye y asume los principios penales tradicionales, como el de la culpabilidad, el de la proporcionalidad, etc.

En segundo lugar, la LORPM es una ley penal que incorpora aspectos educativos en su regulación, con las contradicciones, dificultades e incompatibilidades[151] que ello conlleva.

2.2. Naturaleza jurídica del proceso.

Una primera postura doctrinal[152] valora que el proceso[153] establecido en la LORPM no es penal, sino educativo, ya que el procedimiento penal condiciona –negativamente, según esta postura- los resultados a obtener en el campo de los menores infractores, a los cuales hay que reeducar.

Un segundo posicionamiento, "penalista" o, más bien, garantizador es el que señala que el proceso regulado en la LORPM es un proceso penal.

A continuación y en coherencia con esta segunda postura, a favor de la condición penal del proceso establecido en la LORPM, exponemos los diferentes posicionamientos jurídicos que consideramos válidos, en el sentido de ser compatibles con los razonamientos expuestos en esta tesis, y que compartimos en su totalidad.

---

[151] Sobre "Los fines del Derecho penal juvenil y sus contradicciones", y sobre la "Incompatibilidad de la finalidad educativa con los principios y los fines del Derecho penal juvenil" (título del epígrafe utilizado por la autora), véase VIDAL HERRERO, *op. cit.*, p. 216 y ss.

[152] En este sentido, véase, por todos, GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.* p. 1.

[153] El proceso de menores puede ser abordado por diferentes órdenes jurisdiccionales, en función de la cultura, de la tradición jurídica y, sobre todo, en función de la decisión del legislador, sobre estas diferentes posibilidades, véase SALA DONADO, *op. cit.*, p. 172 y ss., donde SALA detalla las diferentes posibilidades de que el proceso de menores sea de naturaleza administrativa, jurisdiccional o ambas a la vez; véase, igualmente, VIANA BALLESTER, *op. cit.*, p. 160 y ss.

Sobre el proceso penal de menores y los principios que lo presiden, véase FABIÁ MIR, P., "Las especialidades de procedimiento de menores con relación a los principios del proceso penal.", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, número dedicado a "Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia". Ed. Consejo General del Poder Judicial. Nº 5, 1992, pp. 499 – 510; acerca del proceso actual de menores, en general, véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2001, *op. cit.*, p. 89 y ss; DE LA ROSA CORTINA, "Los principios…", *op. cit.*, PÉREZ MARTELL, *op. cit.*; MORENILLA ALLARD, P., *El proceso penal del menor. Actualizado a la LO 8/2006 de 4 de diciembre.* Ed. Colex. Madrid. 2007; MIRANDA ESTRAMPES, M., "Aspectos procesales de la nueva Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor (I)", en *Revista xurídica galega*, Nº 30., 2001, pp. 31 – 70; MIRANDA ESTRAMPES, M., "Aspectos procesales de la nueva Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor (II)", *Revista xurídica galega*, Nº 31., 2001, pp. 13 – 48; MARTÍN CRUZ, *op. cit.*, p. 292 y ss; CANO PAÑOS, "¿Supresión…", *op. cit.*, p. 5 y ss; y SANZ HERMIDA, A. M., *El nuevo proceso penal del menor.* Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha. 2002.

La doctrina especializada en Derecho penal juvenil, ya en los inicios de la época nueva (esto es, después de la etapa tutelar) en el año 1992 y siguiendo la doctrina de la famosa STC 36/1991, de 14 de febrero, afirmaba que estábamos ante un proceso de características penales; dicha afirmación, del entonces magistrado de menores Ilmo. Sr. D. Pascual FABIÀ MIR, se realizaba con una gran dosis de visión tanto de futuro como derivada del Estado de Derecho: "… *nos encontramos ante un auténtico proceso de naturaleza penal que, eso sí, ofrece importantes especialidades*."[154] En la misma línea, ORNOSA FERNÁNDEZ hace referencia al Informe de Unicef relativo al Anteproyecto de Ley orgánica 5/2000 (LORPM vigente); de este informe se desprende que "… *todo el procedimiento es penal y que su contenido es el propio de un Derecho penal juvenil*."[155] La misma autora señala que la naturaleza del proceso de menores es penal[156]. Igualmente, VENTURA / PELÁEZ manifiestan que el proceso de menores es "… *una variante del proceso penal*."[157]; un proceso con contenido educativo tal y como así se posiciona ESCORIHUELA GALLÉN[158].

El Tribunal Constitucional[159] considera, del mismo modo, que el proceso de menores es una variante del proceso penal, en el que los derechos fundamentales que determina el Art. 24.2 CE han de ser respetados de la misma manera.

La Fiscalía General del Estado[160] afirma que los derechos fundamentales –en el caso que ahora nos ocupa, el proceso debido, previsto en el Art. 24.2 CE- han de servir para proteger tanto a los adultos como a los menores infractores, aunque éstos estén inmersos en un proceso de características educativas, afirmación que la FGE sostiene desde el año 1991[161], añadiendo que ese proceso ha de interpretarse como una variante más del penal común.

De todo lo anterior, *concluimos* que los juzgados de menores tramitan los asuntos penales de su competencia a través de un procedimiento de la jurisdicción penal, establecido en la LORPM que es una ley penal. Nos encontramos ante un proceso penal seguido ante órganos que ejercen potestad jurisdiccional.

---

154 Véase FABIÁ MIR, *op. cit.*, Apartado 1, párrafo 2º. En el sentido que el proceso penal de menores es una variante más del proceso penal, véase también AYO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 54, nota a pie de página Nº 68 citando a VIVES ANTÓN; también, DE LA ROSA CORTINA, "Los principios…", *op. cit.*, p. 21.

155 Véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores…*, 2001, *op. cit.*, p. 123.

156 Y que, además, está inspirado en el procedimiento abreviado regulado en el Título III del Libro IV de la LECRIM, de aplicación supletoria en la jurisdicción de menores; en este contexto, véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores…*, 2001, *op. cit.*, p.89, p. 103 – 106, y p. 107.

157 Véase VENTURA FACI / PELÁEZ PÉREZ, *Ley orgánica 5/2000…, op. cit.,* 2000, p. 71.

158 Véase ESCORIHUELA GALLÉN, *op. cit.*, apartado II, párrafo 7º.

159 Véase la STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 6º.

160 En este sentido, véase la opinión de la FGE, recogida en la famosa STC 36/1991, de 14 de febrero, Antecedente 8º, párrafo 6º.

161 Véase FGE, Instrucción Nº 2/1992, de 13 de febrero, *La intervención de los fiscales ante la jurisdicción de menores*. En la LORPM, el proceso garantista se regula en los Títulos III a VI. En este sentido, y acerca del procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales, es ejemplo, también, el Art. 14.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

2.3. Naturaleza de las consecuencias jurídicas.

Concretamos *el objetivo* a asumir en este subepígrafe: en primer lugar, determinar el carácter o naturaleza de las consecuencias jurídicas que se articulan en la legislación penal de menores[162]. Es necesario profundizar sobre la manera de manifestarse la condición penal de las consecuencias jurídicas reguladas en la LORPM, porque este debate afecta a otros aspectos nucleares de nuestro Derecho penal juvenil directamente, como es el fundamento, la función y los fines de dichas consecuencias jurídicas, tal y como en este sentido se posiciona VIANA BALLESTER[163].

En segundo lugar y como consecuencia de determinar dicha naturaleza jurídica –como penal-, es necesario introducir más legalidad y más seguridad jurídica, más y mejores garantías penales en la jurisdicción de menores, en concreto en el proceso de individualización, aplicación y modificación –durante la fase de ejecución- de las consecuencias jurídicas. Para ello, vamos a estudiar tal naturaleza, en el sentido de aportar argumentos en la línea de "… *vincular las reglas de aplicación a principios, garantías, conceptos y criterios sistematizados, que nos permitan lograr una mínima seguridad jurídica.*"[164] Este es el motivo principal (lograr una seguridad jurídica mínima) por el que aquí fijamos como objetivo el profundizar sobre la naturaleza de las consecuencias jurídicas reguladas en la LORPM en el modelo de justicia juvenil actual.

Pues bien y para alcanzar el objetivo mencionado, exponemos las diferentes opciones y opiniones que la doctrina especializada en Derecho penal juvenil[165] detalla en referencia a la naturaleza jurídica de las consecuencias jurídicas reguladas en la LORPM y desarrolladas en su reglamento.

---

162 Sobre las "Medidas aplicables a los menores infractores. Concepto y naturaleza de las medidas.", (título del capítulo utilizado por la autora), véase COLÁS TURÉGANO, *op. cit.*, p. 219 y ss. Sobre la respuesta jurídico – penal (a través de las penas juveniles) ante las infracciones penales cometidas por menores de edad, desde la óptica de la culpabilidad, de la edad, de la prevención general, de la prevención especial, del principio de necesidad de pena o de intervención mínima, y de las necesidades de resocialización, véase ABEL SOUTO, M., **"**Las medidas del nuevo Derecho penal juvenil", en *Actualidad Penal*, Nº 6, 2002, pp. 105 – 164; VIANA BALLESTER, *op. cit.*, p. 179 y ss; SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código Penal…*, *op. cit.*, p. 160, y p. 170 y ss.

163 Véase VIANA BALLESTER, *op. cit.*, p. 159 – 160.

164 *Loc. ult. cit.*

165 En referencia a la naturaleza jurídica de las sanciones que regula la Ley penal juvenil alemana (medidas educativas, medidas correctivas y penas juveniles), véase HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal…, op. cit.*, p. 209 – 210; también, WELZEL, H., *Derecho penal alemán. Parte General.* Editorial Jurídica de Chile, traducida por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile. 1ª edición, 1976, 4ª edición del año 2002, p. 321 y ss., MEZGER consideraba que las consecuencias jurídicas aplicadas a los menores de edad no eran penas, sino "medidas de educación", en MEZGER, *op. cit.*, T. I, p. 40. También, ALBRECHT, *El Derecho penal…, op. cit.*, p. 209 y ss., ALBRECHT explica las diferentes consecuencias jurídicas reguladas en la actual ley penal de menores alemana *Jugendgerichtsgesetz* (JGG), consecuencias que son: las medidas educativas, p. 209 y ss., los medios de corrección, p. 269 y ss., y la pena, p. 307 y ss., véase también ROXIN, citado por SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código Penal…, op. cit.*, p. 170 en cita a pie de página Nº 418. En un sentido parecido a la postura de SILVA SÁNCHEZ, véase JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General.* 5ª edición. (Traducción de Miguel Olmedo Cardenete). Ed. Comares. Granada. 2002, p. 468, respecto a aplicar medidas educativas o penas juveniles en función de la edad del menor infractor.

A partir de los párrafos siguientes, enunciamos los autores y sus argumentos que consideran que las consecuencias jurídicas reguladas en la LORPM no son penas (postura "extrapenal"); otros autores consideran que son penas, en concreto penas juveniles; y, en algunos supuestos, medidas de seguridad.

Posicionamiento "extrapenal". BUENO ARÚS sostiene que las consecuencias jurídicas de la legislación penal de menores no son de naturaleza penal, porque, están destinadas a colmar un déficit educativo, en el marco de la prevención especial positiva[166].

Posicionamiento penal. DE LA ROSA CORTINA, CERVELLÓ / COLÁS, MACHADO RUIZ, entre otros, consideran que la LORPM establece penas y, a la vez, medidas de seguridad[167]:

a) un sector amplio de la doctrina especializada en Derecho penal juvenil[168] señala que estamos ante penas juveniles, en caso de presencia de capacidad de culpabilidad plena en el menor infractor;

b) estaremos ante medidas de seguridad, en caso de que se observe algún tipo de anomalía psíquica[169] en la persona del menor infractor. En este contexto, hemos de mencionar el Art. 5.2, el Art. 7.1.d) y e) y el Art. 9.5 LORPM, artículos que establecen la posibilidad de imponer consecuencias jurídicas –que reúnen las características o finalidad de una medida de seguridad o medida terapéutica- a aquellos menores en los que concurran "… *las circunstancias previstas en los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 20 del vigente Código Penal.*", según el citado Art. 5.2 LORPM; estas circunstancias son las relativas a las anomalías psíquicas, los estados de intoxicación y las alteraciones en la percepción. Pero en general, hemos de decir que las consecuencias jurídicas previstas en el Art. 7 LORPM no son equiparables a las medidas de seguridad, porque tales consecuencias jurídicas no se basan en un pronóstico de peligrosidad[170].

No obstante y en particular, algunas consecuencias jurídicas sí pueden considerarse medidas de seguridad –o medidas terapéuticas-. En relación con la perspectiva de considerar

166 Véase MORA SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 209, y, sobre todo, BUENO ARÚS, F., *Comentarios al Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Francisco Bueno Arús (coordinador). Ed. Fundación Diagrama. Murcia, 2008, p. 50 y 102.

167 Estamos ante penas y, también, ante medidas de seguridad; en este sentido, véase el análisis que realiza DE LA ROSA CORTINA, *La responsabilidad…, op. cit.*, p. 57 – 58 para afirmar que unas consecuencias jurídicas de la LORPM tendrán la naturaleza jurídica de medidas de seguridad y otras la de penas; en este sentido, véase, también CERVELLÓ / COLÁS, *op. cit.*, p. 114. Sobre "Las posiciones que distinguen entre medidas de seguridad y penas" (título del epígrafe utilizado por la autora), véase MORA SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 204 y ss.

168 Véase, por todos, MACHADO RUIZ, M. D., "Minoría de edad e imputabilidad penal.", en *Actualidad penal.* Nº 1, Madrid, 2003, pp. 93 – 137, apartado 2 "Naturaleza de las medidas", párrafo 7º.

169 Véase MACHADO RUIZ, *op. cit.*, apartado 2. "Naturaleza de las medidas", párrafo 1º.

170 Véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2001, *op. cit.*, p. 167.

medida de seguridad a la sanción regulada en la LORPM, hemos de tener presente a HIGUERA GUIMERÁ[171], que señala que únicamente tiene tal naturaleza jurídica el internamiento terapéutico (Art. 7.1.d) LORPM) y el tratamiento ambulatorio (Art. 7.1.e) LORPM). Estando de acuerdo con tal afirmación, añadimos que en caso de una imputabilidad disminuida –o de una inimputabilidad total- por aplicación del Art. 20 CP, apartados 1, 2 y 3 (anomalía psíquica, intoxicación por sustancias tóxicas o alteraciones en la percepción), la culpabilidad será menor –o incluso inexistente según el nivel de gravedad de las mencionadas enfermedades o causas de inimputabilidad-. En este contexto se aplica el Art. 5.2 junto con los Arts. 7.1. d) y e) y 9.5 LORPM, que regula la imposición de medidas terapéuticas, en los mencionados supuestos de anomalía psíquica, intoxicación por sustancias tóxicas o alteraciones en la percepción. Estas circunstancias son las que se tienen en cuenta a la hora de declarar la inimputabilidad del autor de los hechos criminales[172]. Así, son de aplicación las consecuencias jurídicas nominadas en dicho Art. 7.1 d) y e), esto es, las medidas terapéuticas o de seguridad previstas para supuestos de inimputabilidad, tal y como así expone la FGE[173].

Posicionamiento "educativo". A favor de la consideración de medidas educativas o medidas de reforma de menores (ni penas ni medidas de seguridad) respecto a las consecuencias jurídico-penales que se aplican a un menor infractor, se posiciona el sector mayoritario de la doctrina[174]. Respecto a la LORPM, tal doctrina, el TC[175] y la FGE[176] afirma que estamos no ante penas, sino, ante medidas, porque, éstas contienen una finalidad educativa, no retributiva como sí, en cambio, las penas comunes; también, en virtud del argumento de la ausencia de necesidad preventiva de la pena[177].

---

171 Véase HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal…, op. cit.*, p. 388.

172 La gravedad –o levedad- de la culpa –esto es, el grado de culpabilidad presente en el menor en el momento de la infracción- es un elemento decisivo para decidir si se aplica una pena juvenil u otro tipo de medidas educativas menos aflictivas en el Derecho penal alemán, en este sentido, véase AYO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 88 y p. 91; véase, también, la Ley de Tribunales de Menores de Alemania (la *Jugendgerichtsgesetz* –JGG-, modificada por la primera Ley para la modificación de la Ley de Tribunales de Menores –*Erstes Gesetz zur Änderung des Jugendgerichtsgesetzes*- de 30 de agosto de 1990), en concreto, el § 17.

173 En este sentido, véase FGE, Circular 1/2007, de 23 de noviembre, *sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006,* p. 27.

174 En este sentido, véase SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal…*, *op. cit.*, p. 169 y ss; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Delincuencia juvenil. Consideraciones penales y criminológicas*. Ed. Colex. Madrid. 2003, p. 300; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General, op. cit.,* p. 580; ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2001, *op. cit.*, p. 191; GARCÍA ARÁN, M., "El discurso mediático sobre la delincuencia y su incidencia en las reformas penales.", en *Revista Catalana de Seguretat Pública*. Abril. Nº 39. Barcelona. 2008, pp. 39 – 65, p. 59.

175 En este sentido, véase la STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 8º.

176 Véase FGE, Circular 1/2009, p. 17. En la misma línea, véase la FGE, Circular 1/2000, de 18 de diciembre, apartado V.3.- Las reglas del artículo 9 de la Ley, donde se afirma que: "… *las medidas de la LORPM no son propiamente penas*."

177 Véase SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal…*, *op. cit.*, p. 170.

Hay que tener en consideración este sector doctrinal mayoritario favorable a la interpretación como medidas respecto a las consecuencias jurídicas reguladas en la LORPM, entre otros motivos porque sus razonamientos jurídico–educativos son coherentes o equiparables con el sector doctrinal que opina que estamos ante penas juveniles y, de la misma manera, con el propósito del legislador y de la doctrina internacional relativa a la justicia juvenil[178]: exigir responsabilidad penal a los menores infractores a través de una intervención, primordialmente, educativa, sin dejar de aplicar todas las garantías constitucionales a dichos menores[179].

Medidas educativas y penas[180]. Según SILVA SÁNCHEZ[181], los mayores de 12 y menores de 14 años serían susceptibles de aplicárseles medidas educativas y a los mayores de 14 años, penas juveniles; dicho autor descarta la imposición de la sanción punitiva ordinaria, la pena común, a los menores de 16 años por carecer de legitimidad[182], en el contexto de la justicia juvenil.

Nuestro posicionamiento a favor de la consideración de penas juveniles. Partimos de la base de que las consecuencias jurídicas establecidas en la legislación penal de menores son penas auténticas[183]; por ello y a continuación, exponemos los motivos por los que optamos a favor de la "pena juvenil"; pero, antes, vemos necesario clarificar un aspecto esencial, que es la distinción entre la pena común y la juvenil.

La diferencia entre ambas consecuencias jurídicas[184] es cuantitativa y sobre todo, cualitativa. En efecto, a pesar de existir una identidad o equiparación –tal y como

178 Sobre dicha normativa internacional y su influencia en la configuración de los diferentes modelos de intervención en la justicia juvenil en España, véase CÓRDOBA RODA, *La Ley…, op. cit.* p. 365 – 366; VIANA BALLESTER, *op. cit.*, p. 155 y ss; MARTÍN LÓPEZ, M. T., "Delincuencia juvenil y normativa internacional", en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: "in memorian"*. Coordinado por Luis Alberto Arroyo Zapatero e Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Vol. 1. Ed. Universidad de Salamanca. Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca. 2001, pp. 329 – 352; MONTERO HERNANZ, *La justicia juvenil… op. cit.,* p. 81 y ss.,

179 Tal y como se desprende de, entre otros apartados, un párrafo del apartado cuarto de la Exposición de motivos de la LORPM.

180 Sobre las diferencias entre penas, medidas de seguridad y consecuencias jurídicas para menores, véase FEIJÓO SÁNCHEZ, "Sobre el contenido…", *op. cit.*, pp. 9 – 70, p. 30.

181 Véase SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código Penal…, op. cit.*, p. 185.

182 Véase SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código Penal…, op. cit.*, p. 170.

183 Véase, por todos, LANDROVE DÍAZ, *Derecho penal de menores*, *op. cit.*, p. 160.

184 En relación con las semblanzas y las diferencias entre las penas, las medidas educativas de menores o medidas de reforma, las medidas de protección y las medidas de seguridad, véase VARGAS CABRERA, "Enumeración…", *op. cit.*, p. 133 y ss; AYO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 166 y ss.
Sobre la identidad y las diferencias entre la pena juvenil de internamiento de la legislación penal de menores y la pena privativa de libertad establecida en la legislación penal común, véase MARTÍNEZ - PEREDA RODRÍGUEZ, J. M., "Menores privados de libertad en España.", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, ejemplar

argumentamos más adelante- en referencia a la naturaleza jurídico–penal entre las consecuencias jurídicas establecidas en la jurisdicción de adultos y en la de menores, existe igualmente una distinción significativa entre la pena común y la juvenil:

a) en términos cuantitativos o temporales, las consecuencias jurídicas establecidas en la legislación penal de menores son más cortas y además, "… *la intensidad es menor*."[185];

b) a nivel cualitativo y, en general, desde todas las vertientes, jurídicas, educativas, legislativas, doctrinales[186], etc., la pena juvenil es más eficaz y eficiente que la pena común[187]; ROXIN considera que "… *sus méritos teóricos y prácticos resultan evidentes*."[188] En particular y según la doctrina[189], la pena juvenil:

- implica un tratamiento especializado, en el sentido de educativo[190], que es además de suficiente, mucho más idóneo que el castigo puro y simple, en el que predomina el contenido educativo sobre el punitivo, el fin legítimo de la pena relativo a la prevención especial positiva sobre la retribución, la prevención especial negativa y la prevención general;
- el contenido educativo va más allá de la orientación hacia la reinserción social establecida en el Art. 25.2 CE, de la prevención especial positiva; pretende ser –tal y como concretamos en el Cap. VIII- el del interés del menor en su condición o naturaleza jurídica como derecho fundamental a la educación ex Art. 27.1 CE; este derecho implica un plus en relación con la finalidad y el contenido de las penas establecidas en el Código penal;
- debido al contenido educativo mencionado, las penas juveniles son más eficaces y eficientes (que las que se aplican en la jurisdicción común) a la hora de conseguir la resocialización del menor infractor y, como consecuencia, una de las finalidades del Derecho penal juvenil: el control de la desviación social[191] y, también, impedir su reincidencia delictiva[192], fomentando la prevención[193].

---

dedicado a **"**Menores privados de libertad*"*. Nº 15. José Manuel Martínez – Pereda Rodríguez (director). Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1996, pp. 11 – 52, p. 47. Véase, también, MARTÍN CRUZ, *op. cit*., p. 296, nota a pie de página Nº 27.

185 Véase VIDAL HERRERO, *op. cit*., p. 198.

186 En este sentido, véase SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal…, op. cit*., p. 170; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, *op. cit*., p. 580.

187 En este contexto, véase PAREDES CASTAÑÓN, *op. cit*., p. 165.

188 Véase ROXIN, *Derecho penal. Parte General*, *op. cit*., p. 87.

189 En este contexto, véase MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, *op. cit*., p. 579; también, MIR PUIG, *El Derecho penal…, op. cit*., p. 144; PAREDES CASTAÑÓN, *op. cit*., p. 165.

190 Véase DE LA CUESTA / BLANCO, *op. cit*., p. 55.

191 En este contexto, véase PAREDES CASTAÑÓN, *op. cit*., p. 159.

192 Sobre la reincidencia en menores, véase CARDENAL MONTRAVETA, S., "La reincidencia en el Derecho penal de menores", en *Derecho penal del estado social y democrático de derecho: Libro homenaje a Santiago Mir Puig*. Diego

Una vez enunciadas las diferencias entre la pena común y la juvenil, exponemos los motivos por los que optamos a favor de la "pena juvenil".

En primer lugar, enunciamos la finalidad de las penas juveniles[194]. La exigencia de responsabilidad penal a través de la consecuencia jurídica por la que optamos aquí (la pena juvenil) responde a una orientación de prevención especial positiva o educativa de una manera prioritaria o predominante, tal y como así establece el legislador –a través de la LORPM y su reglamento- junto con la doctrina especializada en Derecho penal juvenil. En concreto, SERRANO TÁRREGA señala en referencia a la orientación de la prevención especial que: "*Las medidas tienen una finalidad esencialmente educativa y resocializadora, dirigidas a la prevención especial, para evitar la comisión de nuevos delitos.*"[195] En este contexto, afirmamos que la finalidad de las penas juveniles es educativa prioritariamente, tal y como se posiciona, también, la doctrina internacional del Derecho penal juvenil: "*Considerando que los jóvenes son seres en evolución y que, por consiguiente, todas las medidas adoptadas respecto de ello debería tener un carácter educativo.*"[196]

En segundo lugar y tal y como ya hemos avanzado, la naturaleza jurídica de la LORPM es penal; las consecuencias jurídicas reguladas en dicha ley contienen la misma naturaleza jurídica, son penales también[197]. Son penas juveniles en la línea de que dichas consecuencias jurídicas se imponen debido a que la legislación penal de menores exige responsabilidad penal a los menores culpables de sus acciones delictivas. Desde esta perspectiva, la naturaleza penal de la LORPM se extiende a las consecuencias jurídicas reguladas en ella.

En tercer lugar, un sector amplio de la doctrina especializada en Derecho penal juvenil[198] sostiene que las consecuencias jurídicas reguladas en la LORPM son penas

Manuel Luzón Peña (director). Editorial La Ley. Madrid, 2010, pp. 661 – 684; CUERVO GÓMEZ, K., *Menores en riesgo. Perfil y predicción de la reincidencia delictiva*. Tesis doctoral. Universitat Jaume I. Castellón. 2011.

193 En este sentido, véase LANDA GOROSTIZA, *op. cit.*, p. 7.

194 La doctrina especializada en Derecho penal juvenil explica la finalidad de las sanciones penales de menores; en este contexto, véase SERRANO TÁRRAGA, *op. cit.*, p. 340; también, véase FEIJÓO SÁNCHEZ, "Sobre el contenido…", *op. cit.*, p. 30; SALA DONADO, *op. cit.*, p. 45; AYO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 81, p. 191 y p. 201; igualmente, TAMARIT SUMALLA, "Principios…", *op. cit.*, p. 23; HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal…, op. cit.*, p. 232 y ss.

El Tribunal Constitucional: sobre las finalidades de la pena, más en concreto, de la pena juvenil, véase la STC, Pleno, 20.9.2012, Voto Particular de la Excma. Sra. Dña. Adela ASUA BATARRITA, (MP: Excmo. Sr. D. Luis Ignacio ORTEGA ÁLVAREZ).

195 Véase SERRANO TÁRRAGA, *op. cit.*, p. 340.

196 Véase la *Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa*. Recomendación Nº R (87) 20, *Reacciones sociales ante la delincuencia juvenil*, adoptada el 17 de septiembre 1987.

197 En este contexto, véase la LORPM, Exposición de Motivos, punto 6º.

198 Véase SALA DONADO, *op. cit.*, p. 49; véase también CANTARERO BANDRÉS, *Delincuencia juvenil, ¿Asistencia terapéutica…, op. cit.,* p. 44; CANO PAÑOS, "¿Supresión…", *op. cit.*, p. 6; GIMÉNEZ – SALINAS, *Delincuencia juvenil…, op. cit.*, p. 28; LANDROVE DÍAZ, *Derecho penal de menores*, *op. cit.*, p. 160; TAMARIT SUMALLA, "Principios…", *op. cit.*, p. 27, nota a pie de página Nº 30; CUELLO CONTRERAS, *op. cit.*, p. 29; MARTÍN CRUZ, *op. cit.*, p. 292 y ss., SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Minoría de edad…, op. cit.*, p. 159 y ss., CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español, Parte General, III, Teoría jurídica del delito / 2*. Ed. Tecnos, Madrid. 2001, p. 93; también, GARCÍA PÉREZ, O., "La evolución del sistema de justicia juvenil. La Ley de

auténticas, en concreto, penas juveniles o en todo caso, se equipara la medida a la pena, en cuanto a finalidad y contenido.

En cuarto lugar, optamos por un cambio de nomenclatura de medidas a penas juveniles, porque el concepto de medida se asocia habitualmente a la consecución del principio del "interés superior del menor", con sus connotaciones paternalistas – tutelares, que son portadoras de inseguridad jurídica.

Por todo ello, consideramos que la pena juvenil es más garantizadora que la medida y desde esta perspectiva, optamos a favor de la consideración de penas juveniles respecto a las consecuencias jurídicas establecidas en la legislación penal de menores.

En *conclusión*: las sanciones penales con contenido educativo que se regulan en la LORPM, son penas juveniles y, en algunos supuestos (los regulados en el Art. 5.2, Art 7.1. d) y e) LORPM), medidas de seguridad.

Dichas penas juveniles y medidas de seguridad se enmarcan en el fin legítimo de la pena de la prevención especial positiva. Desde esta perspectiva y en función de la prevención especial positiva, valoramos que, a través de la pena juvenil se da respuesta a las exigencias de responsabilización – reeducación del menor infractor como, del mismo modo, de protección de la sociedad.

2.4. Toma de postura.

Como consecuencia de todo lo anterior, mantenemos que la LORPM aúna ambas características, penal y educativa; desde esta perspectiva, la legislación penal de menores es una legislación penal – educativa; así, el Derecho penal juvenil, en concreto la LORPM y su reglamento, contiene elementos penales – preventivos (prevención general, pues, dicho Derecho y Ley pretende impedir la lesión de bienes jurídicos) y al mismo tiempo, aspectos educativos.

responsabilidad penal del menor de 2000 a la luz de las directrices internacionales", Nº 32, en *La Ley. Actualidad penal*. 2000, p. 8 *("… en la regulación, hay datos que conducen a pensar que estamos más bien ante penas.")*; ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores…,* 2007, *op. cit.*, p. 235; DE LA CUESTA ARZAMENDI / BLANCO CORDERO, *op. cit*., p. 83 y p. 57; igualmente, véase GÓMEZ RIVERO, M. C., "La nueva responsabilidad penal del menor: las Leyes orgánicas 5/2000 y 7/2000", en *Revista Penal*, Nº 9, enero, 2002, pp. 3 – 26, p. 5; también, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 2ª, 30.9.2002, (MP: Ilma. Sra. Dña. María José SÁNCHEZ RODRÍGUEZ).

La LORPM es parte integrante del Derecho penal, no del Derecho educacional, a pesar de que la justicia juvenil es o pretende ser educadora. Estamos ante un Derecho penal de carácter educativo, pero, la LORPM no forma parte de la red normalizada de educación.

El principio u orientación educativa de la justicia juvenil la hemos de situar en los fines legítimos de la pena, en concreto en los que justifican o legitiman la imposición de una pena juvenil a un menor infractor, a través de la prevención especial positiva y también, de la prevención general. Sólo así, la imposición de las penas juveniles dispondrá de legitimación y será coherente con el Derecho penal juvenil y con las consecuencias garantizadoras que la pertenencia a dicho Derecho comporta.

La intervención educativa se presume eficaz y adecuada en menores en cuanto a que son seres en formación o en pleno desarrollo personal y por tanto más susceptibles de incorporar valores normalizados, así como reeducar a aquellos menores que han manifestado déficits socioeducativos mediante la comisión de un delito.

Cabe añadir que el principio educativo (el interés superior del menor) es una orientación, un medio para alcanzar una finalidad doble (en coherencia o de acuerdo con la prevención especial y la prevención general): evitar o prevenir la reincidencia de los menores que ya han pasado por las instancias judiciales o policiales a consecuencia de la comisión de un hecho criminal (en palabras de CANO PAÑOS[199], el principio educativo es un medio dirigido a prevenir la reincidencia); tal prevención conlleva la resocialización del menor en el contexto o a partir de la prevención especial positiva[200]; también, evitar o prevenir la comisión de delitos por parte de los menores, en general, esto es, los que no han cometido ningún hecho criminal y que por tanto no han frecuentado las citadas instancias judiciales o policiales.

[199] Véase CANO PAÑOS, "¿Supresión…", *op. cit.*, p. 11.
[200] Véase CANO PAÑOS, "¿Supresión…", *op. cit.*, p. 10 – 11.

3. Situación del Derecho penal juvenil en la actualidad.

Enmarcar la situación actual del Derecho penal juvenil[201] nos servirá para que realicemos propuestas "*de lege ferenda*" y "*de lega lata*" acordes con dicha situación y partiendo de esa realidad, para que puedan ser viables. Por ello nos planteamos *el objetivo* siguiente: describir esa realidad, desde la perspectiva de nuestro objeto de estudio (la legalidad penal y la seguridad jurídica), que se podría resumir de la manera siguiente: el principio de legalidad y de seguridad jurídica está vigente en la jurisdicción de menores, pero presenta insuficiencias o déficits importantes, que son los que describimos a lo largo de este trabajo; pues bien, tales déficits provocan un desequilibrio entre el interés superior del menor y las garantías penales, que marca decisivamente la situación del Derecho penal juvenil en estos momentos.

Para enmarcar y conocer la situación o realidad en la que se halla el Derecho penal juvenil, es necesario enunciar las situaciones conflictivas, que provocan tensión jurídica, en forma de debates, que describimos a continuación, empezando por la jurisdicción común o de adultos, que suele afectar directa o indirectamente a la de menores.

3.1. Debates en la jurisdicción común y en la de menores.

Un primer debate: libertad y seguridad[202] junto con proporcionalidad. El Derecho penal protege lo colectivo mediante la restricción de, entre otros derechos, la libertad al individuo[203], cuando éste lesiona o daña al colectivo. Ese ejercicio de la intervención punitiva del Estado contra el agresor –limitando su libertad- ha de ser proporcionado. La respuesta punitiva – retributiva ha de aplicarse en base a un punto de equilibrio entre la gravedad de la agresión realizada a la sociedad y el nivel de culpabilidad del autor de la agresión. En todo caso, tal castigo ha de ofrecer seguridad a la sociedad además de ser proporcionado. Por tanto, dos valores están en juego, a la hora de restringir uno u otro en mayor o menor medida: la libertad del individuo (a través de las garantías penales) que lesiona la sociedad y la seguridad que necesita dicha sociedad, esto es, necesidad de prevención.

---

201 Un análisis sobre la situación actual sobre "El Derecho penal de menores y la justicia juvenil actualmente vigentes" (título del epígrafe utilizado por la autora), véase VIDAL HERRERO, op. cit., p. 169 y ss.

202 En este sentido, véase RAGUÉS VALLÉS, R., "El Derecho penal del enemigo en La expansión del Derecho penal", en *La crisis del Derecho penal contemporáneo*, Ricardo Robles Planas / Pablo Sánchez – Ostiz Gutiérrez (coordinadores). Ed. Atelier. Barcelona, 2010, pp. 87 – 104, p. 99, también, MORALES PRATS, F., *La utopía garantista del Derecho penal en la nueva "Edad Media"*. Discurso de ingreso en la Real Academia de Doctores. Ed. Reial Acadèmia de Doctors. Barcelona. 2015, p. 51.

203 En este contexto, véase GARCIA ARÁN, "Constitución…", *op. cit*., p. 287.

Un segundo debate: retribución o prevención especial positiva. La discusión bascula también entre las dos vertientes principales de la finalidad de la pena (retribución o prevención). La solución para superar este debate, en el sentido de lograr un mínimo equilibrio entre la retribución junto con la prevención general y la prevención especial[204] o reeducación[205] se suele conseguir con las aportaciones de la dogmática penal, que propone racionalización en el Derecho penal así como en la toma de decisiones cuando hay intereses o derechos en conflicto. Igualmente con la intervención de la proporcionalidad, que contribuye en la consecución de un mínimo equilibrio entre los mencionados derechos en conflicto[206]. De la misma manera, a través del dualismo[207]: la tensión entre la retribución y la educación –la prevención especial positiva- o la reinserción social es histórica; esa tensión la hemos resuelto en nuestro sistema de penas; en este marco, hemos de destacar, por ejemplo las medidas penales alternativas (alternativas a la prisión)[208], o, también, las penas juveniles.

Un tercer debate: seguridad o rehabilitación[209], seguridad o prevención especial positiva[210]. Con la promulgación de la LO 7/2003 y la LO 6/2003, ambas de 30 de junio –que modificaron la LO *General Penitenciaria*-, junto con la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo*, por la que se modifica el Código penal*, se aumentó –en aras de incrementar la seguridad en general o en abstracto- el límite máximo de la pena privativa de libertad a la vez que se reguló el cumplimiento íntegro de las penas en algunos supuestos, junto con el establecimiento de una pena tan nueva como contraria a la reinserción social (la pena de "prisión permanente revisable").

Un cuarto debate: certeza versus flexibilidad: en un lado de la balanza está la flexibilidad de los principios penales[211] y en el otro lado la certeza en la aplicación de tales

---

[204] Respecto al equilibrio entre la prevención general y la prevención especial en la jurisdicción de menores, véase, por todos, TAMARIT SUMALLA, "Principios político-criminales…", *op. cit*., p. 27.

[205] Véase JIMÉNEZ SEGADO, C., "¿Puede prescindirse de la tutela penal frente a la delincuencia juvenil? (Sobre la reforma de la Ley penal del menor)", en Diario *La Ley*, Nº 6529, 19 de julio. Madrid. 2006, en concreto, véase el apartado III. "La tensión retribución – educación en el caso español".

[206] Véase GONZÁLEZ – CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal.* Ed. Cólex. Madrid, 1990, p. 1.

[207] El dualismo penal procede o es una manifestación de la Tercera Escuela, o Terza Scuola, también conocida como Escuela del Positivismo Crítico, escuela penal surgida en Italia, a finales del S. XIX. El dualismo penal considera que es posible compaginar la aplicación simultánea de consecuencias jurídicas diferentes al mismo tiempo sobre un mismo culpable: las penas y, al mismo tiempo, las medidas de seguridad.

[208] En este contexto, véase el CP, Capítulo III. De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional. Art. 80 y ss; también, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., "Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad en el Código penal español de 1995", en *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón,* Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, pp. 125 – 152.

[209] En este contexto, véase CORCOY BIDASOLO, M., "Los fines de la pena en el sistema de penas y medidas de la reforma penal de 2003", en *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal.* J. C. Carbonell Mateu, B. del Rosal Blasco, L. Morillas Cueva, E. Orts Berenguer, M. Quintanar Díez (coordinadores). Ed. Dykinson. Madrid, 2005, pp. 229 – 250, p. 246 y ss.

[210] En este contexto, véase CORCOY BIDASOLO, "Los fines…", *op. cit*., p. 246 y ss.

[211] Sobre las soluciones que la doctrina aporta al problema de la flexibilización de los principios penales, véase ÁLVAREZ GARCÍA, *op. cit*., p. 264 – 265.

principios. Actualmente, este debate se está decantando en la dirección de la flexibilidad, tal y como expresa ÁLVAREZ GARCÍA[212].

El problema se hace patente también en la fase de ejecución de la pena, donde el debate gira alrededor de la certeza de la ley penal-penitenciaria (que regula su cumplimiento o ejecución) y de la flexibilidad en su ejecución o cumplimiento[213]; en este marco, un ejemplo de flexibilidad puede hallarse en nuestra legislación penal, en concreto en el Art. 80 y ss, sobre todo en el Art. 90 y ss CP. A pesar de que tal flexibilidad está regulada en la ley, implica una gran dosis de inseguridad jurídica[214], tanto para la persona condenada como, sobre todo, para la sociedad en general, para las víctimas de los delitos, prioritariamente. A la vez, comporta un beneficio social, personal, humano, una mayor y mejor reinserción social, en definitiva, para la persona condenada. Esa mejor reinserción social de la persona revierte en beneficio de la sociedad y, en consecuencia, de las víctimas potenciales o futuras, aunque indirectamente y a largo plazo. Por tanto, el esfuerzo se centra en lograr un punto de equilibro entre la certeza (la seguridad jurídica) y la flexibilidad[215] en la ejecución de las penas (la reinserción social, la prevención especial[216]).

Un quinto debate: dogmática y política criminal. Aquí, la discusión es permanente en el Derecho penal, en el que, por un lado, la política criminal ejerce influencia y, por otro lado, las garantías y la dogmática penal hacen lo propio, tal y como plantea MORALES PRATS[217].

Un sexto debate: garantismo y función simbólica del Derecho penal. Desde esta perspectiva, el conflicto está presente en la política criminal actual, en el sentido de que estamos en una época en la que "… *empieza a otorgarse al Derecho penal una función simbólica, en la creencia de que la legislación penal puede ofrecer respuesta inmediata y eficaz a toda suerte de problemas y conflictos que surgen en el seno social.*"[218]

---

212 Véase ÁLVAREZ GARCÍA, *op. cit.*, p. 264.

213 En relación con este debate, véase la obra de PALAZZO, F. / BARTOLI, R., *Certezza o flessibilità della pena? Verso la reforma della sospensione condizionale.* Ed. G. Giappichelli editore – Torino – Italia. 2007.

214 En este sentido, véase MATA Y MARTÍN, R. M., "El principio de legalidad en el ámbito penitenciario", documento electrónico localizado en internet en septiembre de 2013, http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=409671&d=1 También, en *Revista General de Derecho Penal*, Nº 14, 2010, pp. 1 – 45.

215 En este contexto, véase PALAZZO / BARTOLI, *op. cit.*, p. 18 y ss.

216 En este contexto, véase PALAZZO / BARTOLI*, op. cit.*, p. 20, en concreto el epígrafe titulado "*I criteri di esercizio della discrezionalità nella sospensione concepita come strumento di intimidazion especiale.*" Esta flexibilidad, sobre todo a la hora de decidir o no la suspensión de la ejecución de la pena, se realiza o se consigue a través de la capacidad o autonomía que otorga el poder legislativo al poder judicial, a través de la discrecionalidad judicial, en este sentido, véase PALAZZO / BARTOLI, *op. cit.*, p. 18. No obstante, la mencionada flexibilidad en la ejecución de las penas puede verse "bloqueada" por la discrecionalidad judicial, si ésta se inspira en la prevención general, en este sentido, véase PALAZZO / BARTOLI, *op. cit.*, p. 99.

217 En este sentido, véase MORALES PRATS, *op. cit.*, p. 27.

218 Véase MORALES PRATS, *op. cit.*, p. 120.

Los anteriores problemas no resueltos en la jurisdicción común se manifiestan en la de menores de una manera u otra: problemas del Derecho penal común se dirigen hacia el juvenil, y al revés también sucede, esto es, problemas que existen en el Derecho penal juvenil, por ejemplo la flexibilización de los principios penales, sobre todo el de legalidad, avanzan en dirección al de adultos, cada vez con más insistencia[219].

A continuación, detallamos los problemas o debates irresolutos todavía que surgen en la jurisdicción de menores, que ayudan a enmarcar la situación actual del Derecho penal juvenil, en el momento presente y en nuestro entorno jurídico–cultural.

Un primer debate –aunque minoritario- oscila entre dos modelos de intervención o de tratamiento[220]: el "educativo"[221] y el penal o de "responsabilidad"[222]. No obstante, este debate, aunque se mantiene en algunos sectores doctrinales[223] -y judiciales[224]- esporádicamente, ya está superado porque, la mayoría de la doctrina especializada en Derecho penal juvenil ha optado por el modelo de responsabilidad o modelo penal – garantista[225], a partir de los años 80 y, sobre todo, desde el año 2002[226].

---

[219] En este sentido, véase SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales.* Ed. B de f. Montevideo – Buenos Aires, Julio César Faira. 2006., p. 178 y ss., también, LLOBET ANGLÍ, M., *Terrorismo y guerra contra el terror: límites de su punición en un Estado democrático.* Universitat Pompeu Fabra. Tesis doctoral. Barcelona. 2008, p. 180 y ss., y p. 191 y ss.

[220] Sobre los diferentes modelos (clásico, tutelar, educativo, responsabilizador) que han marcado la justicia juvenil en España, véase VIDAL HERRERO, *op. cit*., p. 110 i ss., SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Minoría…, op. cit*., p. 99 y ss; GÓMEZ RIVERO, *op. cit*., p. 6 y ss; SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código…, op. cit.,* p. 164 y ss; DE LA CUESTA ARZAMENDI / BLANCO CORDERO, *op. cit*., p. 9 y ss., AYO FERNÁNDEZ, *op. cit.,* p. 27 y ss., TAMARIT SUMALLA, "Principios…", *op. cit*., p. 15 y ss., CANO PAÑOS, *El futuro…, op. cit*., p. 131 y ss., ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2007, *op. cit*., p. 32 y ss., ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2001, *op. cit*., p. 32 y ss., HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal…, op. cit.,* p. 43 y ss., VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *Delincuencia…, op. cit*., p. 247 y ss., DÍAZ MARTÍNEZ, *op. cit*., p. 21 y ss; PÉREZ MARTELL, *op. cit*., p. 57 y ss., también, HALL GARCÍA, *op. cit*., p. 234 y ss., SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código*…, *op. cit*., p. 164, nota a pie de página Nº 408.

[221] Acerca del modelo educativo, véase VIDAL HERRERO, *op. cit*., p. 115 y ss., DÍAZ MARTÍNEZ, *op. cit*., p. 23 y ss; MACHADO RUIZ, o*p. cit*., punto 2, "El sistema biológico", apartado B) Modelo educativo; también, COLÁS TURÉGANO, *op. cit*., p. 70 y ss; PANCHÓN IGLESIAS, *op. cit*., p. 64 y ss; DE LA CUESTA ARZAMENDI / BLANCO CORDERO, *op. cit*., p. 30; DE LA CUESTA ARZAMENDI, "El abandono…", *op. cit*., p. 122, nota a pie de página Nº 87.

[222] Sobre el Modelo de Justicia y su diferenciación con el Modelo Educativo, véase AYO FERNÁNDEZ, *op. cit*., pp. 27 - 34; sobre las diferencias entre los diversos modelos, en concreto entre el modelo educativo y el modelo de responsabilidad (o de Justicia), véase DE LA CUESTA ARZAMENDI / BLANCO CORDERO, *op. cit*., p. 30 y ss.

[223] En este contexto, véase HALL GARCÍA, *op. cit.,* p. 12.

[224] En este sentido, véase cómo un juez dio prioridad a lo "educativo" antes que a las garantías penales –juez que considero que los interrogados, menores de 18 y mayores de 14 años, no precisaban de la presencia de abogado en el momento de ser interrogados por la policía-, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 2ª, 23.2.2015, (MP: Ilmo. Sr. D. Jesús DE JESÚS SÁNCHEZ).

[225] Recientemente, ha surgido un nuevo modelo, que aúna aspectos del educativo y del penal, que es el "*modelo social de responsabilidad del menor infractor*"). Sobre la nueva propuesta de modelo a través del "modelo social", véase VIDAL HERRERO, *op. cit*., p. 394 y ss.

[226] En este contexto, véase CANTARERO BANDRÉS, *Delincuencia juvenil, ¿Asistencia terapéutica…, op. cit.,* p. 23.

Un segundo debate: prevención general versus prevención especial[227]; o, también, interés superior del menor (educación, reinserción social) *versus* defensa social[228]. Igualmente, la discusión se produce entre prevención y retribución[229], tal y como así se ha comentado en el seno del TC[230] y, del mismo modo, en la doctrina especializada en Derecho penal juvenil[231], contraponiendo la prevención general (carácter sancionador – retributivo) contra la prevención especial positiva, su carácter educativo. Así, tal vez estemos ante un cambio de modelo que se dirige en la dirección de una naturaleza inocuizadora o represiva[232].

Un tercer debate: la pretensión de educación contra el planteamiento de justicia[233]. La discusión se centra en la cuestión sobre si es posible educar en un contexto de justicia penal. Esta cuestión se soluciona, en parte, afirmando que, aunque es difícil[234], sí es posible educar desde lo penal, tal y como señala ALBRECHT: "*No educación en vez de pena, sino: educación a través de la pena.*"[235] Sin embargo, afirmar que sí es posible educar en un contexto de justicia penal es generalizar en exceso, pues el concepto o la pretensión de "educación" es muy vaga y amplia –que da pie a multitud de posibilidades de interpretación-[236], además de ser difícil o, tal vez, imposible cuantificar en la línea de evaluar el número de menores infractores (que han pasado por las instancias judiciales y de justicia juvenil) que han sido educados, reeducados o reinsertados mínimamente.

La voluntariedad del educando colabora en el proceso de transmisión de unos conocimientos y unos valores o pautas de conducta normalizadas y útiles para vivir en sociedad, pero, tal voluntariedad es prescindible –en el ámbito de la justicia juvenil- para conseguir unos objetivos socio – educativos mínimos o evaluables. En este contexto se

---

227 Sobre la relación entre la prevención general y la prevención especial, véase CARDENAL MONTRAVETA, "Función de la pena…", *op. cit*., p. 11 y ss.

228 En este contexto, véase HALL GARCÍA*, op. cit*., p. 400 y ss.

229 En la justicia juvenil, el debate o la disyuntiva central en la actualidad, desde los años ochenta, es entre retribución o prevención, entre retribución o educación, también entre prevención general y prevención especial positiva, algunas obras doctrinales de la justicia juvenil así lo han enfocado: TAMARIT SUMALLA, "Principios…", *op. cit.,* p. 27; GÓMEZ RIVERO, *op. cit*., p. 10; FERNÁNDEZ MOLINA, E., *Entre la educación y el castigo: un análisis de la justicia de menores en España.* Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2008; también, JIMÉNEZ SEGADO, *op. cit*., apartado III. "La tensión retribución – educación en el caso español".

230 Véase la STC, Pleno, 20.9.2012, (MP: Excmo. Sr. D. Luis Ignacio ORTEGA ÁLVAREZ). Voto particular de la Excma. Sra. Dña. Adela ASUA BATARRITA, apartado 3º.

231 Véase CANO PAÑOS, "¿Supresión…", *op. cit*., p. 11. DE LA ROSA CORTINA, "Los principios…", *op. cit*., p. 25.

232 Acerca del posible cambio de modelo, véase CANO PAÑOS, "¿Supresión…", *op. cit*., p. 32.

233 Sobre este debate, véase ALBRECHT, *El Derecho penal…*, *op. cit*., p. 95.

234 En este contexto, véase MONTERO HERNANZ, *La justicia juvenil…, op. cit.,* p. 152, refiriéndose a la LORPM. Igualmente, véase DIEGO ESPUNY, F., *Los procesos educativos en la prevención y tratamiento de la disociabilidad: el diseño curricular en el sistema de protección de menores.* Vol. I (tesis doctoral). 1988, p. 217. Sobre la discusión o disyuntiva de "Educar o castigar", véase FERNÁNDEZ MOLINA, E., *Entre la educación…, op. cit.*

235 Véase ALBRECHT, *El Derecho penal…*, *op. cit*., p. 97.

236 En este contexto, véase ALBRECHT, *El Derecho penal….*, *op. cit*., p. 94.

posiciona la legislación y la doctrina penal de menores, en el sentido de que sí es posible educar y reeducar desde la justicia juvenil[237], a través de la LORPM[238]; igualmente, en referencia a la pena juvenil más contundente (el internamiento[239]); así, afirmamos que sí es viable educar o reeducar en este contexto de ausencia de libertad[240].

3.1.1. El equilibrio entre el interés del menor y las garantías penales.

ALBRECHT[241] plantea la disyuntiva entre educación y justicia; este es el debate principal alrededor del cual gira la presente tesis; desde esta perspectiva, añadimos que el legislador pretendía mantener cierto equilibrio entre el principio del interés superior del menor o principio de resocialización y los principios con identidad o finalidad garantista[242], a través de la redacción inicial de la LORPM.

Esta disyuntiva configura *el problema* a resolver: el equilibrio del citado principio del interés del menor en relación con los principios garantistas presenta considerables dificultades, tanto en los inicios de la LORPM como en la redacción actual.

Para dar respuesta a dicho problema, planteamos la consecución del objetivo siguiente: demostrar que hay un desequilibrio a favor de lo educativo, a costa de las garantías penales (las garantías derivadas de la legalidad penal y de la seguridad jurídica[243]).

---

237 En este contexto, véase ALBRECHT, *El Derecho penal*…, *op. cit*., p. 94 y ss.

238 Véase LORPM, Exposición de Motivos, apartado 16. Sobre las posibilidades de educar en el contexto penal, en concreto, en un centro cerrado de justicia juvenil, esto es, sobre "La incidencia del principio educativo en la fundamentación de la medida de internamiento en régimen cerrado" (título del capítulo utilizado por la autora), véase MORA SÁNCHEZ, *op. cit*., p. 121 y ss; igualmente, VENCESLAO PUEYO, M., *Pedagogía correccional. Estudio antropológico sobre un Centro Educativo de Justicia Juvenil.* Tesis doctoral. Universitat de Barcelona. Facultat de Geografia i Història. Barcelona. 2012.

239 Véase CÁMARA ARROYO, *Derecho penal de menores…, op. cit.*

240 Tal y como afirma HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal…, op. cit*., p. 254.

241 Véase ALBRECHT, *El Derecho penal*…, *op. cit*., p. 95.

242 Respecto a la justicia de menores, la existencia de una disyuntiva entre el interés superior del menor (principio de resocialización) y el principio de legalidad y sus garantías derivadas, esto es, entre eficiencia o eficacia (interés superior del menor) y las garantías penales, seguridad jurídica, básicamente, ya la hace patente la doctrina especializada en Derecho penal juvenil; en este sentido, véase AYO FERNÁNDEZ, *op. cit*., p. 30: "*Disyuntiva actual: modelo de justicia o modelo educativo-responsabilizador.*"; también, véase AYO FERNÁNDEZ, *op. cit.,* p. 64, nota a pie de página citando a RÍOS MARTÍN, bajo los términos de "*Educación versus Penalización*"; también, CUELLO CONTRERAS, *op. cit*., p. 96 (disyuntiva que CUELLO la plantea en términos de garantía, por un lado, y eficiencia, por otro lado); ALBRECHT, *El Derecho penal*…, *op. cit*., p. 95; CANO PAÑOS, "¿Supresión…", *op. cit*., p. 13.

243 Tal y como se posiciona la doctrina especializada en Derecho penal juvenil, en este sentido, véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2001, *op. cit.* p. 75; CANO PAÑOS, *El futuro…, op. cit*., p. 151 – 152; ALBRECHT, *El Derecho penal*…, *op. cit*., p. 94.

Con el propósito de dar respuesta a tal objetivo, en el sentido de abordar dicho desequilibrio, hemos de considerar que estamos antes una dificultad[244] a la hora de mantener un equilibrio entre principios[245]; no va a ser tarea fácil, ya que el Derecho penal juvenil tiene su propia identidad, sus peculiaridades; es un Derecho penal especial (y, al mismo tiempo, es una parte o sector integrante del Derecho penal común), pudiendo ser una de las causas aunque no la principal en la que se halla la dificultad de alcanzar el equilibrio óptimo[246]. Desde esta perspectiva y a continuación, apuntamos algunas causas y consecuencias en relación con el problema del mencionado desequilibrio; para, después, proponer soluciones en la dirección de dar respuesta a dicho problema; tales soluciones –encaminadas a la consecución del equilibrio entre interés del menor y garantías penales- las proponemos en la tercera y cuarta parte.

A continuación, las causas del desequilibrio entre la eficiencia (el interés superior del menor) y las garantías penales (la legalidad y la seguridad jurídica).

Primera causa. La existencia de varios intereses "superiores" en juego: el del propio menor (que querrá "… *salir airoso de una denuncia interpuesta en su contra*."[247]), el de las víctimas –algunas de ellas, menores de edad- (consecuencia de la acción del menor infractor, en este sentido se habla del "*interés del menor perjudicado*"[248]), el del fiscal, el del juez de menores, el de la defensa, el del legislador y, por último y en general, el interés del Estado[249].

Segunda causa. Crisis del principio de legalidad[250] en la jurisdicción ordinaria y en mayor medida, en la justicia penal de menores (este aspecto lo desarrollamos con más

---

244 En referencia a la dificultad –y, a la vez, en relación con el reto a conseguir- de la tarea de mantener el equilibrio o compaginación entre diferentes valores o principios configuradores (interés superior del menor, principalmente, por un lado, y las garantías penales, por otro lado), se posiciona la doctrina: ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores...,* 2001, *op. cit*., p. 201. Acerca del equilibrio entre retribución y educación, véase JIMÉNEZ SEGADO, *op. cit.*, apartado III. Véase, también, la STC, Pleno, 20.9.2012, FJ 5º, (MP: Excmo. Sr. D. Luis Ignacio ORTEGA ÁLVAREZ). Acerca del equilibrio entre asistencia terapéutica y justicia penal, véase CANTARERO BANDRÉS, *Delincuencia juvenil: ¿asistencia terapéutica…, op. cit.* Sobre el difícil equilibrio en los diferentes modelos que configuran la LORPM vigente, véase DE LA CUESTA ARZAMENDI / BLANCO CORDERO, *op. cit*., p. 56.

245 Véase BERNUZ BENEITEZ, "Justicia de menores…", *op. cit*., p. 19; en la misma línea, véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores...,* 2007, *op. cit*., p. 219.

246 Véase HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal…, op. cit.,* p. 22 y p. 31.

247 Véase ESCORIHUELA GALLÉN, *op. cit*., apartado II, párrafo 5º.

248 Véase ESCORIHUELA GALLÉN, *op. cit*., apartado III, párrafo 2º.

249 En este sentido, véase "Determinación del interés del menor por parte del Estado", (título del epígrafe utilizado por el autor), en PAREDES CASTAÑÓN, *op. cit*., p. 174 y ss.

250 Crisis que ya se observó en Italia en los años ochenta, según MORALES PRATS, *op. cit*., p. 85, nota a pie de página Nº 55. Sobre la citada crisis, véase *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?* Juan Pablo Montiel Fernández (editor). Barcelona. Madrid. Buenos Aires. 2012; también, POTT, CH., "El fenómeno de pérdida del contenido del principio de legalidad y su manifestación en la relación entre el delito de encubrimiento por funcionarios (Art. 258a StGB) y el sobreseimiento (Art. 153 y ss. StPO)" (Traducción de Iñigo Corraza / Guillermo Benlloch Petit), en *La insostenible situación del Derecho penal*, J. M. Silva Sánchez

amplitud en el epígrafe siguiente). El deterioro de la legalidad y la seguridad jurídica refuerza la consolidación de conceptos jurídicos indeterminados como, por ejemplo, el del interés superior del menor.

Tercera causa. Indefinición: no sabemos qué quiere decir el concepto del interés superior del menor, exactamente, por su "*imprecisión semántica*"[251], y sobre todo, porque, es un concepto jurídico indeterminado, que favorece o permite la decisión judicial discrecional de una manera excesiva.

Cuarta causa. Prioridad a la eficiencia y a la eficacia: en ocasiones, el legislador (y otros operadores jurídicos no menos importantes[252]) otorga esa prioridad al interés superior del menor, antes que a las garantías penales[253].

Quinta causa. Acerca de la perspectiva de educar desde lo penal: la causa de ese desequilibrio, entre eficiencia - eficacia y garantías penales (legalidad – seguridad jurídica)[254] puede hallarse también, según MONTERO HERNANZ, en que es difícil compatibilizar lo penal con lo educativo, o lo que es lo mismo, *"… la labor de control con la de inserción."*[255]

A continuación, enunciamos las consecuencias negativas que comporta el desequilibrio entre la eficiencia – eficacia y las garantías penales: la implicación principal es la tensión jurídica y doctrinal que se manifiesta en la justicia penal de menores, si la atención o el respeto hacia el principio de legalidad está desequilibrado o descompensado mediante la regulación de tipos penales, conductas o supuestos de hecho carentes de una taxatividad mínima (regulación a través de cláusulas generales o conceptos jurídicos indeterminados); desde esta perspectiva, se posibilita la entrada de la discrecionalidad judicial excesiva, y en algunos casos, de la arbitrariedad, que produce desigualdad, discriminación y, en definitiva, la devaluación de los derechos fundamentales: de la legalidad penal y la seguridad jurídica.

(Coordinador). Ed. Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt. Ed. Comares, Granada, 2000, pp. 84 – 102, p. 84 y ss.

251 Véase ÓSCAR VILLAMAYOR, F. B., "Posibilidad de una 'autonomía minoril': incidencia del interés superior del menor", en *Lecciones y Ensayos*, del Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires Nº 82, 2006, pp. 261 – 277, p. 262.

252 No sólo el legislador, también, la Fiscalía General del Estado otorga prioridad a la eficiencia (al interés superior del menor) en la justicia de menores antes que a las garantías individuales derivadas de la legalidad penal y la seguridad jurídica, al no exigirse que el quebrantamiento se pruebe mediante sentencia firme; en este sentido, véase Circular de la FGE 1/2009, apartado 5, p. 11 "Constatación del quebrantamiento".

253 En este contexto, véase BLANCO CORDERO, I. / SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., **"**Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio.", en *Revista penal*, Madrid, Nº 6, 2000, pp. 3 – 14, p. 14; ALBRECHT, P. A., "El derecho penal en la intervención de la política populista", en *La insostenible situación del Derecho penal*, J. M. Silva Sánchez (coordinador). Ed. Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt y Ed. Comares, Granada, 2000, pp. 471 – 487, p. 484.

254 Un debate parecido existe en la jurisdicción común, en este sentido, véase HUERTA TOCILDO, "Principios…", *op. cit.*, p. 51, bajo la expresión "Eficacia *versus* garantías" en relación con los delitos de medio ambiente regulados en el CP.

255 Véase MONTERO HERNANZ, *La justicia juvenil…, op. cit.*, p. 152, refiriéndose a la LORPM.

3.2. Algunas consideraciones sobre la crisis de las garantías penales en la justicia juvenil.

Los comentarios que apuntamos aquí contienen la intención de delimitar el problema, ampliando un aspecto ya enunciado anteriormente, que es la crisis del principio de legalidad. Una vez conseguida tal intención, será más fácil acercarnos a la realidad y establecer conclusiones y propuestas de mejora coherentes con esa realidad y por tanto viables.

De entrada, afirmamos que el principio de legalidad no ha podido escapar de la "*crisis del sistema penal*."[256], esto es del "*declive inexorable*" [257] del Derecho penal. Pero analizar las causas que han llevado a esta situación crítica o precaria sobrepasa la finalidad del presente trabajo[258]. Por este motivo y a continuación, expondremos algunas manifestaciones evidentes de la crisis mencionada, en las que pueden hallarse tanto las posibles causas como también las consecuencias negativas.

Abandono del legislador. El principio de legalidad está dejando de ser un límite al ejercicio de la facultad punitiva del Estado[259], como mínimo desde el año 1994[260]. Apuntamos algunos ejemplos que ilustran el abandono progresivo de las garantías desde la vertiente formal y material.

Leyes penales en blanco. El poder ejecutivo se inmiscuye en la esfera de libertad de las personas, en base al margen de actuación excesivo que le concede la ley penal en blanco[261].

Vaguedad e indeterminación de los tipos penales. La indeterminación de las leyes penales es necesaria, porque, según ROXIN, "… *todos los términos empleados por el legislador admiten varias interpretaciones.*"[262] No obstante, también admite ROXIN que, "*Por esto tiene razón WELZEL en su frase, frecuentemente citada: ¡El auténtico peligro que amenaza al principio nulla poena sine lege no procede de la analogía, sino de las leyes penales indeterminadas!*"[263] Por ello creemos que uno de los peligros que afectan al principio de legalidad y al de seguridad jurídica es la inexactitud, la indeterminación y la vaguedad de los tipos penales. Dicho de otra manera, mediante el deterioro del principio de legalidad a través de, por ejemplo, los conceptos jurídicos

256 Véase MORALES PRATS, op. cit., p. 133.
257 En este sentido, véase MORALES PRATS, *op. cit*., p. 24.
258 No obstante, se pueden entender dichas causas a través de "El proceso de crisis de las garantías", (título del epígrafe utilizado por el autor), MORALES PRATS, *op. cit*., p. 75 y ss.
259 Véase ACALE SÁNCHEZ, *op. cit.,* p. 281.
260 Véase SANTANA VEGA, D. M., "Principio de oportunidad y sistema penal", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 47, mes 2, 1994, pp. 105 – 136, p. 130.
261 Véase SANTANA VEGA, D. M., *El concepto de ley penal en blanco*, Ed. Ad – Hoc. Buenos Aires, 2000, p. 130.
262 Véase ROXIN, *Derecho penal. Parte general, op. cit*., p. 170.
263 Véase *loc. ult. cit.*

indeterminados[264], se están potenciando decisiones discrecionales que pueden degenerar fácilmente en arbitrariedad. A su vez, se potencia la arbitrariedad cuando se desplaza la función de materializar los límites de lo prohibido al poder judicial a través de los mencionados conceptos jurídicos indeterminados. También, ÁLVAREZ GARCÍA[265] advierte sobre el peligro del aumento de la vaguedad o de la incertidumbre de la legislación penal.

La difuminación entre el Derecho administrativo y el Derecho penal, tal y como señala GARCÍA ARÁN[266]. Esta difuminación o, también, esta "… *administrativización del Derecho penal.*"[267], o "*La 'colonización' en el Derecho penal por parte de la Administración*"[268] conlleva riesgos, el principal: el deterioro de las garantías penales[269]. Como es sabido, las garantías del procedimiento administrativo sancionador son inferiores a las que existen en el procedimiento jurisdiccional en el ámbito penal[270], que, igualmente, es un riesgo sobre el que advierte SANTANA VEGA[271].

Aumento del protagonismo de la jurisprudencia, hasta llegar a convertirse en fuente del Derecho[272], en detrimento de la intervención del legislador[273]. En este marco, la jurisprudencia va ganando terreno ante la devaluación del poder del Código penal[274], de la idea o significado de la Ley, en general. La causa de este aumento es un abandono o dejación: el de la determinación o concreción de las normas o tipos penales por parte de la ley, del legislador (abusando de las leyes penales en blanco, de los conceptos jurídicos indeterminados, etc.)[275]. Por ello lleva razón el TS[276] cuando sostiene que es el legislador –y no los tribunales- quien ha

---

264 Conceptos que suelen vulnerar la Constitución, pues, no reúnen los requisitos establecidos por el TC para ser compatibles con la legalidad penal y la seguridad jurídica; el principal de estos requisitos es que la concreción de dichos conceptos no es *"… razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia.",* véase la STC, S. 1ª, 21.12.1989, FJ 5º, (MP: Excmo. Sr. D. Fernando GARCÍA – MON y GONZÁLEZ – REGUERAL).

265 Véase ÁLVAREZ GARCÍA, *op. cit*., p. 42, citando a NAUCKE.

266 Véase GARCÍA ARÁN, M., "Constitución y Derecho penal, veinte años después", en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001, pp. 285 – 297, p. 297.

267 Sobre "… la 'administrativización' del Derecho penal.", (título del epígrafe utilizado por el autor), véase SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*…, *op. cit*., p. 91 y ss.

268 Véase MORALES PRATS, *op. cit*., p. 84 y ss.

269 En este sentido, *loc. ult. cit.*

270 En este contexto, véase STC, Pleno, 16.1.2003, FJ 10º, (MP: Excmo. Sr. D. María Emilia CASAS BAAMONDE).

271 Véase SANTANA VEGA, "Principio de oportunidad…", *op. cit*., p. 130.

272 Un ejemplo: el Tribunal Supremo está estableciendo doctrina en sus sentencias aplicando una circunstancia atenuante nueva, en virtud del Art. 21.7 CP y a partir de la cual se reduce la pena como consecuencia de la "*atenuante analógica de cuasi-prescripción*"; en este sentido, véase la STS, S. 2ª, 7.4.2016, FJ 8º, (MP: Excmo. Sr. D. Francisco MONTERDE FERRER). Sobre la posibilidad de que los jueces puedan "generar Derecho", véase MORESO MATEOS, J. J., *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución.* Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1997, p. 238.

273 Véase SANTANA VEGA, "Principio de oportunidad…", *op. cit*., p. 136. También, véase ÁLVAREZ GARCÍA, *op. cit*., p. 100, nota a pie de página Nº 146, y p. 193 - 194.

274 Véase ÁLVAREZ GARCÍA, *op. cit*., p. 119.

275 Véase ÁLVAREZ GARCÍA, *op. cit*., p. 193 – 194.

276 Véase la STS, S. 2ª, 5.10.1990, FJ 1º, párrafo 2º, (MP: Excmo. Sr. D. José Hermenegildo MOYNA MÉNGUEZ).

de intervenir en la definición de los tipos penales, directamente, sin dejar -o dejando el mínimo- margen de intervención a dicha jurisprudencia.

Las dificultades de la ley. Ante un mundo cambiante, la ley –la respuesta penal- tiene dificultades serias para contrarrestar a los retos de la nueva criminalidad[277], para adaptarse a las recientes maneras de delinquir, "… *la delincuencia de la globalización.*"[278], como, por ejemplo, la "*criminalidad informática*"[279], incluso a los nuevos comportamientos delictivos protagonizados por los propios menores como, por ejemplo, el "*sexting*"[280], el "*ciberacoso*" o "*ciberbullying*".

En efecto, la Ley ha ido perdiendo parte de su poder para viabilizar las necesidades de nuestra sociedad, porque esta delincuencia nueva sobrepasa las posibilidades de intervención de la legislación penal estatal, tal y como ha afirmado GÓMEZ COLOMER[281]. En resumen, la Ley es un sistema rígido que no se adapta a la transición, a los rápidos sucesos del momento presente, a la criminalidad organizada internacional de nuestra época, tal y como sería deseable.

Consecuencia de todo lo anterior: la ley penal no puede dar respuesta a los cambios permanentes, no puede prever todas las situaciones conflictivas posibles o futuras. Ante un mundo cambiante como es el nuestro, es difícil realizar previsiones de la realidad en la Ley; en este marco, se pronuncia HART[282], que afirma que es imposible cumplir estrictamente con el derecho fundamental a la legalidad penal.

Desnaturalización del principio de legalidad[283]: se está devaluando el principio de legalidad -la norma penal no ostenta legitimidad, aunque sea resultado de un proceso de gestación y promulgación democrático[284]-. Como consecuencia, se desvirtúa el Estado democrático, ya que quien decide lo que está prohibido no es el representante del pueblo, no es el Parlamento, sino, el poder judicial y el ejecutivo[285]. Se desvirtúa también, el Estado de Derecho. Este modelo de Estado implica el derecho a la seguridad jurídica, seguridad de saber o conocer el alcance de la norma penal, en todo momento; la ausencia de dicho derecho (que

277 En este sentido, véase MORALES PRATS, *op. cit.*, p. 55.
278 Sobre "La política criminal frente a la delincuencia de la globalización", (título del epígrafe utilizado por el autor), véase SILVA SÁNCHEZ, *La expansión…,* p. 91 y ss.
279 Véase MORALES PRATS, *op. cit.*, p. 60. Sobre la pérdida de poder de los Códigos penales para dar respuesta a la delincuencia nueva (delincuencia a través de la informática, etc.), véase GÓMEZ COLOMER, J. L., "Alternativas a la persecución penal y principio de legalidad", en *Estudios Jurídicos,* 2004, p. 3419.
280 Sobre esta problemática, véase VIDAL HERRERO, *op. cit.*, p. 335 y ss.
281 Véase GÓMEZ COLOMER, *op. cit.*, p. 3419.
282 Véase HART, H. L. A., *El concepto de Derecho,* (Traducción de G. R. Carrió). Ed. Abeledo – Perrot, Buenos Aires. 1963, p. 119.
283 Véase la STS, S. 2ª, 1.10.2007, (MP: Excmo. Sr. D. Miguel COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA), en concreto el voto particular del Excmo. Sr. D. Manuel MARCHENA GÓMEZ.
284 En este contexto, véase ACALE SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 281 – 282.
285 Véase ÁLVAREZ GARCÍA, *op. cit.*, p. 100.

es provocado por las leyes penales en blanco y la vaguedad de los tipos penales) comporta incertidumbre -el "no saber" o desconocer aquello que el Estado considera merecedor de condena penal-; este desconocimiento devalúa el Estado de Derecho.

Expansión del poder de la potestad sancionadora del Estado: si continúa devaluándose la legalidad penal y la seguridad jurídica, comportará el consabido peligro de, según HUERTA TOCILDO, una expansión incontrolable del poder del derecho estatal a castigar "… *más allá de los límites tolerables en un Estado social y democrático de Derecho.*"[286], si no va acompañada de las garantías y límites que representa el Estado de Derecho, en concreto uno de sus principios informadores y, al mismo tiempo, limitadores: el principio de legalidad.

Consecuencia de todo lo anterior: pesimismo doctrinal en relación con el Derecho penal[287] y, en especial, con el principio de legalidad. Este principio está necesitado de una mayor defensa[288] o protección debido a su estado cada vez más deplorable[289]; es por este motivo por el que la doctrina es pesimista en cuanto a la situación actual del principio de legalidad (también, en cuanto a la situación del Derecho penal y su relación con el Estado de Derecho[290]).

Crisis de la justicia juvenil educativa, del principio educativo. La doctrina[291] analiza la crisis del Estado social[292] en relación con la delincuencia[293] y, en este contexto, la crisis de la resocialización, en la jurisdicción común, a partir de los años 70.

Respecto a la justicia juvenil, la doctrina[294] cuestiona que el fin del Derecho penal juvenil sea la resocialización o en todo caso, expone la "*Experiencia negativa del sistema*"[295], afirmando incluso que "… *la 'Ley del Menor' no logra el ideal rehabilitador que se propuso.*"[296] En este

---

286 Véase HUERTA TOCILDO, "El derecho fundamental a la legalidad penal", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 13, Nº 39, 1993, pp. 81 - 113, p. 81.
287 En este sentido, véase MORALES PRATS, *op. cit.*, p. 159 y ss.
288 En este sentido, véase HUERTA TOCILDO, "El derecho fundamental…", *op. cit.*, p. 81.
289 Véase NAUCKE, W., "La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado.", en *La insostenible situación del Derecho penal*, J. M. Silva Sánchez (Coordinador). Ed. Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt. Ed. Comares, Granada, 2000, pp. 531 a 549, p. 531.
290 En este contexto, véase, por todos, ACALE SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 329 y ss.
291 En este sentido, véase MIR PUIG, *El Derecho penal…, op. cit.,* p. 142; también, GARCÍA ARÁN, M., "La ejecución penitenciaria en una sociedad cambiante: hacia un nuevo modelo.", en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario,* Nº 30, 2006, pp. 5 – 14, p. 10 y ss.
292 Sobre la crisis del Estado del Bienestar o social, véase GARCÍA ARÁN, "La ejecución…", *op. cit.*, p. 8 y ss.
293 Véase ACALE SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 267 – 269; también, MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, *op. cit.*, p. 121 y ss., GARCÍA MACHO, R., "Los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda como derechos funcionales de libertad.", en *Revista catalana de Dret Públic*, Nº 38. Barcelona. 2009, pp. 67 – 96.
294 En este contexto, véase AYO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 205; igualmente, véase CRUZ MÁRQUEZ, "Presupuestos…", *op. cit.*, p. 246.
295 Véase VIDAL HERRERO, *op. cit.*, p. 242.
296 Véase VIDAL HERRERO, *op. cit.*, p. 411.

marco, se inició el estudio de "*La crisis del sistema penal de menores.*"[297], en el año 1995; por todo ello, se habla del "… *declive del ideal rehabilitador que acompañó el surgimiento de la justicia juvenil (Bishop, 2009).*"[298]

En Alemania[299], el pensamiento educativo y el fin resocializador, que en sus inicios se erigió como piedra angular del sistema judicial de menores, se pone en duda igualmente, desde hace dos décadas[300].

En los Estados Unidos de América[301], se replantea la rehabilitación como objetivo de la justicia juvenil[302], en el sentido que dicha rehabilitación va quedando en un segundo plano a la hora de juzgar a los menores delincuentes por parte de los *Juvenile Court*.

A pesar de las anteriores afirmaciones de la doctrina especializada en Derecho penal juvenil, que denotan una crisis evidente del principio educativo o rehabilitador, igual de evidente es que la justicia juvenil ha de ser educativa o reeducativa, por los motivos siguientes:

- el principio educativo ha estado y está presente en la jurisdicción de menores, tanto en España[303], como en el resto de Europa, a título de ejemplo, en Alemania en el contexto de la justicia juvenil[304];

- las decisiones políticas y legislativas del legislador se fundamentan en el principio educativo -al menos, en teoría-, tal y como se puede observar en la LORPM (Exposición de Motivos, apartado 4º);

- la tradición de la justicia juvenil (marcada por la legislación penal de menores, por los profesionales de la educación en el contexto penal, por las políticas públicas dirigidas hacia la delincuencia juvenil, etc.) ha evolucionado bajo los parámetros educativos[305], reeducativos o resocializadores siempre, tanto en Europa como en USA. Un ejemplo que demuestra esta tradición, al menos sobre el papel, es que el concepto actual del interés del menor era

---

297 Sobre "La crisis del sistema penal de menores", (título del epígrafe utilizado por la autora), véase CANTARERO BANDRÉS, *Delincuencia juvenil y sociedad*…, *op. cit*., pp. 11 y ss.

298 Véase AIZPURÚA GONZÁLEZ, E. / FERNÁNDEZ – MOLINA, E., "¿Procedimientos de adultos para delitos mayores? Una aproximación a la opinión pública hacia la transferencia de los menores infractores a tribunales ordinarios", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, http://criminet.ugr.es/recpc 16 – 16, 2014, pp. 1 – 18, p. 3.

299 En este contexto, véase ALBRECHT, *El Derecho penal…, op. cit*., p. 11.

300 Tal y como afirma CANO PAÑOS, *El futuro*…, *op. cit*., p. 213.

301 Sobre la evolución de la justicia juvenil en USA, véase CORTÉS MORALES, J., "A 100 años de la creación del primer tribunal de menores y 10 años de la Convención Internacional de los Derechos del Niño: el desafío pendiente", en *Revista de UNICEF*. Ejemplar dedicado a "Justicia y Derechos del Niño", Nº 1, Madrid, 1999, pp. 143 – 158; también, PLATT, A. M., *Los "Salvadores del niño" o la invención de la delincuencia*. Ed. Siglo veintiuno editores. Madrid. 1982.

302 En este contexto, véase VAELLO ESQUERDO, E., "La responsabilidad penal de los menores en Italia", en *Revista de Derecho penal y Criminología*. Nº 18, 2006, pp. 319 – 359, p. 319, nota a pie de pág. Nº 1.

303 Véase, por todos, CRUZ MÁRQUEZ, *Educación…, op. cit.,* p. 21 y ss.

304 Véase ALBRECHT, *El Derecho penal…, op. cit.,* p. 95.

305 La relevancia de la reeducación en la justicia juvenil ha estado presente desde el reinado de Carlos III (1716 – 1788), en este sentido, véase VENTAS SASTRE, "La minoría…", *op. cit*., p. 314 y ss.

conocido bajo la expresión "… *fines educativos y protectores.*"[306], también, "*educativo y tutelar*"[307], en la época tutelar o de la LTTM. Tal tradición educativa la han demostrado los diferentes profesionales del ámbito jurídico y educativo, también la doctrina que ha orientado a dichos profesionales, optando por el "modelo educativo", a partir de los años setenta; más tarde, por el modelo "responsabilizador" o de justicia a partir de los años ochenta; y, por el modelo o por la "doctrina de la protección integral"[308]. En estos tres modelos (junto con un cuarto, el "*modelo social de responsabilidad*"[309]) de intervención hacia la delincuencia juvenil, la presencia del principio educativo o de la resocialización está y ha estado presente siempre, en mayor o menor medida.

306 Véase GIMÉNEZ – SALINAS, *Delincuencia…, op. cit.*, p. 37.
307 Véase la LTTM, Cap. II, Art. 9. 3º, B), párrafo 2º.
308 En este sentido, véase BELOFF, *op. cit.*
309 Véase VIDAL HERRERO, *op. cit.,* p. 394 y ss.

4. Recapitulación.

Aquí, resumimos los aspectos más significativos tratados hasta ahora en este trabajo.

a) Fundamento del Derecho penal juvenil. Partiendo de la prevención general -que no exige o en todo caso, descarta la pena común, la prisión, básicamente, para el menor infractor-, junto con otros aspectos relacionados directamente con la citada prevención (la irrelevancia estadística de los actos delictivos graves cometidos por menores, lo contraproducente de la pena común para el menor infractor, lo prudente y adecuado de la pena juvenil con finalidad esencialmente educativa para dicho menor, etc.), el fundamento del Derecho penal juvenil radica en la noción de *"necesidad de prevención"* o necesidad preventiva.

b) La presencia de concepciones tutelares en la legislación penal de menores vigente es un problema pendiente de superar y que se manifiesta en parte del articulado de la LORPM y de su reglamento de desarrollo.

c) Los principios penales tradicionales, en tanto que límites infranqueables del ejercicio del *ius puniendi*, son de aplicación en la jurisdicción de menores, sin necesidad de que sean flexibilizados, en virtud del principio del interés superior del menor o por el hecho de estar ante una jurisdicción de menores educativa o especializada.

d) Naturaleza jurídico–penal de la legislación penal de menores. Principalmente y a partir de la citada STC 36/1991, de 14 de febrero, la mayoría de la doctrina especializada en la justicia educativa de menores[310] se posiciona a favor o comparte el modelo penal o de responsabilidad, y abandona el modelo abolicionista o extrapenal. En este marco, la implicación principal del carácter penal de la legislación penal de menores es la intervención y aplicación directa de las garantías penales –procedentes de la jurisdicción común- en la jurisdicción penal juvenil.

e) La LORPM es una ley "penal – educativa". La prevención especial positiva es decisiva o prioritaria en la LORPM y sobre todo, en las penas juveniles reguladas en ésta, en el sentido siguiente: la LORPM es una ley penal, obviamente, pero igual de obvia –y de principal- es la finalidad de la ley (de su proceso y de sus consecuencias jurídicas), que es la prevención especial positiva, que pretende la reeducación y la prevención de la reincidencia a través de las sanciones penales – educativas previstas en la legislación penal de menores.

f) Penas juveniles. Sostenemos que estamos ante penas juveniles y, en algunos supuestos de inimputabilidad total o parcial, ante medidas de seguridad en el marco de la LORPM, que es una ley penal.

---

[310] Véase, por todos, VIANA BALLESTER, *op. cit.*, p. 161.

CAPÍTULO III

ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR

1. El interés superior del menor y su relación con la Constitución.

Este capítulo junto con el VIII lo destinamos a la profundización del interés superior del menor –de las disposiciones legales que regulan tal interés del menor[723]- y su relación problemática con la legalidad penal y la seguridad jurídica.

El problema principal se expresa a través de los aspectos siguientes:

a) como más relevante, la indeterminación jurídica del interés superior del menor,
b) la prioridad del interés del menor,
c) el principio de flexibilidad en la adopción y en la ejecución de las penas juveniles,
d) y la tensión jurídica como consecuencia de una posible colisión de derechos, entre la seguridad jurídica y el interés del menor.

Para dar respuesta a estos problemas, detallamos la finalidad y objetivos siguientes:

La finalidad es hacer compatible el principio del interés superior del menor (el articulado que representa a la vez que regula tal principio) con la Constitución, a través de una nueva regulación o redefinición del mencionado principio. Para ello, nos proponemos alcanzar los *objetivos* siguientes:

---

[723] Sobre la normativa reguladora del interés superior del menor, véase BARTOLOMÉ CENZANO, J. C., "Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el Derecho positivo español"; en *Revista Sobre la Infancia y la Adolescencia*, septiembre, Nº 3, Ed. Reinad - Universidad Politécnica de Valencia. 2012, pp. 46 – 59, p. 50 y ss. ALTAVA LAVALL, M. G., "Concepto y reconocimiento del interés superior del menor en la legislación española", en *Estudios sobre la responsabilidad penal del menor*. M. L. Cuerda Arnau / J. L. González Cussac (coordinadores). Ed. Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 2006, pp. 26 – 54, p. 50. También, MADRIGAL MARTÍNEZ – PEREDA, C., "La protección de derechos fundamentales concretos de personas menores de edad.", Ed. Fiscalía General del Estado. Localizable en www.fiscal.es Apartado "Documentos", "Ponencias formación continuada", "Seminario especialización en menores: protección y reforma"; 5 junio 2013, Madrid, pp. 1 – 104, p. 26 y ss.
El interés superior del menor se podría encuadrar en el Art. 39.4 CE; véase la STC, Pleno, 20.9.2012, Voto Particular de la Excma. Sra. Dña. Adela ASUA BATARRITA, apartado 3, (MP: Excmo. Sr. D. Luis Ignacio ORTEGA ÁLVAREZ). También, véase la STS, S. 1ª, Pleno, 6.2.2014, FJ 5º, punto 2, (MP: Excmo. Sr. D. Rafael SARAZÁ JIMENA).

Primero. Exponer argumentos que demuestran la ineficiencia del actual concepto del interés del menor, en el sentido de que, en virtud de tal interés del menor, se relativizan o modulan los principios garantizadores del Derecho penal. En este contexto, estudiamos las ventajas y los inconvenientes de la modulación de los principios garantizadores del Derecho penal y, también, el uso –inapropiado- que se hace de tal interés del menor.

Segundo. Revisar el concepto del interés superior del menor, en la dirección de considerarlo como un derecho fundamental a la educación ex Art. 27.1 CE en relación con el Art. 25.2 CE[724] (esta revisión la realizamos en el Cap. VIII, pero, aquí, avanzamos la concepción del interés superior del menor que deseamos compartir a la vez que proponer, en la dirección de reinterpretarlo como derecho a la educación). Desde esta perspectiva y a continuación, vamos a realizar una breve reseña de algunas definiciones del interés del menor, que consideramos adecuadas, en la línea de que se pueda diseñar un concepto nuevo –como derecho fundamental- más respetuoso o más adaptable a las garantías penales, a la Constitución:

- Principio rector[725], principio general[726] y a la vez, específico del Derecho penal juvenil. En este sentido, el TC[727] define el interés superior del menor –en el ámbito civil-.

[724] Sobre la consideración de la reinserción social como principio inspirador de las penas privativas de libertad (y no como derecho fundamental –no recurrible en amparo, por tanto-), véase el ATC 486/1985, de 10 de julio; la STC, S. 1ª, 22.4.1997 (MP: Excmo. Sr. D. Vicente GIMENO SENDRA); también, la STC, S. 2ª, 13.1.1997, (MP: Excmo. Sr. D. Julio Diego GONZÁLEZ CAMPOS); igualmente, la STC, S. 2ª, 21.11.2005, FJ 2º, (MP: Excmo. Sr. D. Eugeni GAY MONTALVO); también, la STC, Pleno, 20.9.2012, FJ 3º, apartado a), (MP: Excmo. Sr. D. Luis Ignacio ORTEGA ÁLVAREZ).
Un sector de la jurisprudencia se posiciona acerca del debate de si la reinserción social establecida en el Art. 25.2 CE es derecho fundamental o no: el Excmo. Sr. D. Andrés MARTÍNEZ ARRIETA, magistrado de la Sala 2ª del TS opina que el derecho a la reinserción social del Art. 25.2 CE sí es un derecho fundamental, véase MARTÍNEZ ARRIETA, A., "Facultades judiciales en la individualización de la pena y en la reinserción del condenado.", ponencia presenta en las XXXII Jornadas de la Abogacía General del Estado, sobre "El nuevo Código penal", celebradas en Madrid, 17 y 18 de noviembre de 2010, p. 5. Un sector de la doctrina (sobre este sector, véase CANO PAÑOS, *El futuro…, op. cit.*, p. 203) opina que la reinserción social sí es derecho fundamental ubicado en el Art. 25.2 CE.
Acerca del Art. 25.2 CE en su condición como derecho fundamental, véase CID MOLINÉ, J., "Derecho a la reinserción social: consideraciones a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional en materia de permisos.", en *Jueces para la democracia*, Nº 32, 1998, pp. 36 – 49; ZAPICO BARBEITO, M., "¿Un derecho fundamental a la reinserción social? Reflexiones acerca del artículo 25.2 de la CE", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2009, pp. 919 – 944; URÍAS MARTÍNEZ, J., "El valor constitucional del mandato de resocialización", en *Revista española de derecho constitucional*, Año Nº 21, Nº 63, 2001, pp. 43-78.

[725] En este contexto, véase CANO PAÑOS, "¿Supresión…", *op. cit.*, p. 17 y ss, en concreto el epígrafe "Especial referencia al denominado 'interés superior del menor' como criterio rector de la legislación penal de menores."

[726] En este sentido, véase RAVETLLAT BALLESTÉ, "El interés superior…", *op. cit.*, p. 93.

[727] Véase el ATC, S. 2ª, 13.2.2009, FJ 3º, (MP: Excmos. Sres. D. Jorge RODRÍGUEZ – ZAPATA y D. Pablo PÉREZ TREMPS).

CILLERO BRUÑOL[728] opina, igual que el TC, que este interés es un principio rector en la línea de directriz política.

- De principio rector a criterio hermenéutico de toda la legislación penal de menores. Colabora la doctrina[729], el Comité de los Derechos del Niño, la jurisprudencia[730] y el legislador[731] en esta concepción como "… *principio de interpretación de la ley.*"[732] En este marco, tal interés del menor es un elemento, criterio o canon de interpretación -pero, desde la Constitución[733]-, tal y como añaden ALTAVA LAVALL[734], CILLERO BRUÑOL[735] y DE LA ROSA CORTINA[736]. El Comité de los Derechos del Niño de las NNUU[737] propone del mismo modo, su significado como principio de interpretación de la legislación penal de menores. La jurisprudencia[738] considera igualmente, que tiene la finalidad de interpretar la legislación penal de menores.

- Como principio configurador e inspirador, se posicionan CRUZ MÁRQUEZ[739] y el Tribunal Supremo[740].

- Principio jurídico garantizador. El interés superior del menor es algo más que un principio inspirador o hermenéutico; es sobre todo, un principio jurídico garantizador[741]. Así se posiciona la doctrina[742] junto con la normativa internacional, representada por la CDN, y a

---

728 Véase CILLERO BRUÑOL, M., "El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los derechos del niño", publicado en la Revista *UNICEF*. Ejemplar dedicado a "Justicia y Derechos del Niño", Nº 1, 1999, Madrid, pp. 45 – 63, p. 61.

729 Sobre la "Delimitación doctrinal del concepto", (epígrafe utilizado por el autor), véase RAVETLLAT BALLESTÉ, "El interés superior…", *op. cit.*, p. 93.

730 Sobre la noción jurisprudencial del concepto del interés superior del menor, véase RAVETLLAT BALLESTÉ, "El interés superior…", *op. cit.*, p. 92 y ss., y p. 97 y ss.

731 En este sentido, véase la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, Exposición de motivos, apartado II, párrafo 1º.

732 Véase RAVETLLAT BALLESTÉ, "El interés superior…", *op. cit.*, p. 94.

733 Tal y como propone BARTOLOMÉ CENZANO, *op. cit.*, p. 53 y ss, bajo el epígrafe: "La necesidad de una interpretación desde la propia Constitución"; también, y basando dicha función del concepto del interés superior del menor como criterio de interpretación, partiendo de la CDN de 1989, véase, COSTANZA SARDEGNA, P., "El interés superior del niño trabajador y la protección efectiva de sus derechos en Argentina", en *Cognitio Juris*, Vol. 2, Nº 4, 2012, pp. 68 – 79, p. 74.

734 Véase ALTAVA LAVALL, "El interés del menor…", *op. cit.*, p. 368 – 369 y p. 371; véase, también, BARTOLOMÉ CENZANO, *op. cit.*, p. 50.

735 Véase CILLERO BRUÑOL, "El interés superior del niño…", *op. cit.*, p. 61.

736 Véase DE LA ROSA CORTINA, "Los principios…", *op. cit.*, p. 24.

737 Véase la Observación General Nº 14 (2013) *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial,* Apartado I. A. Introducción, punto 6, p. 4.

738 Véase la STS, S. 1ª, Pleno, 6.2.2014, FJ 5º, apartado 6, párrafo 2º, (MP: Excmo. Sr. D. Rafael SARAZÁ JIMENA).

739 Véase CRUZ MÁRQUEZ, *Educación…, op. cit.*, p. 23; en este sentido, véase, también, CANO PAÑOS, "¿Supresión…", *op. cit.*, p. 16.

740 Véase STS, S. 1ª, 19.9.1996, FJ 2º, párrafo 4º, (MP: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernando – CID DE TEMES).

741 Acerca del concepto del interés superior del menor, como criterio o significado garantizador, véase BARTOLOMÉ CENZANO, *op. cit.*, p. 50; también, COSTANZA SARDEGNA, *op. cit.*, p. 72 y ss.

742 Véase FREEDMAN, D., "Funciones normativas del interés superior del niño", en *Jura Gentium. Revista de filosofía del Derecho internacional y de la política*, Vol. I, Nº 1, año 2005, p. 1, apartado 2; en un sentido idéntico, véase FERRAJOLI, L., "Derechos fundamentales", en *Los fundamentos de los derechos fundamentales. Luigi Ferrajoli.* Edición

través del Comité de los Derechos del Niño, en la que se establece que la finalidad del concepto del interés superior del menor es posibilitar el ejercicio de los derechos procesales – penales[743] expresados en la CDN[744].

- Estándar jurídico. En este marco se posicionan ESCORIHUELA GALLÉN y RIVERO HERNÁNDEZ, bajo los siguientes términos: "*Se puede entender que el interés del menor se conceptualiza como un estándar jurídico: un modelo de conducta o actuación jurídico–social que se adecúa a lo que demanda la conciencia social de acuerdo con unos principios y sensibilidad sociales*."[745]

- Norma de orden público. En este sentido y en el contexto del Derecho de familia, ha sido definido por el Tribunal Constitucional[746].

- Derechos fundamentales – garantías propias del Derecho penal y del procesal penal. El interés superior del menor es la satisfacción de todos los derechos constitucionales, los fundamentales[747] y las garantías penales, principalmente. Desde esta perspectiva se pronuncia FREEDMAN[748] y el Comité de los Derechos del Niño de las NNUU[749].

1.1. El interés superior del menor y su indeterminación jurídica.

A continuación, abordamos el primero de los problemas enunciados antes: el interés superior del menor y su indeterminación jurídica.

Tal indeterminación ya formaba parte de la cultura jurídica en la jurisdicción de menores a principios del S. XX[750], tal y como se desprende de la afirmación siguiente, pronunciada en el Primer Congreso Internacional de Tribunales de Menores, celebrado en París el 29 de junio de 1911: "*La libertad vigilada debe estar revestida de las características de una*

---

de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Ed. Trotta, Madrid. 2001, pp. 19 – 56, p. 45; ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores…,* 2001, *op. cit*., pp. 93 – 94; y, también, SALA DONADO, *op. cit*., p. 38.

743 Sobre los derechos procesales – penales que se derivan de la CDN, véase la Observación General Nº 10 (2007), sobre *Los derechos del niño en la justicia de menores*, apartado D. Garantías de un juicio imparcial, párrafos 40 – 67, p. 13.

744 Véase Comité de los Derechos del Niño, Observación general Nº 14 (2013) sobre *el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*, Apartado I. A. Introducción, punto 4. La definición que dicho Comité realiza acerca del interés superior del menor se detalla de una manera más amplia en la mencionada Observación general Nº 14, en el apartado IV, punto 3, subapartado 32, "El interés superior del niño."

745 Véase ESCORIHUELA GALLÉN, *op. cit*., apartado II, párrafo 8º, haciendo referencia a la definición que propone RIVERO HERNÁNDEZ.

746 En este sentido, véase el ATC, S. 1ª, 1.2.2001, (MP: Excmos. Pedro CRUZ VILLALÓN, Pablo GARCÍA MANZANO, y Fernando GARRIDO FALLA).

747 En este contexto, véase el Art. 1.2 LORPM; también, RAVETLLAT BALLESTÉ, "El interés superior…", *op. cit*., p. 93 y p. 96.

748 Véase FREEDMAN, "Funciones…", *op. cit*., p. 4.

749 Véase Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 14 (2013), *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial,* Apartado I. A. Introducción, punto 6, p. 4.

750 En este sentido, véase GIMÉNEZ – SALINAS, *Delincuencia…, op. cit*., p. 77.

sentencia indeterminada. Un término fijo constituye una protección temporaria. Una sentencia indeterminada convierte a la protección en algo de carácter permanente."[751]

Nos planteamos un dilema –que nos servirá para reforzar nuestros argumentos y que, a la vez, resolveremos a lo largo de este epígrafe-. Este dilema gira alrededor de si podemos tolerar la indeterminación, en el sentido de si aceptamos las leyes penales y penas juveniles indeterminadas, de contenido abstracto, que, en principio, ayudan a la reinserción social del menor infractor, al dispensar un elevado grado de decisión judicial discrecional (por ejemplo, la regla de conducta –que puede acompañar a la libertad vigilada- regulada en el Art. 7.1.h) 7ª: "*Cualesquiera otras obligaciones que el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, estime convenientes para la reinserción social del sentenciado.*"), o también, las cláusulas generales que pueden ir en detrimento de las garantías penales[752]. Desde esta perspectiva nos preguntamos hasta qué punto o hasta qué niveles de indeterminación[753] podemos llegar o permitir. Desde esta perspectiva, hemos de indagar sobre el arbitrio judicial en el momento procesal de individualización judicial de la pena juvenil. En este contexto, MIR PUIG sugiere el interrogante siguiente: *"¿Qué margen o hasta qué nivel de arbitrio judicial se puede ser compatible con el principio de legalidad?*"[754]

A continuación, describimos *el problema* de la indeterminación jurídica que contiene el principio del interés superior del menor: tal indeterminación conlleva implicaciones jurídicas graves, en el sentido de que pueden potenciar la discrecionalidad judicial elevada y, como consecuencia, la arbitrariedad judicial.

Para solucionar el problema detallado, pretendemos conseguir *la finalidad* siguiente: sugerir una serie de mejoras dirigidas a la minimización o eliminación de tal indeterminación jurídica. Esta finalidad se inicia aquí y se materializa en el Cap. VIII.

---

751 Frase que manifestó la delegada belga Carton de Wiart. Véase KLEINE, M. M. "*Tribunaux pour Enfants, 1er. Congrès International*". Actas del Primer Congreso Internacional de Tribunales de Menores. Edición a cargo de M. Kleine, *imprimmerie typographfique*, A. Davy, París, 1912.

752 En este sentido, véase MORALES PRATS, *op. cit.*, p. 38.

753 Esta preocupación ya la planteó ROXIN y encontró algunas alternativas en los principios de la interpretación, en este sentido véase ROXIN, *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 172.

754 Esta pregunta ya se la formulaba la doctrina penal en el año 1976, véase esta pregunta y la respuesta en MIR PUIG, *Introducción…, op. cit.*, p. 147 y ss.

1.1.1. Causas y consecuencias de la problemática.

Iniciamos la consecución de la finalidad mencionada profundizando en la relación conflictiva entre la taxatividad necesaria y la, también necesaria, indeterminación en la justicia de menores. Para profundizar, enunciamos las causas y consecuencias del problema descrito.

Causas: en primer lugar, el concepto del interés superior del menor carece de significado, porque, no está definido en ninguna ley penal: ni en la LORPM[755], ni en ninguna otra ley de adultos o de menores[756]; tampoco, en la Ley Orgánica 1/1996, *de protección jurídica del menor*[757] –ley a la que se hace referencia en el Art. 1.2 LORPM-; (tampoco en el resto de ordenamientos jurídicos[758], de una manera mínima o suficiente). En todo caso, la LORPM realiza definiciones y afirmaciones abstractas o inconcretas como la siguiente: *"... sobre la base de valorar especialmente el interés del menor.*"[759] Como que está carente de significado, ostenta la condición de concepto jurídico indeterminado[760] o cláusula general[761], siendo además complejo[762], ambiguo[763], relativo, y por tanto vacío de contenido jurídico[764], "… *vacío de contenido propio*."[765], tal y como se posiciona la jurisprudencia[766] y la doctrina especializada en Derecho penal juvenil[767].

En segundo lugar, la indeterminación es necesaria, tanto en menores como en adultos, pues según ROXIN, "… *los términos empleados por el legislador admiten varias*

755 En este sentido, véase ESCORIHUELA GALLÉN, *op. cit.*, apartado II, párrafo 9º.
756 Véase CABEZAS SALMERÓN, J., *Reevaluación crítica del concepto de responsabilidad penal del menor. Posicionamientos sociales*, http://new.pensamientopenal.com.ar/16022009/ospdh.pdf 2008 pp. 1 – 23, p. 4.
757 En este sentido, véase la STS, S. 1ª, 19.7.2013, FJ 2º, párrafo 4º, (MP: Excmo. Sr. D. José Antonio SEIJAS QUINTANA).
758 En este sentido, véase ESCORIHUELA GALLÉN, *op. cit.*, apartado II, párrafo 14º.
759 Véase la LORPM, Exposición de Motivos, apartado 2º.
760 En relación con la naturaleza jurídica del concepto del interés superior del menor, naturaleza que es calificada de concepto jurídico indeterminado, véase RAVETLLAT BALLESTÉ, "El interés superior…", *op. cit.*, p. 92. ALTAVA LAVALL, "El interés…", *op. cit.*, p. 361 y p. 366; ALTAVA LAVALL, "Concepto…", *op. cit.*, p. 44; ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2007, *op. cit.*, p. 77 y p. 218; VARGAS CABRERA, "Enumeración...", *op. cit.*, p. 180; HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal…, op. cit.*, p. 253; DE LA CUESTA ARZAMENDI / BLANCO CORDERO, *op. cit.*, p. 56; BARTOLOMÉ CENZANO, *op. cit.*, p. 51 y ss., ÓSCAR VILLAMAYOR, *op. cit.*, p. 264; ESCORIHUELA GALLÉN, *op. cit.*, apartado II, párrafo 9º.
761 Véase RAVETLLAT BALLESTÉ, "El interés superior…", *op. cit.*, p. 92.
762 Véase Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 14 (2013) sobre *El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.*
763 Tal y como señala DE LA CUESTA ARZAMENDI, "El abandono…", *op. cit.*, p. 132 y ss; DE LA CUESTA ARZAMENDI, "El nuevo Derecho…", *op. cit.*, p. 1; COLÁS TURÉGANO, *op. cit.*, p. 86; también, ALTAVA LAVALL, "El interés…", *op. cit.*, p. 373.
764 Sobre dicho vacío en la conceptualización del concepto del interés superior del menor, véase el trabajo de COSTANZA SARDEGNA, *op. cit.*, p. 77 y ss.
765 Véase PAREDES CASTAÑÓN, *op. cit.*, p. 156.
766 Véase la STS, S. 1ª, Pleno, 6.2.2014, FJ 5º, punto 3, (MP: Excmo. Sr. D. Rafael SARAZÁ JIMENA).
767 Véase ORTEGA GUERRERO, *op. cit.*, p. 89; también, BARTOLOMÉ CENZANO, *op. cit.*, p. 46.

interpretaciones."[768] No obstante, el propio ROXIN[769] añade que el riesgo principal de la legalidad son las leyes penales que son indeterminadas.

En tercer lugar, renunciamos a parte de la seguridad jurídica –que aporta la taxatividad penal- en el sistema penal de menores para conseguir una mayor eficiencia –que aporta o permite la indeterminación jurídica que se contiene en el principio del interés superior del menor-. Esto puede ser debido a que, no siempre es mejor la taxatividad (la legalidad, la seguridad jurídica) que la indeterminación jurídica (que se contiene en el interés del menor).

En cuarto lugar, una posible respuesta o, como mínimo, justificación a la pregunta antes descrita de MIR PUIG (*"¿Qué margen o hasta qué nivel de arbitrio judicial…"*[770]) la encontraríamos en la evolución histórico – jurídica de la jurisdicción de menores, donde la ideología positivista y la correccionalista ha jugado un papel decisivo hasta hace bien poco. No olvidemos que la Ley de TTM de 1948 estuvo vigente hasta el año 2000[771], hasta varios años más tarde de promulgada la CE de 1978. El modelo tutelar, a través del positivismo y del correccionalismo, ha jugado un papel decisivo –ya secundario, afortunadamente- en el articulado de la LORPM y de su reglamento, a través del actual concepto del interés superior del menor.

En quinto lugar, la causa principal del problema es la interpretación[772] y aplicación que se hace de dicho principio del interés del menor, debido a que "… *no encontramos un criterio único de interpretación*."[773]; tal y como sucedía ante el conflicto que existía en el ya derogado Art. 15 LTTM, y que consistía en la diferente interpretación, aplicación o utilización que, de dicho Art. 15, realizaban los juzgados de menores[774].

Consecuencias. La indeterminación jurídica puede comportar tensiones con la legalidad penal y con la seguridad jurídica, que se manifiestan de la manera siguiente:

Primera. La vaguedad y ambigüedad del concepto (del de "educación", según ALBRECHT[775], que es equiparable al del interés superior del menor) comporta disconformidades con el planteamiento de justicia.

Segunda. El interés del menor conlleva el peligro de hacernos caer en estereotipos

---

768 La indeterminación de las leyes penales y de las penas es necesaria, tal y como se posiciona ROXIN, *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 170.
769 Véase *loc. ult. cit.*
770 Véase MIR PUIG, *Introducción…, op. cit.*, p. 147 y ss.
771 Hasta el año 2000, según la Disposición final quinta. Cláusula derogatoria de la LORPM.
772 "Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el Derecho positivo español" (título del artículo, que trata el concepto del interés superior del menor desde la óptica del Derecho civil, principalmente, pero, aportando elementos de reflexión que se pueden aplicar en el ordenamiento jurídico -penal), véase BARTOLOMÉ CENZANO, *op. cit.*
773 Véase ESCORIHUELA GALLÉN, *op. cit.*, apartado III, párrafo 1º.
774 Este problema fue recogido por el TC, en su famosa STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5º.
775 Véase ALBRECHT, *El Derecho penal…, op. cit.*, p. 95.

sociales que pueden producir actuaciones incorrectas desde el ámbito educativo y jurídico, tal y como añaden ORTEGA GUERRERO[776] y FERNÁNDEZ BARRERA[777].

Tercera: a) Creencias individuales que conllevan falta de rigor. La aplicación del articulado que ejemplifica el interés del menor se ejercita mediante creencias individuales[778]; por ello, los criterios que se utilizan para darle contenido, significado y aplicación en los juzgados y fiscalías de menores pueden ser inapropiados[779], equívocos, en el sentido de que el principio del interés superior del menor puede no proteger dicho interés, sino otros ajenos a la reeducación, reinserción o interés del menor, como plantea GARCÍA PÉREZ: "*En el Derecho penal de menores, como en el de los adultos, las medidas no se imponen en interés de los menores, sino de la sociedad.*"[780] Además y en virtud de las creencias individuales mencionadas, el interés del menor contiene funciones o finalidades de carácter ideológico o moral[781], y los operadores jurídicos no suelen actuar aséptica o neutralmente, sino más bien mediante criterios basados en las convicciones propias: en la ideología personal que a la vez, se basa en la experiencia vital[782]. En coherencia con lo dicho, la indeterminación del interés del menor permite valoraciones dispares o distorsiones valorativas –al contener elementos de concreción difícil[783]-. A su vez, estas distorsiones suscitan que dicho interés del menor no sea factible o sea incompatible con algunas de las garantías penales recogidas en la Constitución (con la legalidad penal y la seguridad jurídica). b) Por todo ello, estamos ante la perspectiva de que el concepto del interés del menor sea aplicado, según PAREDES CASTAÑÓN, "… *sin rigor alguno.*"[784], y, como consecuencia, el concepto del interés del menor es ineficaz o inútil[785].

En resumen, el concepto jurídico indeterminado que se contiene en el principio del interés del menor comporta riesgos[786], como es la inseguridad jurídica, que conlleva a la arbitrariedad judicial[787] y al abuso en la aplicación del Derecho[788].

---

776 Véase ORTEGA GUERRERO, *op. cit.*, p. 91.
777 Véase FERNÁNDEZ BARRERA, *op. cit.,* apartado I.4, párrafo 3º.
778 Véase ORTEGA GUERRERO, *op. cit.*, p. 89.
779 Inapropiados, tal y como comenta RAVETLLAT BALLESTÉ, "El interés superior…", *op. cit.*, p. 91; FERNÁNDEZ CASADO, *op. cit.*, p. 248; también, véase VENTAS SASTRE, *La minoría*…, 2003, *op. cit.*, p. 232, nota a pie de página Nº 1068; véase, también, DE LA CUESTA ARZAMENDI / BLANCO CORDERO, *op. cit.*, p. 55.
780 Véase GARCÍA PÉREZ, O., "La evolución…", p. 10; sobre la idea de que las penas juveniles se imponen en interés de la sociedad, véase, también, GONZÁLEZ CUSSAC / CUERDA ARNAU, *op. cit.*, p. 106.
781 *Loc. ult. cit.*
782 Véase RAVETLLAT BALLESTÉ, "El interés superior…", *op. cit.*, p. 91.
783 En este contexto, véase SÁINZ - CANTERO CAPARRÓS, *op. cit.*, p. 5158.
784 Véase PAREDES CASTAÑÓN, *op. cit.*, p. 156.
785 En este sentido, véase PAREDES CASTAÑÓN, *op. cit.*, p. 164.
786 Sobre los riesgos derivados de la indeterminación jurídica del concepto del interés superior del menor, véase ORTEGA GUERRERO, *op. cit.*, p. 87 y ss, principalmente la p. 91; véase, también, PAREDES CASTAÑÓN, *op. cit.*, p. 156.
787 Véase COSTANZA SARDEGNA, *op. cit.*, p. 72; también, BARTOLOMÉ CENZANO, *op. cit.*, p. 50.

De las consecuencias anteriores, podemos *concluir*: el interés del menor –en concreto el articulado que lo representa-, en su condición de concepto jurídico indeterminado, no reúne los requisitos establecidos por el TC[789] (el principal es que su concreción no se puede realizar en base a criterios de experiencia, de técnica o de lógica) para ser adaptable a la legalidad penal y la seguridad jurídica.

1.1.2. Propuestas de mejora.

A continuación apuntamos algunas *sugerencias* para superar las implicaciones negativas, los peligros y riesgos derivados de la indeterminación jurídica descritos en la conclusión anterior.

En primer lugar, consideramos del todo necesario limitar al máximo la indeterminación que se contiene en el concepto del interés superior del menor, a través de la taxatividad (también, de la proporcionalidad y del proceso debido); en concreto, en aquellas situaciones –que estudiaremos en la tercera parte: el incumplimiento de la pena juvenil no privativa de libertad- donde surgen las incidencias durante la ejecución de las penas juveniles.

En segundo lugar, proponemos un fundamento jurídico para que el citado interés del menor sea compatible con la Constitución. Esta propuesta es ampliada en el epígrafe 5 que, por la importancia de esta propuesta para esta tesis, hemos decidido dedicarle todo un epígrafe; aquí, describimos únicamente el contenido del sistema anglosajón, que nos será de utilidad para la creación de un fundamento jurídico para el interés superior del menor. Para ello, vamos a comentar la manera de definir o interpretar el mencionado interés del menor en la Unión Europea, porque, consideramos que dicha manera contribuirá a encontrar soluciones a la problemática planteada (la indeterminación jurídica). Así, ORTEGA GUERRERO[790] detalla los diferentes modelos de ordenamientos jurídicos existentes en Europa y su manera de regular el interés superior del menor que, aunque corresponden al ámbito civil y al administrativo, pueden servir de guía igualmente en nuestro ámbito penal de menores. Desde esta perspectiva, la regulación del interés superior del menor se puede clasificar en dos grandes bloques: a) el sistema continental y b) el sistema anglosajón[791].

---

[788] En este sentido, véase RAVETLLAT BALLESTÉ, "El interés superior…", *op. cit.*, p. 91.

[789] Sobre estos criterios, véase la STC, S. 1ª, 21.12.1989, FJ 5º, (MP: Excmo. Sr. D. Fernando GARCÍA – MON y GONZÁLEZ – REGUERAL).

[790] Véase ORTEGA GUERRERO, *op. cit.*, p. 89.

[791] Acerca del concepto del interés superior del menor en el Derecho anglosajón, en el inglés y en el de los Estados Unidos de América, véase VILAGRASA ALCAIDE, C., "El interés superior del menor", en *Derecho de la persona*. Isaac Ravetllat Ballesté (coordinador). Ed. Bosch. Barcelona. 2011, pp. 25 – 50, p. 40 y ss.

El continental ya está de sobra analizado hasta el momento; en cambio, el anglosajón, por el que se opta en esta tesis, contiene una serie de ventajas; por ello, vamos a hacer una breve reseña a continuación.

El sistema anglosajón[792] o "*La técnica de los criterios normativos preestablecidos.*"[793] es un "*modelo mixto*"[794], al compaginar las cláusulas generales –propias del sistema continental[795]- "… *con el establecimiento de una serie de criterios normativos que tratan de compensar la indeterminación del principio.*"[796]; desde esta perspectiva de aportar criterios normativos, tal sistema establece que el interés del menor ha de tener naturaleza o condición normativa y, en este sentido, aporta "… *alguna luz y seguridad jurídica en esta materia. Como, por ejemplo, vienen realizando los tribunales británicos y norteamericanos.*"[797] Así, la condición normativa o fundamento jurídico para el interés del menor –como solución al problema de la indeterminación jurídica- puede ser inspirado a través de este sistema. A título de ejemplo de intervención de los criterios normativos a la hora de definir el interés superior del menor, destacamos la *Children Act* de 1989[798] (ley vigente en materia de infancia en Inglaterra y Gales).

No obstante, hemos de añadir que esta técnica legislativa tampoco está exenta de problemas: el principal es el hecho de que algunos de los mencionados criterios de base normativa carecen de rigor científico y lo único que hacen es reflejar estándares sociales, tal y como manifiesta ORTEGA GUERRERO[799].

En todo caso, la propuesta de fundamento jurídico para el interés del menor la concretamos más adelante en este capítulo; y su desarrollo o materialización, a través del derecho fundamental a la educación, lo realizamos en la cuarta parte.

En tercer lugar, proponemos el mantenimiento de un equilibrio mínimo entre taxatividad e indeterminación jurídica:

- por un lado, un exceso de indeterminación en el articulado que compone la legislación penal del menor (en concreto, en aquellos preceptos legales en los que se menciona el interés del menor como parte integrante de dicho precepto, por ejemplo, el Art. 7.3 LORPM) puede y debe ser corregido - equilibrado a través de una taxatividad mínima o

792 Hemos de destacar que el sistema jurídico inglés ha mostrado una gran preocupación por establecer el contenido o significado del interés del menor, tal y como señala RAVETLLAT BALLESTÉ, "El interés superior…", *op. cit.*, p. 95.
793 *Loc. ult. cit.*
794 Véase RAVETLLAT BALLESTÉ, "El interés superior…", *op. cit.*, p. 89.
795 En este sentido, véase DE TORRES PEREA, *op. cit.*, p. 4.
796 Véase ORTEGA GUERRERO, *op. cit.*, p. 89.
797 Véase RAVETLLAT BALLESTÉ, "El interés superior…", *op. cit.*, p. 98.
798 Ley comentada por ORTEGA GUERRERO, *op. cit.*, p. 90 y, también, por RAVETLLAT BALLESTÉ, "El interés superior…", *op. cit.*, p. 89 y por ESCORIHUELA GALLÉN, *op. cit.*, apartado II, párrafo 13º.
799 Véase ORTEGA GUERRERO, *op. cit.*, p. 89.

suficiente, para así reforzar la proporcionalidad, la legalidad, la seguridad jurídica y el proceso debido. Por este motivo, vemos necesario modificar la legislación penal del menor, introduciendo más taxatividad en aquellos preceptos legales y reglamentarios de la legislación penal de menores en los que el concepto del interés superior del menor forme parte de esos preceptos;

- pero por otro lado, sostenemos que no siempre es mejor la taxatividad que la indeterminación, en la jurisdicción de menores; en ocasiones es necesaria la indeterminación, pues la ley no puede dar respuesta a todas las situaciones únicas o individuales de cada caso concreto. Tal vez sí que podamos y debamos tolerar tipos penales o normas jurídicas con cierto grado de indeterminación (cláusulas generales o conceptos jurídicos indeterminados) en la LORPM, pero teniendo claro el objetivo: conseguir una mayor y mejor eficiencia penal –consiguiendo un mayor respeto hacia las garantías penales- en la jurisdicción de menores;

- no obstante lo dicho anteriormente, planteamos que podamos y debamos introducir más garantías procesales durante la elección y, sobre todo, la ejecución (en las incidencias que surgen inevitablemente durante dicha fase de ejecución) de las penas juveniles. A título de ejemplo, sostenemos que es necesario aplicar las garantías procesales fundamentales del Art. 24.2 CE a la hora de sustituir una pena juvenil no privativa de libertad (cuando ésta se incumple o cuando el menor presenta evolución desfavorable durante la ejecución de dicha pena juvenil), por otra privativa de libertad, en virtud de los Arts. 50.2 y 51.1 LORPM.

2. Colisión interés superior del menor - seguridad jurídica.

Este subepígrafe gira alrededor del dilema siguiente: eficiencia –interés del menor- *versus* garantías penales. Desde esta perspectiva, hemos de añadir que el eje central de esta investigación gira alrededor de dicho dilema, que se manifiesta en forma de conflicto de intereses o de derechos[800].

Hemos de estudiar la posibilidad de que nos encontremos ante una colisión de intereses[801] o de derechos[802]. PAREDES CASTAÑÓN expresa que estamos ante "… *intereses en conflicto.*"[803], y, además, sostiene que tal conflicto se centra en "… *prevención o interés del menor.*"[804] En este contexto de la prevención –en este caso, especial positiva- SILVA SÁNCHEZ[805] comenta la existencia de colisión entre reinserción y garantías individuales. ORNOSA FERNÁNDEZ[806] contribuye al afirmar que existe desequilibrio entre la legalidad y la proporcionalidad, por un lado, y la finalidad educativa, por otro.

Un ejemplo del citado conflicto se observa en el Art. 7.3 LORPM (precepto legal que prioriza o, como mínimo, atiende a los problemas y circunstancias personales – familiares, a la hora de elegir la pena juvenil), artículo que, según VENTURA / PALÁEZ, "… *supone una difícil contraposición de intereses y derechos.*"[807] Otro ejemplo se puede observar en los Arts. 13.1, 49.2, 50.2 y 51.1 LORPM, que regulan la opción de modificar o sustituir la pena juvenil impuesta inicialmente (que se ha incumplido), por otra más gravosa, en sentencia –sin el

---

[800] Acerca del problema que surge en relación con la conflictividad entre derechos fundamentales y sus posibles soluciones, véase RUIZ RUIZ, *op. cit.*, pp. 53 – 77; VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., "La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad", en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional.* Ed. Miguel Carbonell. Quito – Ecuador, 2008, pp. 175 – 188; también, BACIGALUPO ZAPATER, *Principios…, op. cit.*, p. 183; sobre la protección constitucional de los derechos fundamentales, por parte del TC, cuando hay diferentes bienes jurídicos en juego o contrapuestos, véase FERRERES / MIERES, *op. cit.*, p. 303 y ss., MENDONCA BONNET, D., *Los derechos en juego: conflicto y balance de derechos.* Ed. Tecnos. Madrid. 2003; MORA RESTREPO, G., "La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos, de Pedro Serna y Fernando Tóller.", en *Díkaion: revista de actualidad jurídica.* Ed. Universidad de La Sabana. Nº 12. Bogotá. Colombia. 2003.

[801] La tensión o conflictos entre derechos, en la jurisdicción penal juvenil, se manifestó y se manifiesta todavía: en el ámbito judicial, en el año 1998, véase la STC, S. 1ª, 17.3.1998, (MP: Excmo. Sr. D. Pedro CRUZ VILLALÓN). Acerca del conflicto de intereses jurídicos, en general, véase la solución que VARGAS CABRERA propone, a través de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, *de protección jurídica del menor*, *de modificación parcial de Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil,* y a través de la propia LORPM, en VARGAS CABRERA, "Enumeración de las medidas...", *op. cit.*, p. 180 y ss.

[802] Sobre la posible colisión de derechos en la jurisdicción de menores, véase ALBRECHT, *El Derecho…, op. cit.*, p. 214, en el sentido que dicho autor plantea la tensión entre el carácter educativo de las penas juveniles y el principio de seguridad jurídica; véase, también, la posible colisión entre el interés superior del menor y otros intereses, públicos o privados, en SALA DONADO, *op. cit.*, p. 36; también, DÍAZ REVORIO, F. J., *Los derechos fundamentales del ámbito educativo en el ordenamiento estatal y autonómico de Castilla – La Mancha*, Ediciones Parlamentarias de Castilla – La Mancha. Toledo. 2002, p. 66 y ss.

[803] Véase PAREDES CASTAÑÓN, *op. cit.*, p. 163.

[804] *Loc. ult. cit.*

[805] Véase SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código Penal…, op. cit.*, p. 172.

[806] Véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal juvenil*…, 2001, *op. cit.*, p. 191 y p. 201.

[807] Véase VENTURA FACI / PELÁEZ PÉREZ, *Ley orgánica*…, 2007, *op. cit.*, p. 88.

proceso debido y sin la proporción adecuada-, en virtud del principio inspirador o rector; en este sentido, esta modificación "… *supondría una agravación e iría contra el principio de seguridad jurídica.*"[808]

Todos los argumentos anteriores extraídos de la doctrina expresan *el problema* pendiente de resolución: la colisión de derechos en la legislación penal de menores, que se traslada a los tribunales[809]. Como hemos dicho, estamos ante un problema de incompatibilidad entre un principio inspirador –el interés del menor- y entre un derecho a la legalidad y a la seguridad jurídica.

Para dar respuesta a este problema, planteamos *el objetivo* siguiente: aportar argumentos a favor de la utilización del método de la "ponderación de bienes", en caso de que, previamente, sea imposible hacer compatibles los derechos fundamentales en litigio, aportación de argumentos que realizamos a continuación.

2.1. Propuestas de mejora.

Ante la colisión de derechos o interferencia entre principios, la doctrina y la jurisprudencia aportan un sistema de resolución de conflictos: el método, la técnica o el juicio de la ponderación[810], llamado "ponderación de principios"[811], "ponderación de bienes" y, de la misma manera, "ponderación de derechos".

---

808 Véase, VENTURA / PELÁEZ, *Ley orgánica*…, 2000, *op. cit*., p. 90.

809 En este sentido, véase la SAP de Navarra, S. 3ª, 15.1.2003, (MP: Ilmo. Sr. D. Aurelio VILA DUPLÁ), el abogado defensor de este proceso alegó –sostenemos que acertadamente- la necesidad de tener en cuenta el principio de proporcionalidad, pero, el tribunal de la AP de Navarra respondió a dicha alegación –sostenemos que equivocadamente- el interés superior del menor como factor igualmente a tener en cuenta en el proceso: en este estudio, proponemos que la proporcionalidad forme parte del interés superior del menor, en el sentido de que la proporcionalidad puede ser educadora o educativa, también. Otro Ejemplo evidente de dicha tensión es la cuestión de inconstitucionalidad que planteó la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 3ª, el 14 de julio de 2008, MP: Ilmo. Sr. D. Josep NIUBÓ i CLAVERIA. Igualmente, véase la segunda cuestión de inconstitucionalidad de fecha 12 de setiembre de 2008, MP: Ilma. Sra. Dña. Roser BACH i FABREGÓ; ambas cuestiones de inconstitucionalidad fueron promovidas como consecuencia de la inseguridad jurídica que producía y continúan produciendo dos preceptos de la LORPM, el Art. 50.2 y el Art. 51.1 LORPM, problema que abordamos en la tercera parte de esta tesis.

810 Sobre el sistema de resolución de conflictos a través de la ponderación de bienes jurídicos o de derechos, véase ANDRÉS IBÁÑEZ, P., "Legalidad, jurisdicción y democracia, hoy.", en *Estudios de derecho judicial,* Nº 6. (Ejemplar dedicado a: "Crisis del sistema político, criminalización de la vida pública e independencia judicial"). Perfecto Andrés Ibáñez (Dir.), 1997, pp. 9 – 38, p. 15; RUIZ RUIZ, *op. cit*., MENDONCA BONNET, *op. cit*. MORA RESTREPO, *op. cit*., AGUILAR GARCÍA, M. A., / GÓMEZ MARTÍN, V., / MARQUINA BERTRÁN, M., / DE ROSA PALACIO, M., / TAMARIT SUMALLA, J. M., *Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación*, Ed. Generalitat de Catalunya, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona. 2015, p. 43 y ss.

Desde el Tribunal Constitucional, véase STC, S. 2ª, 29.5.2000, FJ 5º, párrafo 2º, (MP. Excmo. Sr. D. Tomás S. VIVES ANTÓN); y la STC. S. 2ª, 22.5.1995, (MP: Excmo. Sr. Don Rafael de MENDIZÁBAL ALLENDE);

Este sistema de resolución de conflictos consiste en que, en el caso en el que dos principios entren en conflicto, uno de los dos deberá de ceder ante la influencia o peso mayor del otro, tal y como señala RUIZ RUIZ[812]; y deberá ceder a través de la intervención del juzgador, en el sentido siguiente: "*Corresponderá al juzgador hacer una ponderación adecuada de los bienes jurídicos protegidos constitucionalmente para inclinarse por cuál de ellos ha de prevalecer.*"[813]

Aunque estamos ante una solución al problema de la existencia de derechos contrapuestos, lo cierto es que el método de la ponderación es tan aceptado como cuestionado por la doctrina, en general[814], y, en particular, en la justicia juvenil[815].

A pesar de los cuestionamientos citados, proponemos la solución aquí apuntada de la ponderación, siempre y cuando se haya intentado antes una estrategia o un "método" previo: el de intentar compaginar, en el sentido de aplicar conjuntamente los derechos fundamentales en tensión (la aplicación conjunta de derechos la materializamos en el Cap. VIII, a través de la propuesta de establecer un período mínimo de cumplimiento obligatorio para todas las penales juveniles).

también, PRIETO SANCHÍS, L., "El juicio de ponderación constitucional", en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Ed. Miguel Carbonell. Quito – Ecuador, 2008, pp. 85 – 124.
Desde el TEDH, véase GONZÁLEZ – CUELLAR SERRANO, *op. cit*., p. 235 y ss.
Desde la jurisprudencia del TS, véase, la STS, S. 1ª, 3.3.2011, (MP: Excmo. Sr. D. Juan Antonio XIOL RÍOS).

811 Ponderación de principios, también, denominado "*balancing*", en inglés, y "*bilanciamiento*", en italiano, tal y como señala MORESO MATEOS, J. J., "Guastini sobre la ponderación.", en *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. Nº 17, octubre, 2002, pp. 227 – 249, p. 228, citando a GUASTINI.

812 Véase RUIZ RUIZ, *op. cit.,* p. 58.

813 Véase AGUILAR GARCÍA, / GÓMEZ MARTÍN, / MARQUINA BERTRÁN, / DE ROSA PALACIO, / TAMARIT SUMALLA, *op. cit*., p. 43.

814 Véase MORESO MATEOS, *op. cit*., p. 233.

815 Véase PAREDES CASTAÑÓN, *op. cit*., p. 175, nota a pie de página Nº 57.

3. El interés superior del menor como principio prioritario.

Durante la época tutelar y desde los parámetros del positivismo y del correccionalismo se daba prioridad al "interés superior del menor", mediante la LTTM que contenía "… *fines educativos y protectores.*"[816]. Dicha prioridad, que era absoluta en referencia a las garantías penales -que quedaban arrumbadas totalmente-, tuvo como resultado negativo que los fines educativos y protectores se prestaran a aplicaciones arbitrarias del Derecho y, como consecuencia, a la inseguridad jurídica[817].

Dicha prioridad a favor del interés del menor pervive actualmente, en este sentido se posiciona la LORPM[818], la doctrina penal especializada en Derecho penal juvenil[819], la doctrina constitucional[820]; el CGPJ afirma que la justicia juvenil se fundamenta en el principio del "… *interés educativo del menor.*"[821] Esto es debido a que dicho principio ostenta un papel determinante y, en más de un supuesto, decisivo en la legislación penal de menores.

El problema que resulta de la condición prioritaria mencionada es que los principios de legalidad y de seguridad jurídica se ven aligerados, relativizados, para favorecer el "mágico" interés del menor[822].

Para resolverlo, nos planteamos *el objetivo* siguiente: aportar argumentos en la dirección de insistir en la compatibilidad o aplicación conjunta de ambos principios (el interés del menor –en su manifestación a través del derecho fundamental a la educación- y el principio de legalidad y el de seguridad jurídica).

Las premisas siguientes guiarán la argumentación que utilizaremos para su consecución.

---

816 Véase GIMÉNEZ – SALINAS, *Delincuencia…, op. cit.*, p. 37.

817 *Loc. ult. cit.*

818 A título de ejemplo, véase LORPM, Exposición de Motivos, apartado 7.

819 En este contexto, véase PANTOJA GARCÍA, F., "La naturaleza jurídica de la Ley orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores. La singularidad del proceso de menores." Ejemplar dedicado a la "Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores", en *Estudios Jurídicos.* Ministerio Fiscal, VI – 2000, Madrid, 2000, pp. 13 – 24, p. 16 – 17; también, PAREDES CASTAÑÓN, *op. cit.*, p. 155; HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal…, op. cit.*, p. 300; CANO PAÑOS, *El futuro…, op. cit.*, p. 210; PÉREZ FERRER, *op. cit.*, p. 3; GUINARTE CABADA, *op. cit.*, p. 410; GONZÁLEZ CUSSAC / CUERDA ARNAU, *op. cit.*, p. 105; SALA DONADO, *op. cit.*, p. 62 y ss.

820 En este contexto, véase el ATC Nº 33/2009, de 27 de enero, FJ 5º; también, la famosa STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 6º; igualmente, la STC. S. 1ª. 5.4.1990, FJ 8º, (MP: Excmo. Sr. D. Jesús LEGUINA VILLA). También, la STC, S. 1ª, 16.5.2011, FJ 3º, (MP: Excmo. Sr. D. Pablo PÉREZ TREMPS); la STC, Pleno, 20.9.2012, Voto Particular de la Excma. Sra. Dña. Adela ASUA BATARRITA, apartado 3º, (MP: Excmo. Sr. D. Luis Ignacio ORTEGA ÁLVAREZ).

821 Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, MP: Excmo. Sr. D. Adolfo PREGO DE OLIVER Y TOLIVAR, informe de fecha 23 de noviembre del 2005. Observación cuarta, p. 19.

822 En este sentido, véase RAVETLLAT BALLESTÉ, "El interés superior…", *op. cit.*, p. 91.

Primera: ningún derecho, sea o no fundamental, es ilimitado porque, por elevada que sea su consideración (como sucede, en la justicia de menores, con el interés del menor) tal derecho carece de legitimidad o capacidad de tener derechos constitucionales o valores "subordinados" [823], derechos o valores a los cuales la Constitución desea proteger del mismo modo. Desde esta perspectiva, compartimos la aportación de ARROYO ZAPATERO[824] cuando afirma que ningún derecho tiene prevalencia sobre otro, en abstracto, en la Constitución.

No obstante, el Art. 15 CE sí que protege un valor elevado o un derecho fundamental superior al resto de derechos fundamentales, que es el derecho a la vida. Hemos de añadir que hay otros valores superiores, que son la libertad y la igualdad, según TERRADILLOS BASOCO: "… *la libertad y la igualdad son los principios esenciales y desde ellos se pueden derivar los demás que no son más que concreciones de uno, de otro o de los dos.*"[825]

Segunda: el interés superior del menor no es un derecho o principio absoluto; es un interés más y no debería entrar en colisión con otros intereses o derechos fundamentales, tal y como se posiciona el Tribunal Supremo, expresando que el principio del interés superior del menor: "… *no es el único que se ha de tomar en consideración. Pueden concurrir otros bienes jurídicos con los que es preciso realizar una ponderación.*"[826]

El legislador aceptó que el interés del menor es relativo cuando integró a la acusación particular en la justicia de menores[827], según señala JIMÉNEZ SEGADO: "*El derecho a la tutela judicial efectiva y a la vindicación de las víctimas ganaban la partida al superior interés del menor.*"[828]

La doctrina especializada en Derecho penal juvenil considera, igualmente, que el interés superior del menor es o debería ser un interés más; en esta línea, hemos de destacar a

---

[823] Hay diferentes "categorías" de derechos (primarios y secundarios), en este sentido véase BAYÓN MOHÍNO, J. C., "Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo", en *Constitución y Derechos fundamentales*. Coordinadores: Jerónimo Betegón Carrillo, Francisco Javier Laporta San Miguel, Luis Prieto Sanchís, Juan Ramón de Páramo Argüelles. Ed. Presidencia del Gobierno, Secretaría General Técnica. Madrid., 2004, pp. 67 - 138.

[824] Véase ARROYO ZAPATERO, *op. cit*., p. 28 – 29.

[825] Véase TERRADILLOS BASOCO, J. M., "La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico – penal", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Nº 63. 1981, pp. 123 – 150, p. 143.

[826] Véase la STS, S 1ª, 6.2.2014, FJ 5º, apartado 7º, (MP: Excmo. Sr. D. Rafael SARAZÁ JIMENA). Véase, también, la STS, S. 2ª, 2.3.2001, FJ 6º, (MP: Excmo. Sr. D. Cándido CONDE – PUMPIDO TOURÓN). Véase, también, HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal…, op. cit*., p. 255 cuando cita a dos autos del TS, Sala 2ª (Autos de 25 de mayo de 2001, y 14 de junio de 2001), en el sentido que, partiendo de la base que el principio del interés superior del menor no es un derecho "superior" o absoluto, además, ha de conciliarse con el resto de derechos fundamentales regulados en la Constitución.

[827] La acusación particular se integró en la legislación penal de menores a través de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal*, DF 2ª, apartados 1º y 2º.

[828] Véase JIMÉNEZ SEGADO, *op. cit*., apartado 3, párrafo 10º.

CANO PAÑOS[829], ALBRECHT[830], GARCÍA PÉREZ[831] y PAREDES CASTAÑÓN[832]; del mismo modo, CILLERO BRUÑOL[833] sostiene que el interés del menor no debería de interpretarse como prevalente en referencia a la vigencia efectiva de los derechos fundamentales del menor. Así, BERNUZ BENEITEZ[834] relativiza la prevalencia del principio del interés del menor; en la misma línea, se posiciona ALTAVA LAVALL: "*Por otro lado, este interés ha de ser primordial, pero no exclusivo.*"[835]; y en un sentido parecido, se manifiesta TAMARIT SUMALLA[836].

3.1. Causas y consecuencias de la problemática.

Vamos a profundizar en dicha prioridad frente a otros principios vigentes igualmente en el ámbito penal de menores y, también, en las soluciones posibles al problema.

La primera causa se halla en el hecho de que este interés del menor, mediante la indeterminación y la prioridad que se le dispensa, supone una "carga" inferior para la legalidad y la seguridad jurídica.

La segunda causa: positivismo e interés superior del menor[837]. La herencia positivista y correccionalista – tutelar emerge todavía en el actual Derecho penal juvenil, tal y como en este sentido afirma CANTARERO BANDRÉS[838]. La principal evidencia de la herencia a la vez que presencia de tal ideología tutelar es la atención especial a las necesidades sociales y familiares del menor a la hora de elegir, aplicar o ejecutar la pena juvenil (en este contexto, hemos de tener en cuenta el Art. 7.3, el Art. 23.1 y el Art. 27.4 LORPM, entre otros), en pro del principio del interés superior del menor[839].

---

829 Véase CANO PAÑOS, "¿Supresión…", *op. cit.*, p. 21.
830 Véase ALBRECHT, *El Derecho…, op. cit.*, p. 107 y ss.
831 Véase GARCÍA PÉREZ, O., "La evolución…", *op. cit.*, p. 9.
832 Véase PAREDES CASTAÑÓN, *op. cit.*, p. 159.
833 Véase CILLERO BRUÑOL, M., "Infancia, autonomía y derechos – una cuestión de principios", en http://www.iin.oea.org/IIN2011/index.shtml , 1997. También, en *Revista Infancia*, *Boletín del Instituto Interamericano del Niño*, Nº 234. Montevideo. También, publicado en la revista *UNICEF*, Ed. Instituto Interamericano del Niño - Instituto Ayrton Senna, ejemplar dedicado a "Derecho a tener Derecho", Tomo 4, 1999, pp. 1 – 13, p. 8.
834 Véase BERNUZ BENEITEZ, "Justicia de menores…", *op. cit.*, p. 6.
835 Véase ALTAVA LAVALL, "El interés…", *op. cit.*, p. 372.
836 Véase TAMARIT SUMALLA, "Principios…", *op. cit.*, p. 24.
837 La relación entre el interés superior del menor (la primacía o prioridad de este interés) y el positivismo la trata la doctrina especializada en Derecho penal juvenil afirmando que no tiene sentido la primacía de dicho principio, pues, en el fondo, contiene reminiscencias del pensamiento positivista; en este sentido, véase GARCÍA PÉREZ, O., "La evolución…", *op. cit.*, p. 9.
838 Véase CANTARERO BANDRÉS, *Delincuencia juvenil: ¿asistencia terapéutica…, op. cit.*, p. 26.
839 Necesidad social –pobreza- e interés superior del menor tienen un alto nivel de conexión ideológica, en este sentido véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores...,* 2001, *op. cit.*, p. 191.

A continuación, mencionamos los riesgos[840] derivados de dicha atención especial o prioridad, en forma de consecuencias negativas.

La primera consecuencia: anteponer los criterios de resocialización – reeducación a la seguridad jurídica del menor[841], a la hora de elegir la pena juvenil a imponer, comporta que la decisión judicial gire alrededor de aspectos extra penales; por tanto, esta decisión no se fundamenta en los principios limitadores del Derecho penal. En otras palabras, para la elección de una pena juvenil concreta, dentro de los límites que establece la LORPM[842], el fundamento de tal elección no se halla en el presupuesto legal de la Ley[843] y del Derecho penal (no se halla en la antijuridicidad, la tipicidad o la culpabilidad –o responsabilidad- ni en la acusación), sino, en la ponderación de la personalidad y de las circunstancias o entorno sociofamiliar por parte del juzgador[844], prioritariamente o de una manera especial (tal y como sucede en el Art. 7.3 LORPM).

La segunda consecuencia: criminalizar la pobreza. Fundamentar la justicia juvenil en la prioridad del interés del menor produce un efecto perverso: las garantías jurídicas se desplazan a un segundo plano[845]; y además, se transmite el mensaje de que la delincuencia está relacionada con la pobreza –como mínimo indirectamente- (relación que, ciertamente, es harta conocida o demostrada en diversos estudios sociológicos). Pero, el problema es que, al criminalizarse la miseria o la desigualdad social[846], los menores infractores procedentes de las clases sociales "bajas" son –y aquí radica el verdadero problema-, todavía más, marginados de las vías de integración social, en el sentido que se amplía en los párrafos siguientes.

La tercera consecuencia: erosión de algunos principios tradicionales del Derecho penal[847]. Además de los ya repetidos problemas con los principios de legalidad y seguridad jurídica, la atención "especial" a las necesidades sociofamiliares puede afectar al principio de igualdad.

---

840 Sobre estos riesgos, véase FREEDMAN, D., "Los riesgos del interés superior del niño" http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/los-riesgos-del-interes-superior-del-nino.pdf pp. 1 - 29.

841 Véase GIMÉNEZ – SALINAS, *Delincuencia…, op. cit.*, p. 35, citando a BERISTAIN.

842 Límites entre otros, los Arts. 7, 8, 9 y 10 LORPM.

843 No se halla en el presupuesto de la Ley, excepto en los supuestos establecidos en los Arts. 9 y 10 LORPM.

844 Circunstancias y personalidad que son decisivas para hallar el interés del menor, esto es, para la elección de dicha pena juvenil en base a dicho interés, véase el Art. 7.3 LORPM, entre otros.

845 En este sentido, véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2001, *op. cit.*, p. 124; véase, también, ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2007, *op. cit.*, p. 46.

846 En este contexto, véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores…,* 2001, *op. cit.*, p. 191; véase, también, ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2007, *op. cit.*, p. 219; igualmente, CANTARERO BANDRÉS, *Delincuencia juvenil: ¿asistencia terapéutica…, op. cit.*, p. 20.

847 Acerca del riesgo de que la prioridad del interés superior del menor pueda vulnerar principios penales limitadores del poder estatal de castigar, véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2001, *op. cit.*, p. 191.

A continuación, una breve reseña respecto al principio de igualdad[848], regulado en el Art. 14 CE: si la justicia de menores se centra en satisfacer el interés superior del menor (en dispensar atención especial a los déficits sociales, familiares, personales del menor infractor) intentando paliar dichos déficits, puede ir en contra de la igualdad[849], aplicando penas juveniles más gravosas a los menores de "clases bajas" (que presentan una situación personal – familiar marginal, deficitaria o carenciada a nivel socioeconómico) que a los que disponen de suficientes recursos o de una mínima estabilidad sociofamiliar[850]. En este marco sostenemos que en virtud de la resocialización –o, más bien, de una interpretación equivocada o paternalista de la resocialización-, se pueden imponer penas juveniles más intensas en cuanto a restricción de derechos, la libertad entre éstos, y, por tanto, desproporcionadas y, desde esta perspectiva, vulneradoras del principio de igualdad, en el sentido que plantea CRUZ MÁRQUEZ[851].

La cuarta consecuencia: principio de responsabilidad por el hecho[852] (Derecho penal del hecho) *versus* Derecho penal de autor[853]. La parte opuesta al Derecho penal del hecho (que deriva de nuestro actual modelo de Estado de Derecho) es el Derecho penal de autor. En este contexto, el Derecho penal juvenil es de autor[854], en gran manera, a partir del momento en que se parte de la premisa de que se ha de atender a la madurez o personalidad del menor "*especialmente*" para la elección de la pena juvenil (en este marco, hemos de tener en cuenta el Art. 7.3 LORPM), y que, además, ha de ser coherente con la idea de la reeducación. Desde esta perspectiva, ORNOSA FERNÁNDEZ[855] opina que el Derecho penal de autor está implícito en la jurisdicción de menores, porque las circunstancias sociofamiliares y la personalidad del menor se tienen presentes durante el proceso y a la hora de determinar la consecuencia jurídica a aplicar. Así, hemos de añadir que el rechazo a la personalidad o el

---

848 Con mayor amplitud acerca del principio de igualdad en la justicia de menores (igualdad del menor ante la ley), véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2001, *op. cit*., p. 79 y p. 95; también, HALL GARCÍA, *op. cit*., p. 55 y ss.

849 No obstante, VENTAS opina que adecuar las medidas a las circunstancias personales no implica la vulneración del principio de igualdad; en este sentido, véase VENTAS SASTRE, R., *La minoría de edad penal.* Universidad Complutense de Madrid. Tesis doctoral, localizada en documento electrónico en setiembre 2012: http://www.ucm.es/BUCM/tesis/der/ucm-t26341.pdf 2002, p. 521.

850 En este contexto, véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2007, *op. cit*., p. 56.

851 Véase CRUZ MÁRQUEZ, "Presupuestos…", *op. cit*., p. 245 – 246.

852 En este contexto, véase la STC. S. 1ª, 17.3.1998, (MP: Excmo. Sr. D. Pedro CRUZ VILLALÓN).

853 Acerca del "derecho" o modelo del derecho penal de autor, véase GÓMEZ MARTÍN, V., *El Derecho penal de autor*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2007; WELZEL, *op. cit*., p. 321; ALBRECHT, *El Derecho…, op. cit*., p. 94; ROXIN, *Derecho penal. Parte general, op. cit*., pp. 176 – 189.

854 En relación con el Derecho penal juvenil y su relación con el Derecho penal de autor, véase CANO PAÑOS, "¿Supresión…", *op. cit*., p. 9; DE LA ROSA CORTINA, *La responsabilidad…, op. cit.,* p. 80, nota a pie de página Nº 86; VENTAS SASTRE, *La minoría*…, 2003, *op. cit*., p. 237, nota a pie de página Nº 1080; MAURACH, R., *Tratado de Derecho penal*, T. II, traducción y notas de Derecho español por J. Córdoba Roda. Ed. Ariel. Barcelona. 1962, p. 592.

855 Véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2001, *op. cit*., p. 75.

carácter como criterio a la hora de imponer una consecuencia jurídica se ha posicionado el TC[856].

En cambio, el Derecho penal del hecho, aplicado conjuntamente con el principio de proporcionalidad, implica evitar penar el carácter, la manera de vivir; nos lleva a impedir la respuesta punitiva – retributiva a menores "desviados", "diferentes", etc.

El legislador intenta alternar los principios del Derecho penal de autor con los de un Derecho penal del hecho, que son los propios del actual Derecho penal de adultos o Derecho clásico[857], en el sentido de "… *principio del hecho como límite a la intervención punitiva del Estado.*"[858] Desde esta perspectiva, es muy clarificador HIGUERA GUIMERÁ mediante su afirmación: *"… y el interés del menor (Derecho penal del autor) que es preciso armonizarlo con el principio de proporcionalidad entre la gravedad de la infracción penal cometida y la naturaleza y extensión de la medida sancionadora – educativa.*"[859]

En resumen, la preferencia a favor del interés superior del menor implica el riesgo de conducir la legislación penal de menores hacia un Derecho penal de autor y la consecuente infracción del principio de legalidad[860] y de seguridad jurídica, además –y como consecuencia-, de que dicho modelo de "Derecho" de autor remite o recuerda a sistemas autoritarios[861].

La quinta consecuencia: se pueden cometer abusos en nombre del interés del menor[862]; este riesgo es patente en más de un supuesto legal de la legislación penal de menores, tal y como el Comité de los Derechos del Niño ha alertado[863].

La sexta consecuencia: recurso de casación para unificación de doctrina[864] previsto en el Art. 42 LORPM. La elección de la pena juvenil, si está guiada por criterios

856 Véase la STC, Pleno, 4.7.1991, FJ 4º, (MP: Excmo. Sr. D. Luís LÓPEZ GUERRA): esta STC es comentada en AYO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 197.

857 En este sentido, véase MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, *op. cit.*, p. 128 y p. 130.

858 Véase MORALES PRATS, *op. cit.*, p. 90.

859 Véase HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal…, op. cit.*, p. 32 y p. 38.

860 En este contexto, véase la STC, 1ª, 17.3.1998, antecedente Nº 3, (MP: Excmo. Sr. D. Pedro CRUZ VILLALÓN); también, VENTAS SASTRE, *Minoría*… 2003, *op. cit.*, p. 237, su nota a pie de página Nº 1080; ALBRECHT, *El Derecho…, op. cit.*, p. 94; sobre la relación entre el Derecho penal del hecho, Derecho penal de autor y el principio constitucional de legalidad, véase ROXIN, *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 177.

861 Tal y como señala DEMETRIO CRESPO, E., "Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin", en *Revista General de Derecho Penal.* Nº 8, noviembre. Ed. Iustel. Madrid. 2007, p. 17, nota a pie de página Nº 58.

862 Abusos como por ejemplo que se aplique una consecuencia jurídica inversamente proporcional a la gravedad de los hechos, en este sentido, véase GIMÉNEZ – SALINAS, *Delincuencia…, op. cit.*, p. 37. Para vetar abusos en nombre de lo educativo y de la resocialización, proponemos seguir la recomendación de CUELLO CONTRERAS, *op. cit.*, p. 39 y pp. 43 – 46. A título de ejemplo del posible abuso jurídico o educativo, véase la sentencia de un juzgado de menores de Madrid que condenó a un menor a la pena juvenil de internamiento en un centro semiabierto, por un período de 4 meses, por una falta de hurto, esto es, vulnerando el principio de proporcionalidad; dicha sentencia fue recurrida ante el TC, que resolvió a través de la STC 61/1998, de 17 de marzo; un comentario a esta STC, véase en CONDE – PUMPIDO TOURÓN, "Principio acusatorio", *op. cit.*, p. 192.

863 Véase Comité de los Derechos del Niño de las NNUU, Observación general Nº 14 (2013) *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.*

socioeducativos o psicológicos prioritariamente (pues la personalidad y entorno sociofamiliar de cada menor influye en la propuesta -que materializa el equipo técnico en su informe- al juez de menores de una manera casi decisiva[865]), puede implicar que dicha elección de pena juvenil sea inviable revisarla en sede de recurso de casación para unificación de doctrina; y ello debido a que será muy difícil hallar dos situaciones sustancialmente iguales –a nivel educativo o psicológico- que hayan dado lugar a resoluciones judiciales diferentes (situaciones iguales con resoluciones diferentes que exige el recurso de casación en virtud del Art. 42 LORPM).

La séptima consecuencia: desatención de los derechos de las víctimas y los perjudicados (el Art. 4 LORPM regula tales derechos). El Derecho penal común y también el juvenil justifican en parte, su existencia por proteger el interés de la víctima[866]; sobre todo, "… *tras la reforma de 2006 pasa a primer plano la necesidad de respetar los intereses de las víctimas.*"[867]

---

[864] El recurso de casación para la unificación de doctrina pretende evitar la vulneración del principio de igualdad y de seguridad jurídica, vulneración que se puede dar cuando dos situaciones muy parecidas o idénticas son susceptibles de resolverse mediante resoluciones judiciales diferentes. En la jurisdicción de menores, será muy difícil hallar dos situaciones –en cuanto a personalidad y entorno- sustancialmente iguales que hayan dado lugar a resoluciones judiciales diferentes. Sobre el recurso de casación para unificación de doctrina en la justicia de menores, véase CANTARERO BANDRÉS, *Delincuencia juvenil: ¿asistencia terapéutica…, op. cit.*, p. 42; COLÁS TURÉGANO, *op. cit.*, p. 354 y ss; HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal…, op. cit.*, p. 470, nota a pie de página Nº 543 citando a LORCA MARTÍNEZ y su obra "El recurso de casación para unificación de doctrina en la Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero"; también, CÓRDOBA RODA, *La ley…, op. cit.*, p. 371 y ss; PONZ NOMDEDÉU, E. V., "La responsabilidad penal de los menores desde la perspectiva del abogado.", en *Justicia penal de menores y jóvenes* (Coordinadores J. L. González Cussac, J. M. Tamarit Sumalla y J. L. Gómez Colomer). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 381 – 412, p. 404; AYO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 233; ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores...,* 2001, *op. cit.*, p. 132; y, también, la Circular FGE 1/2000, apartado X.6. (véase, también, la Circular FGE 1/2007, apartado X, p. 117, y la Circular FGE 9/2011, p. 47). Véanse, también, las siguientes sentencias del TS que resuelven diversos recursos de casación para unificación de doctrina, en la jurisdicción de menores: STS, S. 2ª, 3.2.2003, (MP: Excmo. Sr. D. José JIMÉNEZ VILLAREJO); STS, S. 2ª, 24.9.2012, (MP: Excmo. Sr. D. Andrés MARTÍNEZ ARRIETA); STS, S. 2ª, 12.2.2104, (MP: Excmo. Sr. D. José Ramón SORIANO SORIANO). Véase, también, el Acuerdo adoptado en Sala general, por el TS, S. 2ª, de 13 de marzo de 2013.

[865] La elección de la pena juvenil, por parte del juez de menores, está guiada o influenciada por el informe del equipo técnico en gran manera (véase el Art. 7.3 LORPM) que, a la vez, dicho informe está basado en la personalidad y entorno sociofamiliar del menor infractor.

[866] Cada vez más, las publicaciones, obras y leyes sobre la justicia juvenil incluyen en su índice o en su articulado algún apartado en relación con los derechos específicos de las víctimas y los perjudicados; en este sentido, hay que destacar y ya desde el año 1987, a DÜNKEL, F., "La víctima en el Dret penal, ¿en vies d'una justícia criminal orientada cap a l'autor a una d'orientada cap a la víctima?" Ponencia, en Jornadas *El dret penal i la víctima*: *Cap a una privatitzacio del sistema?* Un ejemplar, en la biblioteca del Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Departament de Justícia, Generalitat de Catalunya. Barcelona, 1987, pp. 1 – 16.
Más en la actualidad, hemos de mencionar a la propia LORPM, en su Exposición de Motivos, apartado 8º (además de su articulado relativo a las víctimas, como el Art. 4); también, SANZ HERMIDA, A. M., "La víctima en el proceso penal de menores", en *Anuario de justicia de menores*, Nº 1, 2001, pp. 183 – 226. La preocupación por las víctima en el Derecho penal juvenil es evidente, del mismo modo, en el Derecho positivo de otros países, a título de ejemplo, véase la *Youth Criminal Justice Act*, de Canadá, citada por WERTH WAINER, F., *Sistemas de justicia juvenil: la experiencia comparada. Estados Unidos, Canadá y Reino Unido.* Ed. Fundación Hanns Seidel. Santiago de Chile. 2008, p. 16; véase también la Ley de Tribunales de Menores de Alemania, *Jugendgerichtsgesetz (JGG)*:§ 10.6, § 80.3, y § 106.3.1, entre otros preceptos legales.

[867] Véase "Conclusiones de las jornadas de delegados –fiscales de menores- de menores", celebradas en León el 5 y 6 de noviembre de 2009, p. 4, conclusión 5ª.

3.2. Propuestas de mejora.

Las soluciones que proponemos aquí van en la dirección de superar los problemas mencionados. Para ello, recomendamos la compatibilidad o aplicación conjunta de los derechos en tensión, esto es, derechos fundamentales (legalidad – seguridad jurídica) e interés superior del menor[868]. Pero, añadimos lo comentado anteriormente, que, si es imposible hacer compatibles los derechos fundamentales en litigio, optamos a favor de la utilización del método de la "ponderación de bienes", antes enunciado.

Describimos los argumentos principales a partir de los que sostenemos nuestra propuesta de compatibilidad: las garantías penales –legalidad penal y seguridad jurídica- protegen el interés del menor[869] también, tal y como manifiesta la doctrina especializada en Derecho penal juvenil[870], así como el Comité de los Derechos del Niño de las NNUU: "*La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales.*"[871]; en la misma línea, dicho Comité añade que: "*Al evaluar y determinar el interés superior del niño para tomar una decisión sobre una medida concreta, se deberían seguir los pasos que figuran a continuación: (…), b) seguir un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del Derecho.*"[872]

En resumen, eficiencia (interés del menor o derecho a la educación) y garantías penales (legalidad y seguridad jurídica) pueden y han de poder ser compatibles, porque tales principios son o deberían ser equiparables, esto es, de igual rango[873], tal y como el Comité de

---

868 Tal y como propone CILLERO cuando se refiere a los derechos contenidos en la Convención de los Derechos del Niño, derechos como el interés superior del menor y los derechos fundamentales y los derechos procesales penales mínimos (derecho a un juicio justo, derecho a la legalidad penal procesal, etc.), véase CILLERO BRUÑOL, "El interés superior del niño…", *op. cit.*, p. 4. En relación con la difícil, pero necesaria, compatibilidad –en un plano de igualdad- de las garantías o principios penales con el principio del interés superior del menor, la doctrina especializada en Derecho penal juvenil se posiciona a favor de aplicar o hacer compatible los principios en un plano de igualdad, en este sentido, véase LÓPEZ SALAS, R., "Los conflictos de derechos. Una propuesta alternativa.", *en Revista Letras Jurídicas.* Julio. Nº 14. Ed. Universidad Veracruzana., Veracruz, México. 2006, pp.1 – 6, p. 5; también, en CERVELLÓ / COLÁS, *op. cit.*, p. 18; ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2001, *op. cit.*, p. 191; AYO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 189; HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal…, op. cit.*, p. 253.

869 El principio de seguridad jurídica protege también al menor; en este sentido, véase DE LA CUESTA ARZAMENDI, "El abandono…", *op. cit.*, p. 109; ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2001, *op. cit.*, p. 203. El principio del interés superior del menor vela igualmente por el principio de legalidad y la seguridad jurídica, en el sentido que "… *representa el reconocimiento y protección jurídico – positiva de los Derechos fundamentales del menor.",* véase VENTAS SASTRE, *La minoría*…, 2003, *op. cit.*, p. 232; PONZ NOMDEDÉU, *op. cit.*, p. 408.

870 Véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal juvenil*…, 2007, *op. cit.*, p. 492. En este contexto, se posiciona también MARTÍN OSTOS, "Aspectos procesales…", *op. cit.,* p. 188, cuando afirma que la exclusión del menor infractor de la jurisdicción común o de adultos no debe de "… *implicar la ausencia de legalidad."*

871 Véase Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 14 (2013) sobre *El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*, apartado I. A. Introducción, punto 6 c).

872 Véase Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 14 (2013) sobre *El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial,* apartado V., párrafo 46.

873 A favor de conciliar o aplicar ambos principios (principio de seguridad jurídica, principio de legalidad y principio del interés superior del menor), con el mismo rango o prioridad, se posiciona:

- *la jurisprudencia constitucional* a través de la famosa STC 36/1991, de 14 de febrero, y de la STC, S. 1ª, 17.3.1998, (MP: Excmo. Sr. D. Pedro CRUZ VILLALÓN), sentencia que se considera determinante, ya que esta STC

los Derechos del Niño de las NNUU así lo considera, cuando se afirma que: *"… en la Convención, no hay una jerarquía de derechos; todos los derechos previstos responden al 'interés superior del niño."*[874]

Desde esta perspectiva, proponemos que sea el fiscal de menores[875] y principalmente, el juzgador[876] (en base a la función jurisdiccional –y, también, a la discrecionalidad judicial que dispone- que le ha conferido el ordenamiento jurídico[877]) el legitimado para aplicar la compatibilización de derechos en tensión, ante cada caso concreto.

Al mismo tiempo, el interés superior del menor vela por las garantías penales: la doctrina especializada en Derecho penal juvenil[878] y la doctrina del TC[879] se posicionan a favor del respeto del principio de tipicidad en la jurisdicción de menores y a la vez, favoreciendo el interés superior del menor (la reinserción social).

La finalidad de compatibilidad propuesta la reforzamos con los posicionamientos de COLÁS TURÉGANO[880] a favor de la conciliación entre el fin del Derecho penal (la prevención general, la prevención especial, la tutela jurídica –también, la protección de bienes

---

pretende equilibrar o dar la misma importancia, hasta el punto de hacer compatibles, –tal y como sugerimos en este trabajo que ha de ser- la eficiencia y las garantías (el principio del interés superior del menor y el principio de legalidad y la seguridad jurídica); véase el comentario de esta STC 61/1998 en ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2001, *op. cit*., p. 96;

- *la jurisprudencia del TS*: el TS se refiere al interés superior del menor, en conciliación o armonía con el resto de derechos constitucionales a través de la siguiente expresión: *"… dicho principio no es absoluto y debe conciliarse con los demás derechos constitucionales afectados.*", véase la STS, S. 2ª, 2.3.2001, FJ 6º (MP: Excmo. Sr. D. Cándido CONDE – PUMPIDO TOURÓN);

- *la doctrina especializada en Derecho penal juvenil*, aunque no mayoritaria, es partidaria de hacer compatible, u otorgar igualdad de condiciones, a la eficiencia que ofrece el principio del interés superior del menor con las garantías (seguridad jurídica, principio de legalidad, etc.) que ofrecen los principios limitadores del Derecho penal, en este sentido véase PÉREZ FERRER, *op. cit*., p. 3; SANZ HERMIDA, "Responsabilidad…", *op. cit*., p. 18; ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores...,* 2001, *op. cit*., p. 191 y p. 203.

874 Véase la Observación general Nº 14 (2013) *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial,* Apartado I. A. Introducción, punto 4, p. 3.

875 Tal y como también lo propone la doctrina especializada en Derecho penal juvenil, en base a los Arts. 6, 18, 19 y 32 LORPM, en este sentido véase VARGAS CABRERA, "Enumeración…", *op. cit*., p. 184.

876 Tal y como en este sentido sugiere la doctrina especializada en Derecho penal juvenil, en concreto HERNÁNDEZ CERVANTES, *op. cit*., p. 262; DE LA CUESTA ARZAMENDI / BLANCO CORDERO, *op. cit*., p. 56; también, VARGAS CABRERA, "Enumeración…", *op. cit*., p. 183 – 184; PÉREZ FERRER, *op. cit*., p. 3; en la misma línea, véase el Voto Particular que formulan los vocales Fernando SALINAS MOLINA, Félix PANTOJA GARCÍA, Alfonso LÓPEZ TENA y Montserrat COMAS D'ARGEMIR I CENDRA al punto I.28º del Orden del día de la sesión plenaria de fecha 23 de noviembre de 2005, en relación con el Informe. Ponente: Excmo. Sr. D. Adolfo PREGO DE OLIVER y TOLIVAR, Informe, de fecha 16 de diciembre de 2005, al *Anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, p. 2. Con mayor amplitud sobre las relaciones entre lo educativo y lo judicial en el ámbito de la justicia de menores, y sobre el papel del juez en dicha relación, véase LEROY, C., "El juez de menores en la encrucijada entre lo judicial y lo educativo", en *Jornades sobre educació i control: el tractament institucional en el marc de la justícia de menors.* Ed. Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Caixa de Pensions. Barcelona., 1989, pp. 83 – 100, p. 83 y ss.

877 Este ordenamiento se concreta en, entre otros, el Art. 97 LOPJ; Arts. 2.1 y 44.1 LORPM, y, principalmente, la Constitución, Art. 117.3 CE.

878 Véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2001, *op. cit*., p. 166 y p. 203.

879 Véase la citada STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 7º.

880 Véase COLÁS TURÉGANO, *op. cit*., p. 222.

jurídicos esenciales para la convivencia pacífica en sociedad-) y el interés superior del menor –o derecho fundamental a la educación-. Compartimos, también, el planteamiento de compatibilidad (entre las garantías penales y la orientación educativa de la justicia juvenil) que surge de CERVELLÓ / COLÁS[881]. Aportamos más posicionamientos en la línea de que el citado interés superior del menor debería de aplicarse conjuntamente con la legalidad penal y la seguridad jurídica, en el sentido que propone ALTAVA LAVALL[882] cuando señala que se puede defender el principio de legalidad y el interés del menor, a la vez.

Además, comentamos la opción de hacer compatibles derechos fundamentales cuando se hallan en situación de tensión jurídica, a partir del contenido esencial del derecho fundamental[883]. Sostenemos que la prevención especial (interés superior del menor, derecho fundamental a la educación) y las garantías penales (derecho fundamental a la legalidad penal y a la seguridad jurídica) pueden armonizarse hasta hacerse compatibles, si partimos de la determinación del contenido esencial de dichos derechos fundamentales y del conjugar tal contenido esencial adecuadamente. En este marco, LÓPEZ SALAS propone que no se ha de sacrificar ningún derecho a la hora de compatibilizarlos, si partimos de su contenido esencial: "*Ese contenido esencial del derecho va a permitir encontrar los puntos de compatibilidad de los derechos, en que respetando el núcleo esencial de cada uno de ellos, se ajuste a la controversia, de tal forma,* ***que sea posible la solución sin que se sacrifique ningún derecho***[884]*. Por lo tanto, armonizar los derechos es pensarlos desde su contenido esencial, es mirar hacia los límites internos de los derechos en litigio, hacia su naturaleza, el bien que protegen, la finalidad, su ejercicio, perfiles y esferas de funcionamiento razonable.*"[885]

[881] Véase CERVELLÓ / COLÁS, *op. cit.*, p. 18.
[882] Véase ALTAVA LAVALL, "El interés del menor…", *op. cit.*, p. 378.
[883] Acerca del "contenido esencial" de los derechos fundamentales, véase MORA RESTREPO, *op. cit.*, p. 1 y ss; DE OTTO Y PARDO, I., / MARTÍN RETORTILLO, L., "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución", en *Derechos Fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 93 – 172; LÓPEZ SALAS, *op. cit.*, p. 1 y ss; HÄBERLE, P., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales.*, traducción de Joaquín Brague Camazano. Ed. Dykinson, Madrid. 2003; PAREJO ALFONSO, L., "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981.", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Nº 3, 1981, pp. 169-190; GARCÍA COSTA, *op. cit.*, p. 4; véase, igualmente, el Art. 53.1 CE. También, véase la STC, Pleno, 8.4.1981, FJ 8º, (MP: Excmo. Sr. D. Luís DÍEZ – PICAZO GIMÉNEZ); la STC, Pleno, 20.9.2012, Voto Particular de la Excma. Sra. Dña. Adela ASUA BATARRITA, (MP: Excmo. Sr. D. Luis Ignacio ORTEGA ÁLVAREZ).
[884] Negrita es mía.
[885] Véase LÓPEZ SALAS, *op. cit.*, p. 5.

En relación con la dificultad de alternar el principio del interés del menor con el de responsabilidad por el hecho:

a) Las circunstancias personales, familiares y sociales no se han de tener en cuenta "*especialmente"* a la hora de elegir la pena juvenil regulada en el Art. 7.3 LORPM. Sí se han de tener presentes las necesidades educativas, junto con la prueba y su valoración en términos jurídicos en relación con los hechos enjuiciados[886]. Sugerimos "*de lege ferenda*" la modificación legislativa del citado Art. 7.3 LORPM, en la dirección siguiente: para la elección de la pena juvenil más adecuada, se deberá de atender a las circunstancias personales de una manera compatible con la prueba y la ponderación jurídica de los hechos, en el sentido de que una situación de pobreza o sociofamiliar desestructurada no justificará la imposición de una pena juvenil en ningún supuesto. Compartimos el posicionamiento de ORNOSA FERNÁNDEZ, cuando afirma que, "… *a la hora de la elección y aplicación de las medidas, tendrá que existir un equilibrio, no siempre fácil, entre los principios de legalidad penal, oportunidad e intervención mínima, acusatorio y de proporcionalidad, por un lado, y la finalidad educativa que se trata de conseguir a través de las mismas.*"[887]

b) La pretensión de alternar la legalidad penal con la finalidad educativa implica abandonar el criterio de las necesidades socioeconómicas que presenta el menor infractor, a la hora de la elección de la pena juvenil. Por ello es conveniente una concepción nueva, tal y como sugiere CANTARERO BANDRÉS de la manera siguiente: "… *abandonar la óptica de las necesidades y vincularlas, en todo caso, y en su justa medida, al contexto social e institucional.*"[888] Esta concepción implica optar por las necesidades educativas del menor infractor y, del mismo modo, por los principios limitadores del ejercicio de la facultad punitiva del Estado, para que arrumben el interés del menor en su manifestación asistencial[889].

[886] VENTAS SASTRE considera acertado que se regule el atender a la prueba y valoración jurídica de los hechos para la elección de la pena juvenil en la LORPM, en este sentido, véase VENTAS SASTRE, *La minoría*…, 2002, *op. cit*., p. 521.
[887] Véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2007, *op. cit*., p. 219.
[888] Véase CANTARERO BANDRÉS, *Delincuencia juvenil: ¿asistencia terapéutica…, op. cit*., p. 21.
[889] *Loc. ult. cit.*

4. El interés superior del menor y el principio de flexibilidad.

Este principio está presente en la jurisdicción común en el contexto de la ejecución penal[890], con los problemas de relativización de principios limitadores del *ius puniendi* que conlleva[891]. Estos problemas se reproducen en el Derecho penal juvenil[892], tal y como argumentamos a continuación.

Los principios constitucionales y los que configuran el Derecho penal, en general (también y sobre todo las garantías penales, según BENÍTEZ ORTÚZAR[893]) se ven modulados como consecuencia de la influencia del principio del interés superior del menor en la justicia juvenil[894]. El principio de flexibilidad es manifestación del interés superior del menor[895]; pues bien, en virtud de la citada flexibilidad, se justifica la vulneración de derechos: cuando se incumple una pena juvenil no privativa de libertad –o de otros derechos[896]-, se sustituye ésta por otra más gravosa, privativa de libertad, con la base legal de los Arts. 50.2 y 51.1 LORPM. La vulneración radica en que se realiza dicha modificación - sustitución a peor sin el proceso debido, vulnerando por tanto, la garantía jurisdiccional y la de ejecución.

El problema se manifiesta en la vulneración de derechos mencionada antes, pero, *el problema de fondo* es el fundamento del principio de flexibilidad, que radica en el del interés del menor, en virtud del cual se justifica la relativización, modulación o aligeramiento de los

890 En este contexto, destacamos el Art. 100.2 del Reglamento penitenciario.

891 Sobre dicha relativización en la jurisdicción común, véase LLOBET ANGLÍ, *op. cit.*, p. 191 y ss., GONZÁLEZ CAMPO, E., "El principio de flexibilidad en la ejecución penal", en *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal*, Nº 4, 2003, pp. 403 – 432.

892 El principio de flexibilidad en la elección (véase el Art. 7.3 LORPM) y en la ejecución de las penas juveniles (véanse los Arts. 13.1, 18, 19, 40, 49.2, 50.2, 51.1, entre otros) es manifestación no sólo del interés superior del menor sino que, además, es la característica principal y definitoria del Derecho penal juvenil. Acerca del principio de flexibilidad y su relación con el interés superior del menor, véase CANO PAÑOS, "¿Supresión…", *op. cit.*, p. 15 y ss; COLÁS TURÉGANO, *op. cit.*, p. 75 y p. 111; DE LA ROSA CORTINA, "Los principios…", *op. cit.*, p. 28.

893 Véase BENÍTEZ ORTÚZAR, *op. cit.*, p. 72.

894 Véase COLÁS TURÉGANO, *op. cit.*, p. 73.

895 En este contexto, véase COLÁS TURÉGANO, *op. cit.*, p. 241; también, véase COSTANZA SARDEGNA, *op. cit.*, p. 77.

896 En este estudio, las penas juveniles privativas de otros derechos (permiso de conducción, autorización para portar armas, inhabilitación absoluta) se incluyen en las penas juveniles no privativas de libertad –a efectos de subsumir dichas penas juveniles privativas de otros derechos en el Art. 50.2 LORPM-, para facilitar la comprensión del capítulo de esta tesis dedicado al incumplimiento de las penas juveniles no privativas de libertad, este incumplimiento contiene la misma problemática, tanto en las penas juveniles no privativas de libertad como en las privativas de otros derechos. La LORPM no regula el incumplimiento de dichas penas juveniles privativas de otros derechos, tal y como se puede observar en el Art. 50 LORPM (que sólo regula el incumplimiento de las penas juveniles privativas de libertad y de las no privativas de libertad, sin especificar nada de las penas juveniles privativas de otros derechos; tal y como sí se especifica en el Art. 32 CP); no obstante, se puede incluir el incumplimiento de dichas penas juveniles privativas de otros derechos en el Art. 50.2 LORPM, donde se regula el incumplimiento de las penas juveniles no privativas de libertad, a efectos prácticos. Las penas juveniles privativas de otros derechos son: privación del permiso de conducción, de la licencias de armas o de caza y la inhabilitación absoluta, penas juveniles reguladas en el Art. 7.1, letras n y ñ LORPM.

principios tradicionales del Derecho penal común –en concreto el principio de legalidad y el de seguridad jurídica- cuando son aplicados en la jurisdicción de menores.

Para abordar dicho problema, partimos del *objetivo* siguiente: aportar argumentos que demuestren que la flexibilización, aunque necesaria, no debería comportar disminución, ni menos todavía, renuncia de las garantías penales entre otros motivos, porque la introducción de tales garantías en la jurisdicción de menores se ha realizado de una manera plena o absoluta, tal y como se establece en el Art. 1.2 LORPM.

Para alcanzar este objetivo expondremos los diferentes posicionamientos jurídicos, para más tarde proponer la creación de un fundamento jurídico con el objetivo de que el interés superior del menor -en su condición de derecho a la educación- sea compatible con el marco constitucional.

4.1. Posicionamientos jurídicos.

La LORPM. El principio de flexibilidad en la determinación y en la ejecución de la pena juvenil se observa en la LORPM[897], en concreto en:

- su Exposición de Motivos, apartado 5º, se admite que el procedimiento a seguir en la jurisdicción de menores contiene ciertas "modulaciones", que consideramos que implican un aligeramiento de las garantías penales procesales; en el apartado 11º se determina una gama amplia de penas juveniles, a efectos de facilitar la flexibilidad durante la fase de adopción o de determinación de la pena juvenil a imponer; también durante la fase de ejecución. Y en los apartados 6º y 12º, se opta a favor de la flexibilidad afirmando que ésta adquiere el rango de "principio";

- sus Arts. 7.3, 13.1, 18, 19, 44, 44.2.b, 49.2, 50.2, y 51, entre otros, manifiestan el principio de flexibilidad en la fase de adopción o elección de la pena juvenil a imponer, también en la fase de ejecución y dentro de esta fase, en el proceso de modificación de las penas juveniles (en virtud de los Arts. 13.1, 50.2 y 51.1 LORPM).

No obstante, se regulan varias posibilidades de limitar dicha flexibilidad: en el Art. 9.2, en el Art. 10.1.b) y en el Art. 10.2 en la LORPM (en los supuestos de delitos graves o de reincidencia delictiva).

[897] Sobre las manifestaciones legales, en la LORPM, del principio de flexibilidad, véase LANDA GOROSTIZA, *op. cit.,* p. 13 y ss.

El reglamento en su Art. 20.6 asume también como propio el principio de flexibilidad en relación con la ejecución de las prestaciones en beneficio de la comunidad (régimen de flexibilidad que puede ser extensible al resto de penas juveniles no privativas de libertad y privativas de derechos).

Los Tribunales tienen en cuenta, del mismo modo, la flexibilidad en la adopción y en la ejecución de las penas juveniles, en virtud de los Arts. 7.3 y 51 LORPM: la Audiencia Provincial de Navarra[898] considera correcta la flexibilidad regulada en la LORPM; pero, la Audiencia Provincial de Cádiz[899] opina –opinión que compartimos- que la flexibilidad no ha de traspasar ciertos límites en un proceso de menores, la legalidad, entre otros.

El Tribunal Constitucional considera que la flexibilidad en la determinación y ejecución de las penas juveniles está fundamentada "… *en atención a las circunstancias del caso y a la eventual eficacia de la medida adoptada.*"[900] En el contexto de la famosa STC 36/1991, el TC[901] se posiciona a favor de admitir cierta relativización (de los principios penales tradicionales, el de tipicidad, por ejemplo) en la jurisdicción de menores, en virtud del principio de flexibilidad. Actualmente, el TC mantiene su posicionamiento favorable a la flexibilización de la ejecución de las penas juveniles, tal y como se desprende del contenido del ATC Nº 31/2009 y del ATC Nº 33/2009, ambos de 27 de enero, AATC estudiados en la tercera parte.

No obstante, el TC[902] entiende igualmente que el principio de legalidad y el de tipicidad constituyen un límite a la decisión judicial discrecional[903] -que es permitida o favorecida en base al principio de flexibilidad- sobre todo a la hora de acordar las penas juveniles a imponer al menor infractor.

La FGE se posiciona igualmente a favor del principio de flexibilidad en la ejecución de las penas juveniles en su Circular 1/2007[904]. De la misma manera, opta a favor de la flexibilidad en los supuestos de quebrantamiento de la pena juvenil en su Circular 1/2009[905].

La doctrina especializada en Derecho penal juvenil. MELERO ALONSO[906] propone que se han de flexibilizar –consideramos que equivocadamente- las garantías

---

898 Véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, S. 3ª, 15.1.2003, FJ 3º, (MP: Ilmo. Sr. D. Aurelio Herminio VILA DUPLÁ).
899 Véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, 20.4.2004, S. 5ª, FJ 2º, (MP: Ilmo. Sr. D. Ramón ROMERO NAVARRO).
900 Véase la famosa STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 8º, párrafo 4º.
901 Véase la famosa STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 7º.
902 Véase la STC 61/1998, de 17 de marzo.
903 En este contexto, véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2001, *op. cit.*, p. 96.
904 Véase FGE, Circular 1/2007, de 23 de noviembre, *sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006*, apartado VII.3. Cese y sustitución de medidas, p. 77, refiriéndose al Art. 13.1 LORPM.
905 Véase FGE, Circular 1/2009, de 27 de abril, *sobre la sustitución en el sistema de justicia juvenil de medidas no privativas de libertad por la de internamiento en centro semiabierto, en supuestos de quebrantamiento,* p. 2.
906 Véase MELERO ALONSO, *op. cit.*, p. 127.

derivadas del Estado de Derecho, en la jurisdicción de menores; también, LANDA GOROSTIZA se muestra favorable a la flexibilidad de principios en el ámbito penal de menores[907]. En cambio y más acertadamente, ORNOSA FERNÁNDEZ[908] expresa que el órgano judicial ha de considerar el principio de legalidad penal y el de seguridad jurídica igualmente, en su condición de límites al *ius puniendi* en la jurisdicción de menores, a pesar de la necesaria flexibilidad.

4.2. Propuestas de mejora.

La flexibilidad es un principio rector en la legislación penal de menores. Halla su fundamento en los beneficios (la educación o reeducación) que aporta al menor infractor. No obstante lo dicho, sostenemos que los beneficios son inferiores a los perjuicios, según se desprende de esta tesis, siendo el perjuicio principal el aligeramiento de los principios tradicionales penales, en concreto el de legalidad penal y de seguridad jurídica.

Por todo lo anterior consideramos que las ventajas citadas no pueden justificar el sacrificio de las garantías penales, de ninguna manera, tal y como añadirían ÁLVAREZ GARCÍA[909], ORNOSA FERNÁNDEZ[910], HUERTA TOCILDO[911], posicionándose en general, a favor de la irrenunciabilidad de las garantías penales; igualmente, PAREDES CASTAÑÓN[912] argumenta que los derechos fundamentales del menor no pueden ser objeto de negociación o, según razonamos aquí, de flexibilización.

907 Véase LANDA GOROSTIZA, *op. cit.*, p. 13.
908 En este contexto, véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores...,* 2007, *op. cit.*, p. 219, cuando dicha autora comenta la STC, S. 1ª, 17.3.1998, (MP: Excmo. Sr. D. Pedro CRUZ VILLALÓN).
909 Véase ÁLVAREZ GARCÍA, *op. cit.*, p. 264.
910 Véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores…,* 2007, *op. cit.*, p. 218.
911 Véase HUERTA TOCILDO, "Principios…", *op. cit.*, p. 52. En el mismo sentido garantizador que HUERTA, se posiciona igualmente GIMÉNEZ - SALINAS, *Las medidas…, op. cit.*, p. 77; y, sobre todo, ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores…*, 2001, *op. cit.*, p. 203; y, de la misma manera, la propia LORPM se manifiesta a favor de las garantías penales aplicadas en la jurisdicción de menores, en este sentido, véase su Exposición de Motivos, apartado 5, y el Art. 1.2.
912 Véase PAREDES CASTAÑÓN, *op. cit.*, p. 175, nota a pie de página Nº 57.

5. El interés superior del menor y la necesidad de un fundamento jurídico.

En este epígrafe, retomamos la propuesta de mejora enunciada anteriormente, en el subepígrafe 1.1.2, que consistía en la creación de un fundamento jurídico para el interés superior del menor inspirado en el sistema anglosajón. Aquí, dedicamos un epígrafe a esta propuesta por la importancia que tiene la creación de dicho fundamento para esta tesis.

Para dar respuesta al problema de indeterminación jurídica descrito en el epígrafe 1.1 (y también para ampliar la solución que ya apuntamos en el subepígrafe 1.1.2), igualmente, a los problemas hasta ahora comentados (colisión interés superior del menor - seguridad jurídica; el interés superior del menor como principio prioritario; el interés superior del menor y el principio de flexibilidad) enunciamos *el objetivo* siguiente: dotar de fundamento jurídico al interés del menor, que conlleva dotar de una función o concepción normativa[913], que sea garantizadora –como derecho fundamental-, al principio del interés superior del menor.

De acuerdo con este objetivo, vamos a recomendar la incorporación de elementos normativos en el concepto o principio del interés superior del menor (en lo que respecta a la redefinición de dicho interés del menor) con la misma intención que se persigue en el modelo anglosajón, que es el "… *compensar la indeterminación del principio*."[914] Así, esta tesis se vuelve a alinear con el sistema anglosajón: que el interés del menor ha de tener naturaleza o condición normativa[915] a través de un fundamento jurídico. Proponemos dotar de contenido jurídico al actual concepto del interés superior del menor, que ha de estar basado en criterios normativos preestablecidos, tal y como así plantea PAREDES CASTAÑÓN[916]. Esto lo desarrollaremos partiendo de la Constitución[917], y con la intervención de la Convención de los Derechos del Niño junto con los principios generales del Derecho penal en su manifestación de garantías penales o límites al *ius puniendi*[918], y, del mismo modo, mediante la propuesta de reinterpretar el interés del menor como derecho a la educación, desarrollo que iniciamos a continuación.

---

913 En este contexto, véase FREEDMAN, "Funciones…", *op. cit*. FREEDMAN se inspira en Miguel CILLERO BRUÑOL, del cual hay que destacar, acerca del concepto aquí estudiado –el interés superior del menor-, su importante trabajo "El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los Derechos del niño", y, también, su otro trabajo titulado "La responsabilidad penal del adolescente y el interés superior del menor".

914 *Loc. ult. cit.*

915 En este contexto, véase PAREDES CASTAÑÓN, *op. cit*., p. 183.

916 Véase PAREDES CASTAÑÓN, *op. cit*., p. 166.

917 Tal y como propone, BARTOLOMÉ CENZANO, *op. cit*., p. 53 y ss.

918 Un sector de la doctrina especializada en Derecho penal juvenil propone los siguientes principios básicos, en calidad de límites al principio del interés superior del menor (límites que, a la vez, pueden ser configuradores del fundamento jurídico del interés superior del menor), límites que debe observar el juzgador para concretar la pena

5.1. Con la intervención de la Convención de los Derechos del Niño.

A través del Art. 1.2 LORPM, la legislación penal de menores asume la doctrina internacional derivada de los tratados internacionales[919] como parte de su propio articulado, en cuanto a que las garantías y derechos regulados en tales tratados son de aplicación directa en la jurisdicción de menores.

Estamos ante recomendaciones o resoluciones, por lo general, de las Naciones Unidas –algunas de ellas sin valor vinculante[920], ni para el legislador ni para los poderes públicos, al no estar ratificadas por el Estado español ni, por tanto, formar parte del ordenamiento jurídico español-. A pesar de que algunas de tales resoluciones no tienen valor vinculante, son de gran utilidad, a efectos de interpretación de la legislación nacional[921] –de los derechos fundamentales establecidos en el Art. 24 CE-[922]. Entre las resoluciones mencionadas con carácter vinculante, podemos mencionar las *Reglas Mínimas de Naciones Unidas* (Beijing –o de Pekín-)[923] *para la administración de justicia de menores*[924]; también, las *Reglas de Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad* y, del mismo modo, las *Directrices de Naciones Unidas* (Directrices de Riad) *para la prevención de la delincuencia juvenil.*

Pues bien y en desarrollo de este subepígrafe, hemos de añadir que FREEDMAN[925] propone criterios para determinar la concepción normativa del interés superior del menor partiendo de la CDN[926]. Así, a partir de esta Convención, sugerimos interpretar dicho interés

---

juvenil a aplicar a un supuesto concreto y su duración: el principio de legalidad, el acusatorio, y el de adecuación a las circunstancias personales – interés del menor- y el de proporcionalidad, en este sentido, véase GONZÁLEZ PINEDO / REDONDO HERMIDA, "La Llei Orgànica 5/2000…", *op. cit*., p. 34. Sobre los principios inspiradores de la legislación penal de los menores, véase la Exposición de Motivos de la LORPM, apartado 3 y ss., también, MORA SÁNCHEZ, *op. cit*., p. 36 y ss.

919 En la misma línea, véase la Ley de Protección Jurídica del Menor, de 1996, Art. 3, además del art. 1.2 LORPM.

920 Acerca del carácter no vinculante de algunas de las resoluciones de las Naciones Unidas –y de otras organizaciones internacionales-, véase la STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5º, último párrafo; en la misma línea, véase la STC 114/2006, de 5 de abril, FJ 7º, STC citada por MORENILLA ALLARD, P., "Arts. 1, 2, 4, 6, 41, 42 y 61 a 64", en *Comentarios a la Ley penal del menor: conforme a las reformas introducidas por la LO 8/2006*. María del Carmen Gómez Rivero (coordinadora). Ed. Iustel. Madrid. 2007, p. 47; igualmente, véase DE LA CUESTA / BLANCO, *op. cit*., p. 12.

921 Sobre los tratados internacionales, en su condición de doctrina que inspira la acción de los poderes públicos, véase MARTÍN OSTOS, "Aspectos procesales…", *op. cit.,* p. 158 – 159.

922 Tal y como en este sentido afirmó el TC, en su famosa STC, 36/1991, 14 de febrero, FJ 6º.

923 Reglas adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985; véase la Regla 6ª.

924 En este contexto, véase la comentada STC 36/1991, de 14 de febrero, en su FJ 5º, párrafo 13º, que expresa que dichas Reglas Mínimas no vinculan al legislador.

925 Véase FREEDMAN, *"Funciones…", op. cit*., p. 4.

926 La *Convención sobre los Derechos del Niño* de las Naciones Unidas fue aprobada por su Asamblea General mediante Resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989 y su entrada en vigor fue el 2 de septiembre de 1990; España es parte firmante de esta CDN, convención asumida por el ordenamiento jurídico español mediante Instrumento de ratificación de 30 de noviembre de 1990, BOE de 31 de diciembre de 1990. Este tratado internacional sí tiene valor vinculante, como fuente formal del Derecho, al ser ratificado por el Estado español y,

del menor como un principio jurídico garantizador, tal y como así se posiciona, también, CILLERO BRUÑOL[927] junto con la doctrina internacional, a través del Comité de los Derechos del Niño de las NNUU[928].

La CDN ha sido reinterpretada, actualizada y desarrollada por el Comité de los Derechos del Niño de las NNUU, a través de varias Observaciones Generales. A continuación detallamos algunas de dichas Observaciones (que pueden servir para conseguir el objetivo de vincular el interés superior del menor al derecho a la educación): Observación General Nº 1 (2001), Anexo IX, *Propósitos de la educación*[929]; Observación General Nº 10 (2007), *Los derechos del niño en la justicia de menores*[930]; y Observación General Nº 14 (2013), *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.*

5.2. De los principios generales del Derecho penal.

Los principios penales en su condición de derechos y de límites. Todos los principios que configuran el Derecho penal pueden intervenir en mayor o menor medida en la jurisdicción de menores durante la primera fase de la vida de la pena (fase configurada por la "*conminación legal*"[931]); igualmente, durante el proceso[932]; y, de la misma manera, en la tercera fase -la de ejecución-[933].

A la hora de configurar el fundamento jurídico del interés superior del menor, planteamos enmarcar la intervención de los principios mencionados a través de la manifestación de derechos (tal y como ya hemos enunciado antes, en relación con la doctrina internacional[934]) y de límites al ejercicio de la facultad punitiva del Estado durante todas las

por tanto, formar parte del ordenamiento jurídico español; en este sentido, véase DE LA CUESTA / BLANCO, *op. cit.*, p. 10. Sobre los antecedentes (la Declaración de Ginebra de 1924, y la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959) y el proceso de elaboración de la CDN, véase RAVETLLAT BALLESTÉ, *Aproximación histórica…, op. cit.*, p. 63 y ss.

927 Véase CILLERO BRUÑOL, "El interés superior del niño…", *op. cit.*, p. 54.

928 Véase Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 14 (2013) sobre *El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*, apartado B. Garantías procesales para velar por la observancia del interés superior del niño, párrafo 85.

929 Véase Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 1 (2001), Anexo IX, *Propósitos de la educación*, 17 de abril de 2001, en relación con el Art. 29, párrafo 1 de la CDN.

930 Véase CDN, Comité de los Derechos del Niño de las NNUU, Observación general Nº 10 (2007), sobre *Los derechos del niño en la justicia de menores*, Apartado F, Párrafo 89.

931 Véase MIR PUIG, *Derecho penal. parte general, op. cit.*, p. 96.

932 *Loc. ult. cit.*

933 Véase MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General, op. cit.*, p. 97.

934 Véase la Observación General Nº 14 (2013) sobre *El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*, apartado B. Garantías procesales para velar por la observancia del interés superior del niño, párrafo 85.

fases mencionadas de la pena juvenil. En este sentido, se ha posicionado ALBRECHT[935], que propone limitar, según sus palabras, el "pensamiento educativo" [936] y a la vez, reforzar el Estado de Derecho.

A continuación, pasamos a mencionar algunos de los principios generales del Derecho penal, de donde nacen los derechos y garantías, y que van a servir de base para configurar el fundamento jurídico del interés del menor:

a) Principio de resocialización[937], en la línea de realizar un tratamiento educativo idóneo y con los medios profesionales y materiales (centros de internamiento con personal técnico y material suficiente y adecuado, etc.).

b) Principio de intervención mínima[938]. La normativa internacional[939], las recomendaciones del Consejo de Europa[940] y, por supuesto, la normativa interna (LORPM[941]), regulan y recomiendan que la respuesta penal sea la *ultima ratio*: cuando los hechos delictivos no revisten gravedad, ni violencia ni intimidación, junto con otros factores que demuestren que no es necesaria la respuesta penal, se hace necesario minimizar, igualmente, dicha respuesta penal todo lo que sea posible. Desde esta perspectiva, a los menores infractores se les debe expresar la reprobación social de su conducta delictiva por vías diferentes al proceso y a la sentencia de condena penal, siempre que sea factible[942].

c) Principio de necesidad de pena: aplicar la pena juvenil únicamente cuando sea

---

935 Véase ALBRECHT, *El Derecho…, op. cit.*, p. 11; también, ALTAVA LAVALL, "El interés del menor…", *op. cit.*, p. 377.

936 Sobre los principios en su condición de límites constitucionales a la prevención especial u orientación resocializadora de la pena juvenil (tipo de prevención que es la que nos ocupa en nuestro contexto de la justicia de menores), véase GARCÍA ARAN, *Los criterios…, op. cit.*, p. 186 y p. 226; y, en la doctrina especializada en Derecho penal juvenil, véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2001, *op. cit.* p. 93 y ss.

937 Acerca del principio de resocialización (o interés superior del menor) en la justicia de menores, véase PARÉS GALLÈS, *op. cit.*, p. 288 y ss; igualmente, HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal…, op. cit.*, p. 394. Acerca del principio de resocialización en el contexto de las penas juveniles privativas de libertad, y en virtud del Art. 55 LORPM, véase DE LA CUESTA / BLANCO, *op. cit.*, p. 119 y ss. Sobre la resocialización entendida desde las penas juveniles privativas de libertad, véase MORA SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 295 y ss.

938 ORNOSA propone los principios de oportunidad y de mínima intervención a la hora de disipar lo abstracto y lo subjetivo del concepto del interés superior del menor, en ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2007, *op. cit.,* p. 218.

939 La Convención de los Derechos del Niño de 1989, principalmente.

940 Recomendación Nº R (87) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, a los Estados miembros *sobre las reacciones sociales ante la delincuencia juvenil*, recomendación adoptada por el Comité de Ministros el 17 de septiembre de 1987; véase el apartado II. Desjudicialización.

941 En este contexto, véase el Apartado II.9 de la Exposición de Motivos, además de diversos artículos de dicha LORPM: Art. 27.4, Art. 32, Art. 36, Art. 40.

942 En este contexto, véase JIMÉNEZ - VILLAREJO, C., "La intervenció educativa en els joves delinqüents de 16 – 17 anys", ejemplar dedicado a "La intervenció educativa en l'àmbit judicial de 16 a 18 anys", Ed. CGPJ y Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Departament de Justícia – Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1994, pp. 131 - 140, p. 134 – 135; igualmente a favor de alternativas –no penales- en relación con el proceso de menores, se pronuncia la doctrina penal especializada en Derecho penal juvenil alemana; en este sentido, véase, por todos, ALBRECHT, *El Derecho…, op. cit.*, p. 96; también, la Convención de los Derechos del Niño, en su Art. 40.3.b).

necesario, de acuerdo con las exigencias de la prevención general (no será exigible sancionar una conducta delictiva cometida por un menor, si las necesidades generales o de la sociedad no lo requieren), y en el marco de la opción o finalidad político-criminal de la prevención especial[943], prioritariamente, tal y como señala SILVA SÁNCHEZ[944].

d) Principio de igualdad[945]. Este principio pretende vetar la criminalización de la pobreza[946] e igualmente, la desigualdad social; del mismo modo, aporta seguridad jurídica al concepto del interés superior del menor, a través de una jurisprudencia uniforme con la intervención del recurso de casación ex Art. 42 LORPM, entre otros instrumentos legales[947].

e) Principio de proporcionalidad, de legalidad, de seguridad jurídica y derecho a un proceso debido. Planteamos que formen parte del fundamento jurídico del interés del menor, a través de la propuesta siguiente que parte de la regulación de la LORPM: los supuestos de predeterminación legal de la pena juvenil[948], en concreto, las reglas de aplicación de las penas juveniles que establece la LORPM, en sus Arts. 9[949] y 10. Para limitar la discrecionalidad judicial al máximo, planteamos consolidar la vigencia de tales reglas; en estos dos artículos 9 y 10, se da cabida a los principios de legalidad, de seguridad jurídica y de proporcionalidad; estos principios limitan la indeterminación y la ambigüedad del interés superior del menor (y como consecuencia, la decisión judicial discrecional excesiva con riesgo de arbitrariedad) al establecer la pena juvenil grave a aplicar al menor autor de según qué delitos graves (y, también, la pena juvenil leve a imponer con ocasión de delitos leves, tal y como así se regula en el Art. 9.1 LORPM). Establecen la pena juvenil a aplicar ya desde un principio, en la LORPM, hecho que aporta seguridad jurídica.

---

943 Tal y como lo propone la doctrina en SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código Penal…, op. cit.,* p. 168 y ss y p. 181; también, BENÍTEZ ORTÚZAR, *op. cit*., p. 77.

944 Véase SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código Penal…, op. cit.,* p. 168 – 169.

945 Este principio no forma parte de los principios tradicionales del Derecho penal, en calidad de límite del *ius puniendi* (no obstante, MIR incluye la igualdad dentro del principio tradicional penal de culpabilidad, en MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, *op. cit*., p. 130.

946 Véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2001, *op. cit*., p. 191. Acerca del principio de igualdad, en la jurisdicción de menores, véase, también, BENÍTEZ ORTÚZAR, *op. cit*., p. 77.

947 En este contexto, véase CORDÓN MORENO, F., *Las garantías constitucionales del proceso penal.* Ed. Aranzadi, Pamplona. 1999, p. 89.

948 Sobre la regulación de la LORPM que establece una predeterminación legal de la pena juvenil, véase HERNÁNDEZ GALILEA, *op. cit*., p. 98 y ss.

949 Sobre las reglas establecidas en el Art. 9, véase SÁINZ – CANTERO CAPARRÓS, *op. cit*., p. 5160.

5.3. De la reinterpretación del interés del menor como derecho fundamental.

Describimos *la finalidad* a conseguir: el fundamento jurídico que hemos propuesto para el interés del menor ha de ser la base jurídica para reinterpretarlo como derecho fundamental.

Esta reinterpretación contiene *el objetivo* de que el interés del menor, como derecho fundamental, constituya un límite a la decisión judicial discrecional cuando es excesiva con riesgo de arbitrariedad, también a la indeterminación jurídica y, del mismo modo, al principio de flexibilidad. En otras palabras, el interés superior del menor, en su condición de derecho fundamental, puede ser una garantía penal más[950], como límite a la potestad punitiva del Estado en la justicia de menores, tal y como plantea PAREDES CASTAÑÓN[951].

Para conseguirlo, sugerimos seguir el proceso, el itinerario teórico o estrategias siguientes: en primer lugar, crear el fundamento jurídico del interés del menor a través de o con la aportación limitadora de los principios tradicionales del Derecho penal y de la CDN, fundamento ya propuesto anteriormente.

En segundo lugar, revisar, reinterpretar el actual concepto del interés superior del menor como un derecho fundamental, trabajo de revisión y reinterpretación que iniciamos a continuación y que materializamos en el Cap. VIII.

Según FREEDMAN[952] como también la mayoría de la doctrina especializada en Derecho penal juvenil[953], sostiene que el concepto del interés superior del menor engloba a todos los derechos del menor[954], tanto los fundamentales ex Arts. 15 a 29 CE como del mismo modo los no fundamentales: ayudas socioeconómicas, vivienda, etc. En el mismo sentido, CABEZAS SALMERÓN[955] señala que el interés superior del menor ha de ser identificado con la protección de sus derechos fundamentales. En la misma línea se posiciona CILLERO BRUÑOL[956]. ALTAVA LAVALL[957] coincide con los autores citados.

Estamos de acuerdo con lo afirmado por dichos autores, cuando expresan que el interés superior del menor está configurado por la suma de todos los derechos. No obstante, planteamos la objeción siguiente a dichas definiciones, que es la que apunta PAREDES

950 En este sentido, véase CRUZ MÁRQUEZ, *Educación…, op. cit.*, p. 24 y ss.
951 Véase PAREDES CASTAÑÓN, *op. cit.*, p. 161 y p. 164 y ss.
952 Véase FREEDMAN, "Funciones normativas…", *op. cit.*, apartado 2.
953 Véase, por todos, RAVETLLAT BALLESTÉ, "El interés superior…", *op. cit.*, p. 93.
954 En este contexto, véase el Art. 1.2 LORPM; también, RAVETLLAT BALLESTÉ, "El interés superior…", *op. cit.*, p. 93 y p. 96.
955 Véase CABEZAS SALMERÓN, *Reevaluación…, op. cit.,* p. 4.
956 Véase CILLERO BRUÑOL, "El interés superior del niño…", *op. cit.*, p. 60.
957 Véase ALTAVA LAVALL, "El interés del menor…", *op. cit.*, p. 359 y p. 361.

CASTAÑÓN: "*La objeción obvia a esta interpretación del principio es para qué sirve, en realidad, el mismo, si se trata tan sólo de reiterar, en el ámbito del Derecho penal juvenil, la vigencia de los derechos fundamentales.*"[958]

Continuamos con la consecución del objetivo antes fijado, proponiendo reconvertir el actual concepto del interés superior del menor en derecho fundamental, porque, tal reconversión:

- Facilitaría superar los déficits detectados en dicho concepto del interés del menor, a lo largo del presente trabajo, como la indeterminación jurídica, con la consiguiente discrecionalidad judicial excesiva, riesgo de arbitrariedad y, por tanto, elevado grado de inseguridad jurídica que pueden contener las decisiones judiciales discrecionales -también, las decisiones del ministerio fiscal- basadas en dicho interés del menor.

- Colaboraría a aclarar que, cuando hablamos de tal principio, nos estamos refiriendo a un derecho fundamental en concreto, al derecho fundamental a la educación, únicamente, tal y como argumentamos en la parte cuarta de esta tesis (no nos estamos refiriendo a todos los derechos y garantías constitucionales, como suele afirmar la doctrina especializada en Derecho penal juvenil, por ejemplo FREEDMAN[959] o SALA DONADO[960]). Desde esta perspectiva, sostenemos que el interés superior del menor es, además de la satisfacción de todos los derechos fundamentales, en concreto y sobre todo el derecho a la educación –en el contexto de la justicia juvenil-. Este derecho será de aplicación directa en la práctica cotidiana en los juzgados y fiscalías de menores, igual –con el mismo rango o prioridad- que el resto de derechos y garantías penales establecidas en la jurisdicción de menores, a través del Art. 1.2 LORPM.

- Aportaría un mayor nivel de protección penal al menor infractor, a través del recurso de amparo[961]; el derecho a la educación puede ser exigido individualmente (ante los tribunales[962] y, finalmente, ante el TC, a través del recurso de amparo[963]); pero, lo relevante es

---

958 Véase PAREDES CASTAÑÓN, *op. cit*., p. 168, nota a pie de página Nº 34.
959 Véase FREEDMAN, "Funciones normativas…", *op. cit.*
960 Véase SALA DONADO, *op. cit*., p. 36.
961 Para recurrir ante el TC, mediante el recurso de amparo, véase DEMETRIO CRESPO, E. / SANZ HERMIDA, A. M., *"*Sobre los requisitos para recurrir en amparo ante el TC las sentencias dictadas en el proceso penal del menor*",* en *Revista General de Derecho Penal*, Ed. Iustel. Nº 12, noviembre, Madrid. 2009, pp. 1 – 5. Sobre la protección judicial de los derechos fundamentales y su doble vía de protección (por un lado, los órganos judiciales y, por otro lado, el TC a través del recurso de amparo), véase CORDÓN MORENO, *op. cit*., p. 197 y ss.
962 Véase la Observación General Nº 14 (2013) *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial,* Apartado I. A. Introducción, punto 6, p. 4.
963 En este sentido, véase GARCÍA MACHO, "Los derechos…", *op. cit.,* p. 83. Respecto a la perspectiva de exigir el derecho fundamental a la educación directamente y ante los tribunales y a nivel individual, véase FERNÁNDEZ – MIRANDA / SÁNCHEZ NAVARRO, *op. cit.,* pp. 168 y 169.

que todos los derechos fundamentales –el de educación por supuesto- son de obligado cumplimiento para todos los poderes públicos[964].

Hemos de añadir que el derecho al interés superior del menor no es recurrible en amparo, actualmente, debido a que el TC no es competente "… *para conocer acerca de las decisiones en las que deba acudirse a principios indeterminados.*"[965], como es el del interés superior del menor; por ello y, según el TC, *"… la determinación de cuál sea ese interés superior del menor en el caso concreto es un asunto ajeno a esta jurisdicción de amparo, por corresponder su determinación a los órganos judiciales y no a este Tribunal Constitucional, que únicamente podrá comprobar si en la motivación de las resoluciones judiciales se tuvo en cuenta fundadamente dicho interés, y si no se ha incurrido en la lesión de algún derecho fundamental en los términos indicados.*"[966]

En efecto y ante la imposibilidad de recurrir en amparo la vulneración del interés superior del menor, también y con el mismo propósito (lograr una mayor protección constitucional) que ARROYO ZAPATERO[967] propuso la inclusión del derecho al "*non bis in ídem*" en el Art. 25.1 CE, proponemos ahora la inclusión del concepto del interés superior del menor en la categoría de derecho fundamental (en concreto, en el Art. 27.1 CE junto con el Art. 25.2 CE, tal y como argumentamos en el Cap. VIII), y, en este sentido, se puede articular su protección efectiva por la mencionada vía del recurso de amparo, en caso de vulneración del ahora comentado derecho fundamental a la educación.

964 En este contexto, véase la STC, Pleno, 11.4.1985, FJ 4º, párrafo último, recurso previo de inconstitucionalidad, (MP: Excma. Sra. Dña. Gloria BEGUÉ CANTÓN y Excmo. Sr. D. Rafael GÓMEZ – FERRER MORANT).

965 Véase RAVETLLAT BALLESTÉ, "El interés superior…", *op. cit.*, p. 99.

966 Véase ATC, S. 1ª, 1.2.2001, FJ 5º, (Magistrados Excmos. Pedro CRUZ VILLALÓN, Pablo GARCÍA MANZANO y Fernando GARRIDO FALLA).

967 Véase ARROYO ZAPATERO, *op. cit.*, p. 19 - 20.

CAPÍTULO III

ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR

1. El interés superior del menor y su relación con la Constitución.

Este capítulo junto con el VIII lo destinamos a la profundización del interés superior del menor –de las disposiciones legales que regulan tal interés del menor[723]- y su relación problemática con la legalidad penal y la seguridad jurídica.

El problema principal se expresa a través de los aspectos siguientes:

a) como más relevante, la indeterminación jurídica del interés superior del menor,
b) la prioridad del interés del menor,
c) el principio de flexibilidad en la adopción y en la ejecución de las penas juveniles,
d) y la tensión jurídica como consecuencia de una posible colisión de derechos, entre la seguridad jurídica y el interés del menor.

Para dar respuesta a estos problemas, detallamos la finalidad y objetivos siguientes:

La finalidad es hacer compatible el principio del interés superior del menor (el articulado que representa a la vez que regula tal principio) con la Constitución, a través de una nueva regulación o redefinición del mencionado principio. Para ello, nos proponemos alcanzar los *objetivos* siguientes:

---

[723] Sobre la normativa reguladora del interés superior del menor, véase BARTOLOMÉ CENZANO, J. C., "Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el Derecho positivo español"; en *Revista Sobre la Infancia y la Adolescencia*, septiembre, Nº 3, Ed. Reinad - Universidad Politécnica de Valencia. 2012, pp. 46 – 59, p. 50 y ss. ALTAVA LAVALL, M. G., "Concepto y reconocimiento del interés superior del menor en la legislación española", en *Estudios sobre la responsabilidad penal del menor*. M. L. Cuerda Arnau / J. L. González Cussac (coordinadores). Ed. Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 2006, pp. 26 – 54, p. 50. También, MADRIGAL MARTÍNEZ – PEREDA, C., "La protección de derechos fundamentales concretos de personas menores de edad.", Ed. Fiscalía General del Estado. Localizable en www.fiscal.es Apartado "Documentos", "Ponencias formación continuada", "Seminario especialización en menores: protección y reforma"; 5 junio 2013, Madrid, pp. 1 – 104, p. 26 y ss.
El interés superior del menor se podría encuadrar en el Art. 39.4 CE; véase la STC, Pleno, 20.9.2012, Voto Particular de la Excma. Sra. Dña. Adela ASUA BATARRITA, apartado 3, (MP: Excmo. Sr. D. Luis Ignacio ORTEGA ÁLVAREZ). También, véase la STS, S. 1ª, Pleno, 6.2.2014, FJ 5º, punto 2, (MP: Excmo. Sr. D. Rafael SARAZÁ JIMENA).

Primero. Exponer argumentos que demuestran la ineficiencia del actual concepto del interés del menor, en el sentido de que, en virtud de tal interés del menor, se relativizan o modulan los principios garantizadores del Derecho penal. En este contexto, estudiamos las ventajas y los inconvenientes de la modulación de los principios garantizadores del Derecho penal y, también, el uso –inapropiado- que se hace de tal interés del menor.

Segundo. Revisar el concepto del interés superior del menor, en la dirección de considerarlo como un derecho fundamental a la educación ex Art. 27.1 CE en relación con el Art. 25.2 CE[724] (esta revisión la realizamos en el Cap. VIII, pero, aquí, avanzamos la concepción del interés superior del menor que deseamos compartir a la vez que proponer, en la dirección de reinterpretarlo como derecho a la educación). Desde esta perspectiva y a continuación, vamos a realizar una breve reseña de algunas definiciones del interés del menor, que consideramos adecuadas, en la línea de que se pueda diseñar un concepto nuevo –como derecho fundamental- más respetuoso o más adaptable a las garantías penales, a la Constitución:

- Principio rector[725], principio general[726] y a la vez, específico del Derecho penal juvenil. En este sentido, el TC[727] define el interés superior del menor –en el ámbito civil-.

[724] Sobre la consideración de la reinserción social como principio inspirador de las penas privativas de libertad (y no como derecho fundamental –no recurrible en amparo, por tanto-), véase el ATC 486/1985, de 10 de julio; la STC, S. 1ª, 22.4.1997 (MP: Excmo. Sr. D. Vicente GIMENO SENDRA); también, la STC, S. 2ª, 13.1.1997, (MP: Excmo. Sr. D. Julio Diego GONZÁLEZ CAMPOS); igualmente, la STC, S. 2ª, 21.11.2005, FJ 2º, (MP: Excmo. Sr. D. Eugeni GAY MONTALVO); también, la STC, Pleno, 20.9.2012, FJ 3º, apartado a), (MP: Excmo. Sr. D. Luis Ignacio ORTEGA ÁLVAREZ).
Un sector de la jurisprudencia se posiciona acerca del debate de si la reinserción social establecida en el Art. 25.2 CE es derecho fundamental o no: el Excmo. Sr. D. Andrés MARTÍNEZ ARRIETA, magistrado de la Sala 2ª del TS opina que el derecho a la reinserción social del Art. 25.2 CE sí es un derecho fundamental, véase MARTÍNEZ ARRIETA, A., "Facultades judiciales en la individualización de la pena y en la reinserción del condenado.", ponencia presenta en las XXXII Jornadas de la Abogacía General del Estado, sobre "El nuevo Código penal", celebradas en Madrid, 17 y 18 de noviembre de 2010, p. 5. Un sector de la doctrina (sobre este sector, véase CANO PAÑOS, *El futuro…, op. cit.*, p. 203) opina que la reinserción social sí es derecho fundamental ubicado en el Art. 25.2 CE.
Acerca del Art. 25.2 CE en su condición como derecho fundamental, véase CID MOLINÉ, J., "Derecho a la reinserción social: consideraciones a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional en materia de permisos.", en *Jueces para la democracia*, Nº 32, 1998, pp. 36 – 49; ZAPICO BARBEITO, M., "¿Un derecho fundamental a la reinserción social? Reflexiones acerca del artículo 25.2 de la CE", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2009, pp. 919 – 944; URÍAS MARTÍNEZ, J., "El valor constitucional del mandato de resocialización", en *Revista española de derecho constitucional*, Año Nº 21, Nº 63, 2001, pp. 43-78.

[725] En este contexto, véase CANO PAÑOS, "¿Supresión…", *op. cit.*, p. 17 y ss, en concreto el epígrafe "Especial referencia al denominado 'interés superior del menor' como criterio rector de la legislación penal de menores."

[726] En este sentido, véase RAVETLLAT BALLESTÉ, "El interés superior…", *op. cit.*, p. 93.

[727] Véase el ATC, S. 2ª, 13.2.2009, FJ 3º, (MP: Excmos. Sres. D. Jorge RODRÍGUEZ – ZAPATA y D. Pablo PÉREZ TREMPS).

CILLERO BRUÑOL[728] opina, igual que el TC, que este interés es un principio rector en la línea de directriz política.

- De principio rector a criterio hermenéutico de toda la legislación penal de menores. Colabora la doctrina[729], el Comité de los Derechos del Niño, la jurisprudencia[730] y el legislador[731] en esta concepción como "… *principio de interpretación de la ley.*"[732] En este marco, tal interés del menor es un elemento, criterio o canon de interpretación -pero, desde la Constitución[733]-, tal y como añaden ALTAVA LAVALL[734], CILLERO BRUÑOL[735] y DE LA ROSA CORTINA[736]. El Comité de los Derechos del Niño de las NNUU[737] propone del mismo modo, su significado como principio de interpretación de la legislación penal de menores. La jurisprudencia[738] considera igualmente, que tiene la finalidad de interpretar la legislación penal de menores.

- Como principio configurador e inspirador, se posicionan CRUZ MÁRQUEZ[739] y el Tribunal Supremo[740].

- Principio jurídico garantizador. El interés superior del menor es algo más que un principio inspirador o hermenéutico; es sobre todo, un principio jurídico garantizador[741]. Así se posiciona la doctrina[742] junto con la normativa internacional, representada por la CDN, y a

---

728 Véase CILLERO BRUÑOL, M., "El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los derechos del niño", publicado en la Revista *UNICEF*. Ejemplar dedicado a "Justicia y Derechos del Niño", Nº 1, 1999, Madrid, pp. 45 – 63, p. 61.

729 Sobre la "Delimitación doctrinal del concepto", (epígrafe utilizado por el autor), véase RAVETLLAT BALLESTÉ, "El interés superior…", *op. cit.*, p. 93.

730 Sobre la noción jurisprudencial del concepto del interés superior del menor, véase RAVETLLAT BALLESTÉ, "El interés superior…", *op. cit.*, p. 92 y ss., y p. 97 y ss.

731 En este sentido, véase la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, Exposición de motivos, apartado II, párrafo 1º.

732 Véase RAVETLLAT BALLESTÉ, "El interés superior…", *op. cit.*, p. 94.

733 Tal y como propone BARTOLOMÉ CENZANO, *op. cit.*, p. 53 y ss, bajo el epígrafe: "La necesidad de una interpretación desde la propia Constitución"; también, y basando dicha función del concepto del interés superior del menor como criterio de interpretación, partiendo de la CDN de 1989, véase, COSTANZA SARDEGNA, P., "El interés superior del niño trabajador y la protección efectiva de sus derechos en Argentina", en *Cognitio Juris*, Vol. 2, Nº 4, 2012, pp. 68 – 79, p. 74.

734 Véase ALTAVA LAVALL, "El interés del menor…", *op. cit.*, p. 368 – 369 y p. 371; véase, también, BARTOLOMÉ CENZANO, *op. cit.*, p. 50.

735 Véase CILLERO BRUÑOL, "El interés superior del niño…", *op. cit.*, p. 61.

736 Véase DE LA ROSA CORTINA, "Los principios…", *op. cit.*, p. 24.

737 Véase la Observación General Nº 14 (2013) *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial,* Apartado I. A. Introducción, punto 6, p. 4.

738 Véase la STS, S. 1ª, Pleno, 6.2.2014, FJ 5º, apartado 6, párrafo 2º, (MP: Excmo. Sr. D. Rafael SARAZÁ JIMENA).

739 Véase CRUZ MÁRQUEZ, *Educación…, op. cit.*, p. 23; en este sentido, véase, también, CANO PAÑOS, "¿Supresión…", *op. cit.*, p. 16.

740 Véase STS, S. 1ª, 19.9.1996, FJ 2º, párrafo 4º, (MP: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernando – CID DE TEMES).

741 Acerca del concepto del interés superior del menor, como criterio o significado garantizador, véase BARTOLOMÉ CENZANO, *op. cit.*, p. 50; también, COSTANZA SARDEGNA, *op. cit.*, p. 72 y ss.

742 Véase FREEDMAN, D., "Funciones normativas del interés superior del niño", en *Jura Gentium. Revista de filosofía del Derecho internacional y de la política*, Vol. I, Nº 1, año 2005, p. 1, apartado 2; en un sentido idéntico, véase FERRAJOLI, L., "Derechos fundamentales", en *Los fundamentos de los derechos fundamentales. Luigi Ferrajoli.* Edición

través del Comité de los Derechos del Niño, en la que se establece que la finalidad del concepto del interés superior del menor es posibilitar el ejercicio de los derechos procesales – penales[743] expresados en la CDN[744].

- Estándar jurídico. En este marco se posicionan ESCORIHUELA GALLÉN y RIVERO HERNÁNDEZ, bajo los siguientes términos: "*Se puede entender que el interés del menor se conceptualiza como un estándar jurídico: un modelo de conducta o actuación jurídico–social que se adecúa a lo que demanda la conciencia social de acuerdo con unos principios y sensibilidad sociales*."[745]

- Norma de orden público. En este sentido y en el contexto del Derecho de familia, ha sido definido por el Tribunal Constitucional[746].

- Derechos fundamentales – garantías propias del Derecho penal y del procesal penal. El interés superior del menor es la satisfacción de todos los derechos constitucionales, los fundamentales[747] y las garantías penales, principalmente. Desde esta perspectiva se pronuncia FREEDMAN[748] y el Comité de los Derechos del Niño de las NNUU[749].

1.1. El interés superior del menor y su indeterminación jurídica.

A continuación, abordamos el primero de los problemas enunciados antes: el interés superior del menor y su indeterminación jurídica.

Tal indeterminación ya formaba parte de la cultura jurídica en la jurisdicción de menores a principios del S. XX[750], tal y como se desprende de la afirmación siguiente, pronunciada en el Primer Congreso Internacional de Tribunales de Menores, celebrado en París el 29 de junio de 1911: "*La libertad vigilada debe estar revestida de las características de una*

---

de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Ed. Trotta, Madrid. 2001, pp. 19 – 56, p. 45; ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores…,* 2001, *op. cit*., pp. 93 – 94; y, también, SALA DONADO, *op. cit*., p. 38.

743 Sobre los derechos procesales – penales que se derivan de la CDN, véase la Observación General Nº 10 (2007), sobre *Los derechos del niño en la justicia de menores*, apartado D. Garantías de un juicio imparcial, párrafos 40 – 67, p. 13.

744 Véase Comité de los Derechos del Niño, Observación general Nº 14 (2013) sobre *el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*, Apartado I. A. Introducción, punto 4. La definición que dicho Comité realiza acerca del interés superior del menor se detalla de una manera más amplia en la mencionada Observación general Nº 14, en el apartado IV, punto 3, subapartado 32, "El interés superior del niño."

745 Véase ESCORIHUELA GALLÉN, *op. cit*., apartado II, párrafo 8º, haciendo referencia a la definición que propone RIVERO HERNÁNDEZ.

746 En este sentido, véase el ATC, S. 1ª, 1.2.2001, (MP: Excmos. Pedro CRUZ VILLALÓN, Pablo GARCÍA MANZANO, y Fernando GARRIDO FALLA).

747 En este contexto, véase el Art. 1.2 LORPM; también, RAVETLLAT BALLESTÉ, "El interés superior…", *op. cit*., p. 93 y p. 96.

748 Véase FREEDMAN, "Funciones…", *op. cit*., p. 4.

749 Véase Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 14 (2013), *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial,* Apartado I. A. Introducción, punto 6, p. 4.

750 En este sentido, véase GIMÉNEZ – SALINAS, *Delincuencia…, op. cit*., p. 77.

sentencia indeterminada. Un término fijo constituye una protección temporaria. Una sentencia indeterminada convierte a la protección en algo de carácter permanente."[751]

Nos planteamos un dilema –que nos servirá para reforzar nuestros argumentos y que, a la vez, resolveremos a lo largo de este epígrafe-. Este dilema gira alrededor de si podemos tolerar la indeterminación, en el sentido de si aceptamos las leyes penales y penas juveniles indeterminadas, de contenido abstracto, que, en principio, ayudan a la reinserción social del menor infractor, al dispensar un elevado grado de decisión judicial discrecional (por ejemplo, la regla de conducta –que puede acompañar a la libertad vigilada- regulada en el Art. 7.1.h) 7ª: "*Cualesquiera otras obligaciones que el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, estime convenientes para la reinserción social del sentenciado.*"), o también, las cláusulas generales que pueden ir en detrimento de las garantías penales[752]. Desde esta perspectiva nos preguntamos hasta qué punto o hasta qué niveles de indeterminación[753] podemos llegar o permitir. Desde esta perspectiva, hemos de indagar sobre el arbitrio judicial en el momento procesal de individualización judicial de la pena juvenil. En este contexto, MIR PUIG sugiere el interrogante siguiente: *"¿Qué margen o hasta qué nivel de arbitrio judicial se puede ser compatible con el principio de legalidad?*"[754]

A continuación, describimos *el problema* de la indeterminación jurídica que contiene el principio del interés superior del menor: tal indeterminación conlleva implicaciones jurídicas graves, en el sentido de que pueden potenciar la discrecionalidad judicial elevada y, como consecuencia, la arbitrariedad judicial.

Para solucionar el problema detallado, pretendemos conseguir *la finalidad* siguiente: sugerir una serie de mejoras dirigidas a la minimización o eliminación de tal indeterminación jurídica. Esta finalidad se inicia aquí y se materializa en el Cap. VIII.

---

751 Frase que manifestó la delegada belga Carton de Wiart. Véase KLEINE, M. M. "*Tribunaux pour Enfants, 1er. Congrès International*". Actas del Primer Congreso Internacional de Tribunales de Menores. Edición a cargo de M. Kleine, *imprimmerie typographfique*, A. Davy, París, 1912.

752 En este sentido, véase MORALES PRATS, *op. cit.*, p. 38.

753 Esta preocupación ya la planteó ROXIN y encontró algunas alternativas en los principios de la interpretación, en este sentido véase ROXIN, *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 172.

754 Esta pregunta ya se la formulaba la doctrina penal en el año 1976, véase esta pregunta y la respuesta en MIR PUIG, *Introducción…, op. cit.*, p. 147 y ss.

1.1.1. Causas y consecuencias de la problemática.

Iniciamos la consecución de la finalidad mencionada profundizando en la relación conflictiva entre la taxatividad necesaria y la, también necesaria, indeterminación en la justicia de menores. Para profundizar, enunciamos las causas y consecuencias del problema descrito.

Causas: en primer lugar, el concepto del interés superior del menor carece de significado, porque, no está definido en ninguna ley penal: ni en la LORPM[755], ni en ninguna otra ley de adultos o de menores[756]; tampoco, en la Ley Orgánica 1/1996, *de protección jurídica del menor*[757] –ley a la que se hace referencia en el Art. 1.2 LORPM-; (tampoco en el resto de ordenamientos jurídicos[758], de una manera mínima o suficiente). En todo caso, la LORPM realiza definiciones y afirmaciones abstractas o inconcretas como la siguiente: *"... sobre la base de valorar especialmente el interés del menor.*"[759] Como que está carente de significado, ostenta la condición de concepto jurídico indeterminado[760] o cláusula general[761], siendo además complejo[762], ambiguo[763], relativo, y por tanto vacío de contenido jurídico[764], "… *vacío de contenido propio*."[765], tal y como se posiciona la jurisprudencia[766] y la doctrina especializada en Derecho penal juvenil[767].

En segundo lugar, la indeterminación es necesaria, tanto en menores como en adultos, pues según ROXIN, "… *los términos empleados por el legislador admiten varias*

755 En este sentido, véase ESCORIHUELA GALLÉN, *op. cit.*, apartado II, párrafo 9º.
756 Véase CABEZAS SALMERÓN, J., *Reevaluación crítica del concepto de responsabilidad penal del menor. Posicionamientos sociales*, http://new.pensamientopenal.com.ar/16022009/ospdh.pdf 2008 pp. 1 – 23, p. 4.
757 En este sentido, véase la STS, S. 1ª, 19.7.2013, FJ 2º, párrafo 4º, (MP: Excmo. Sr. D. José Antonio SEIJAS QUINTANA).
758 En este sentido, véase ESCORIHUELA GALLÉN, *op. cit.*, apartado II, párrafo 14º.
759 Véase la LORPM, Exposición de Motivos, apartado 2º.
760 En relación con la naturaleza jurídica del concepto del interés superior del menor, naturaleza que es calificada de concepto jurídico indeterminado, véase RAVETLLAT BALLESTÉ, "El interés superior…", *op. cit.*, p. 92. ALTAVA LAVALL, "El interés…", *op. cit.*, p. 361 y p. 366; ALTAVA LAVALL, "Concepto…", *op. cit.*, p. 44; ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2007, *op. cit.*, p. 77 y p. 218; VARGAS CABRERA, "Enumeración...", *op. cit.*, p. 180; HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal…, op. cit.*, p. 253; DE LA CUESTA ARZAMENDI / BLANCO CORDERO, *op. cit.*, p. 56; BARTOLOMÉ CENZANO, *op. cit.*, p. 51 y ss., ÓSCAR VILLAMAYOR, *op. cit.*, p. 264; ESCORIHUELA GALLÉN, *op. cit.*, apartado II, párrafo 9º.
761 Véase RAVETLLAT BALLESTÉ, "El interés superior…", *op. cit.*, p. 92.
762 Véase Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 14 (2013) sobre *El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.*
763 Tal y como señala DE LA CUESTA ARZAMENDI, "El abandono…", *op. cit.*, p. 132 y ss; DE LA CUESTA ARZAMENDI, "El nuevo Derecho…", *op. cit.*, p. 1; COLÁS TURÉGANO, *op. cit.*, p. 86; también, ALTAVA LAVALL, "El interés…", *op. cit.*, p. 373.
764 Sobre dicho vacío en la conceptualización del concepto del interés superior del menor, véase el trabajo de COSTANZA SARDEGNA, *op. cit.*, p. 77 y ss.
765 Véase PAREDES CASTAÑÓN, *op. cit.*, p. 156.
766 Véase la STS, S. 1ª, Pleno, 6.2.2014, FJ 5º, punto 3, (MP: Excmo. Sr. D. Rafael SARAZÁ JIMENA).
767 Véase ORTEGA GUERRERO, *op. cit.*, p. 89; también, BARTOLOMÉ CENZANO, *op. cit.*, p. 46.

interpretaciones."[768] No obstante, el propio ROXIN[769] añade que el riesgo principal de la legalidad son las leyes penales que son indeterminadas.

En tercer lugar, renunciamos a parte de la seguridad jurídica –que aporta la taxatividad penal- en el sistema penal de menores para conseguir una mayor eficiencia –que aporta o permite la indeterminación jurídica que se contiene en el principio del interés superior del menor-. Esto puede ser debido a que, no siempre es mejor la taxatividad (la legalidad, la seguridad jurídica) que la indeterminación jurídica (que se contiene en el interés del menor).

En cuarto lugar, una posible respuesta o, como mínimo, justificación a la pregunta antes descrita de MIR PUIG (*"¿Qué margen o hasta qué nivel de arbitrio judicial…"*[770]) la encontraríamos en la evolución histórico – jurídica de la jurisdicción de menores, donde la ideología positivista y la correccionalista ha jugado un papel decisivo hasta hace bien poco. No olvidemos que la Ley de TTM de 1948 estuvo vigente hasta el año 2000[771], hasta varios años más tarde de promulgada la CE de 1978. El modelo tutelar, a través del positivismo y del correccionalismo, ha jugado un papel decisivo –ya secundario, afortunadamente- en el articulado de la LORPM y de su reglamento, a través del actual concepto del interés superior del menor.

En quinto lugar, la causa principal del problema es la interpretación[772] y aplicación que se hace de dicho principio del interés del menor, debido a que "… *no encontramos un criterio único de interpretación*."[773]; tal y como sucedía ante el conflicto que existía en el ya derogado Art. 15 LTTM, y que consistía en la diferente interpretación, aplicación o utilización que, de dicho Art. 15, realizaban los juzgados de menores[774].

Consecuencias. La indeterminación jurídica puede comportar tensiones con la legalidad penal y con la seguridad jurídica, que se manifiestan de la manera siguiente:

Primera. La vaguedad y ambigüedad del concepto (del de "educación", según ALBRECHT[775], que es equiparable al del interés superior del menor) comporta disconformidades con el planteamiento de justicia.

Segunda. El interés del menor conlleva el peligro de hacernos caer en estereotipos

---

768 La indeterminación de las leyes penales y de las penas es necesaria, tal y como se posiciona ROXIN, *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 170.
769 Véase *loc. ult. cit.*
770 Véase MIR PUIG, *Introducción…, op. cit.*, p. 147 y ss.
771 Hasta el año 2000, según la Disposición final quinta. Cláusula derogatoria de la LORPM.
772 "Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el Derecho positivo español" (título del artículo, que trata el concepto del interés superior del menor desde la óptica del Derecho civil, principalmente, pero, aportando elementos de reflexión que se pueden aplicar en el ordenamiento jurídico -penal), véase BARTOLOMÉ CENZANO, *op. cit.*
773 Véase ESCORIHUELA GALLÉN, *op. cit.*, apartado III, párrafo 1º.
774 Este problema fue recogido por el TC, en su famosa STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5º.
775 Véase ALBRECHT, *El Derecho penal…, op. cit.*, p. 95.

sociales que pueden producir actuaciones incorrectas desde el ámbito educativo y jurídico, tal y como añaden ORTEGA GUERRERO[776] y FERNÁNDEZ BARRERA[777].

Tercera: a) Creencias individuales que conllevan falta de rigor. La aplicación del articulado que ejemplifica el interés del menor se ejercita mediante creencias individuales[778]; por ello, los criterios que se utilizan para darle contenido, significado y aplicación en los juzgados y fiscalías de menores pueden ser inapropiados[779], equívocos, en el sentido de que el principio del interés superior del menor puede no proteger dicho interés, sino otros ajenos a la reeducación, reinserción o interés del menor, como plantea GARCÍA PÉREZ: "*En el Derecho penal de menores, como en el de los adultos, las medidas no se imponen en interés de los menores, sino de la sociedad.*"[780] Además y en virtud de las creencias individuales mencionadas, el interés del menor contiene funciones o finalidades de carácter ideológico o moral[781], y los operadores jurídicos no suelen actuar aséptica o neutralmente, sino más bien mediante criterios basados en las convicciones propias: en la ideología personal que a la vez, se basa en la experiencia vital[782]. En coherencia con lo dicho, la indeterminación del interés del menor permite valoraciones dispares o distorsiones valorativas –al contener elementos de concreción difícil[783]-. A su vez, estas distorsiones suscitan que dicho interés del menor no sea factible o sea incompatible con algunas de las garantías penales recogidas en la Constitución (con la legalidad penal y la seguridad jurídica). b) Por todo ello, estamos ante la perspectiva de que el concepto del interés del menor sea aplicado, según PAREDES CASTAÑÓN, "… *sin rigor alguno.*"[784], y, como consecuencia, el concepto del interés del menor es ineficaz o inútil[785].

En resumen, el concepto jurídico indeterminado que se contiene en el principio del interés del menor comporta riesgos[786], como es la inseguridad jurídica, que conlleva a la arbitrariedad judicial[787] y al abuso en la aplicación del Derecho[788].

---

776 Véase ORTEGA GUERRERO, *op. cit.*, p. 91.
777 Véase FERNÁNDEZ BARRERA, *op. cit.,* apartado I.4, párrafo 3º.
778 Véase ORTEGA GUERRERO, *op. cit.*, p. 89.
779 Inapropiados, tal y como comenta RAVETLLAT BALLESTÉ, "El interés superior…", *op. cit.*, p. 91; FERNÁNDEZ CASADO, *op. cit.*, p. 248; también, véase VENTAS SASTRE, *La minoría*…, 2003, *op. cit.*, p. 232, nota a pie de página Nº 1068; véase, también, DE LA CUESTA ARZAMENDI / BLANCO CORDERO, *op. cit.*, p. 55.
780 Véase GARCÍA PÉREZ, O., "La evolución…", p. 10; sobre la idea de que las penas juveniles se imponen en interés de la sociedad, véase, también, GONZÁLEZ CUSSAC / CUERDA ARNAU, *op. cit.*, p. 106.
781 *Loc. ult. cit.*
782 Véase RAVETLLAT BALLESTÉ, "El interés superior…", *op. cit.*, p. 91.
783 En este contexto, véase SÁINZ - CANTERO CAPARRÓS, *op. cit.*, p. 5158.
784 Véase PAREDES CASTAÑÓN, *op. cit.*, p. 156.
785 En este sentido, véase PAREDES CASTAÑÓN, *op. cit.*, p. 164.
786 Sobre los riesgos derivados de la indeterminación jurídica del concepto del interés superior del menor, véase ORTEGA GUERRERO, *op. cit.*, p. 87 y ss, principalmente la p. 91; véase, también, PAREDES CASTAÑÓN, *op. cit.*, p. 156.
787 Véase COSTANZA SARDEGNA, *op. cit.*, p. 72; también, BARTOLOMÉ CENZANO, *op. cit.*, p. 50.

De las consecuencias anteriores, podemos *concluir*: el interés del menor –en concreto el articulado que lo representa-, en su condición de concepto jurídico indeterminado, no reúne los requisitos establecidos por el TC[789] (el principal es que su concreción no se puede realizar en base a criterios de experiencia, de técnica o de lógica) para ser adaptable a la legalidad penal y la seguridad jurídica.

1.1.2. Propuestas de mejora.

A continuación apuntamos algunas *sugerencias* para superar las implicaciones negativas, los peligros y riesgos derivados de la indeterminación jurídica descritos en la conclusión anterior.

En primer lugar, consideramos del todo necesario limitar al máximo la indeterminación que se contiene en el concepto del interés superior del menor, a través de la taxatividad (también, de la proporcionalidad y del proceso debido); en concreto, en aquellas situaciones –que estudiaremos en la tercera parte: el incumplimiento de la pena juvenil no privativa de libertad- donde surgen las incidencias durante la ejecución de las penas juveniles.

En segundo lugar, proponemos un fundamento jurídico para que el citado interés del menor sea compatible con la Constitución. Esta propuesta es ampliada en el epígrafe 5 que, por la importancia de esta propuesta para esta tesis, hemos decidido dedicarle todo un epígrafe; aquí, describimos únicamente el contenido del sistema anglosajón, que nos será de utilidad para la creación de un fundamento jurídico para el interés superior del menor. Para ello, vamos a comentar la manera de definir o interpretar el mencionado interés del menor en la Unión Europea, porque, consideramos que dicha manera contribuirá a encontrar soluciones a la problemática planteada (la indeterminación jurídica). Así, ORTEGA GUERRERO[790] detalla los diferentes modelos de ordenamientos jurídicos existentes en Europa y su manera de regular el interés superior del menor que, aunque corresponden al ámbito civil y al administrativo, pueden servir de guía igualmente en nuestro ámbito penal de menores. Desde esta perspectiva, la regulación del interés superior del menor se puede clasificar en dos grandes bloques: a) el sistema continental y b) el sistema anglosajón[791].

---

[788] En este sentido, véase RAVETLLAT BALLESTÉ, "El interés superior…", *op. cit.*, p. 91.

[789] Sobre estos criterios, véase la STC, S. 1ª, 21.12.1989, FJ 5º, (MP: Excmo. Sr. D. Fernando GARCÍA – MON y GONZÁLEZ – REGUERAL).

[790] Véase ORTEGA GUERRERO, *op. cit.*, p. 89.

[791] Acerca del concepto del interés superior del menor en el Derecho anglosajón, en el inglés y en el de los Estados Unidos de América, véase VILAGRASA ALCAIDE, C., "El interés superior del menor", en *Derecho de la persona*. Isaac Ravetllat Ballesté (coordinador). Ed. Bosch. Barcelona. 2011, pp. 25 – 50, p. 40 y ss.

El continental ya está de sobra analizado hasta el momento; en cambio, el anglosajón, por el que se opta en esta tesis, contiene una serie de ventajas; por ello, vamos a hacer una breve reseña a continuación.

El sistema anglosajón[792] o "*La técnica de los criterios normativos preestablecidos.*"[793] es un "*modelo mixto*"[794], al compaginar las cláusulas generales –propias del sistema continental[795]- "… *con el establecimiento de una serie de criterios normativos que tratan de compensar la indeterminación del principio.*"[796]; desde esta perspectiva de aportar criterios normativos, tal sistema establece que el interés del menor ha de tener naturaleza o condición normativa y, en este sentido, aporta "… *alguna luz y seguridad jurídica en esta materia. Como, por ejemplo, vienen realizando los tribunales británicos y norteamericanos.*"[797] Así, la condición normativa o fundamento jurídico para el interés del menor –como solución al problema de la indeterminación jurídica- puede ser inspirado a través de este sistema. A título de ejemplo de intervención de los criterios normativos a la hora de definir el interés superior del menor, destacamos la *Children Act* de 1989[798] (ley vigente en materia de infancia en Inglaterra y Gales).

No obstante, hemos de añadir que esta técnica legislativa tampoco está exenta de problemas: el principal es el hecho de que algunos de los mencionados criterios de base normativa carecen de rigor científico y lo único que hacen es reflejar estándares sociales, tal y como manifiesta ORTEGA GUERRERO[799].

En todo caso, la propuesta de fundamento jurídico para el interés del menor la concretamos más adelante en este capítulo; y su desarrollo o materialización, a través del derecho fundamental a la educación, lo realizamos en la cuarta parte.

En tercer lugar, proponemos el mantenimiento de un equilibrio mínimo entre taxatividad e indeterminación jurídica:

- por un lado, un exceso de indeterminación en el articulado que compone la legislación penal del menor (en concreto, en aquellos preceptos legales en los que se menciona el interés del menor como parte integrante de dicho precepto, por ejemplo, el Art. 7.3 LORPM) puede y debe ser corregido - equilibrado a través de una taxatividad mínima o

792 Hemos de destacar que el sistema jurídico inglés ha mostrado una gran preocupación por establecer el contenido o significado del interés del menor, tal y como señala RAVETLLAT BALLESTÉ, "El interés superior…", *op. cit.*, p. 95.
793 *Loc. ult. cit.*
794 Véase RAVETLLAT BALLESTÉ, "El interés superior…", *op. cit.*, p. 89.
795 En este sentido, véase DE TORRES PEREA, *op. cit.*, p. 4.
796 Véase ORTEGA GUERRERO, *op. cit.*, p. 89.
797 Véase RAVETLLAT BALLESTÉ, "El interés superior…", *op. cit.*, p. 98.
798 Ley comentada por ORTEGA GUERRERO, *op. cit.*, p. 90 y, también, por RAVETLLAT BALLESTÉ, "El interés superior…", *op. cit.*, p. 89 y por ESCORIHUELA GALLÉN, *op. cit.*, apartado II, párrafo 13º.
799 Véase ORTEGA GUERRERO, *op. cit.*, p. 89.

suficiente, para así reforzar la proporcionalidad, la legalidad, la seguridad jurídica y el proceso debido. Por este motivo, vemos necesario modificar la legislación penal del menor, introduciendo más taxatividad en aquellos preceptos legales y reglamentarios de la legislación penal de menores en los que el concepto del interés superior del menor forme parte de esos preceptos;

- pero por otro lado, sostenemos que no siempre es mejor la taxatividad que la indeterminación, en la jurisdicción de menores; en ocasiones es necesaria la indeterminación, pues la ley no puede dar respuesta a todas las situaciones únicas o individuales de cada caso concreto. Tal vez sí que podamos y debamos tolerar tipos penales o normas jurídicas con cierto grado de indeterminación (cláusulas generales o conceptos jurídicos indeterminados) en la LORPM, pero teniendo claro el objetivo: conseguir una mayor y mejor eficiencia penal –consiguiendo un mayor respeto hacia las garantías penales- en la jurisdicción de menores;

- no obstante lo dicho anteriormente, planteamos que podamos y debamos introducir más garantías procesales durante la elección y, sobre todo, la ejecución (en las incidencias que surgen inevitablemente durante dicha fase de ejecución) de las penas juveniles. A título de ejemplo, sostenemos que es necesario aplicar las garantías procesales fundamentales del Art. 24.2 CE a la hora de sustituir una pena juvenil no privativa de libertad (cuando ésta se incumple o cuando el menor presenta evolución desfavorable durante la ejecución de dicha pena juvenil), por otra privativa de libertad, en virtud de los Arts. 50.2 y 51.1 LORPM.

2. Colisión interés superior del menor - seguridad jurídica.

Este subepígrafe gira alrededor del dilema siguiente: eficiencia –interés del menor- *versus* garantías penales. Desde esta perspectiva, hemos de añadir que el eje central de esta investigación gira alrededor de dicho dilema, que se manifiesta en forma de conflicto de intereses o de derechos[800].

Hemos de estudiar la posibilidad de que nos encontremos ante una colisión de intereses[801] o de derechos[802]. PAREDES CASTAÑÓN expresa que estamos ante "… *intereses en conflicto.*"[803], y, además, sostiene que tal conflicto se centra en "… *prevención o interés del menor.*"[804] En este contexto de la prevención –en este caso, especial positiva- SILVA SÁNCHEZ[805] comenta la existencia de colisión entre reinserción y garantías individuales. ORNOSA FERNÁNDEZ[806] contribuye al afirmar que existe desequilibrio entre la legalidad y la proporcionalidad, por un lado, y la finalidad educativa, por otro.

Un ejemplo del citado conflicto se observa en el Art. 7.3 LORPM (precepto legal que prioriza o, como mínimo, atiende a los problemas y circunstancias personales – familiares, a la hora de elegir la pena juvenil), artículo que, según VENTURA / PALÁEZ, "… *supone una difícil contraposición de intereses y derechos.*"[807] Otro ejemplo se puede observar en los Arts. 13.1, 49.2, 50.2 y 51.1 LORPM, que regulan la opción de modificar o sustituir la pena juvenil impuesta inicialmente (que se ha incumplido), por otra más gravosa, en sentencia –sin el

---

[800] Acerca del problema que surge en relación con la conflictividad entre derechos fundamentales y sus posibles soluciones, véase RUIZ RUIZ, *op. cit.*, pp. 53 – 77; VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., "La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad", en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional.* Ed. Miguel Carbonell. Quito – Ecuador, 2008, pp. 175 – 188; también, BACIGALUPO ZAPATER, *Principios…, op. cit.*, p. 183; sobre la protección constitucional de los derechos fundamentales, por parte del TC, cuando hay diferentes bienes jurídicos en juego o contrapuestos, véase FERRERES / MIERES, *op. cit.*, p. 303 y ss., MENDONCA BONNET, D., *Los derechos en juego: conflicto y balance de derechos.* Ed. Tecnos. Madrid. 2003; MORA RESTREPO, G., "La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos, de Pedro Serna y Fernando Tóller.", en *Díkaion: revista de actualidad jurídica.* Ed. Universidad de La Sabana. Nº 12. Bogotá. Colombia. 2003.

[801] La tensión o conflictos entre derechos, en la jurisdicción penal juvenil, se manifestó y se manifiesta todavía: en el ámbito judicial, en el año 1998, véase la STC, S. 1ª, 17.3.1998, (MP: Excmo. Sr. D. Pedro CRUZ VILLALÓN). Acerca del conflicto de intereses jurídicos, en general, véase la solución que VARGAS CABRERA propone, a través de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, *de protección jurídica del menor*, *de modificación parcial de Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil,* y a través de la propia LORPM, en VARGAS CABRERA, "Enumeración de las medidas...", *op. cit.*, p. 180 y ss.

[802] Sobre la posible colisión de derechos en la jurisdicción de menores, véase ALBRECHT, *El Derecho…, op. cit.*, p. 214, en el sentido que dicho autor plantea la tensión entre el carácter educativo de las penas juveniles y el principio de seguridad jurídica; véase, también, la posible colisión entre el interés superior del menor y otros intereses, públicos o privados, en SALA DONADO, *op. cit.*, p. 36; también, DÍAZ REVORIO, F. J., *Los derechos fundamentales del ámbito educativo en el ordenamiento estatal y autonómico de Castilla – La Mancha*, Ediciones Parlamentarias de Castilla – La Mancha. Toledo. 2002, p. 66 y ss.

[803] Véase PAREDES CASTAÑÓN, *op. cit.*, p. 163.

[804] *Loc. ult. cit.*

[805] Véase SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código Penal…, op. cit.*, p. 172.

[806] Véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal juvenil*…, 2001, *op. cit.*, p. 191 y p. 201.

[807] Véase VENTURA FACI / PELÁEZ PÉREZ, *Ley orgánica*…, 2007, *op. cit.*, p. 88.

proceso debido y sin la proporción adecuada-, en virtud del principio inspirador o rector; en este sentido, esta modificación "… *supondría una agravación e iría contra el principio de seguridad jurídica.*"[808]

Todos los argumentos anteriores extraídos de la doctrina expresan *el problema* pendiente de resolución: la colisión de derechos en la legislación penal de menores, que se traslada a los tribunales[809]. Como hemos dicho, estamos ante un problema de incompatibilidad entre un principio inspirador –el interés del menor- y entre un derecho a la legalidad y a la seguridad jurídica.

Para dar respuesta a este problema, planteamos *el objetivo* siguiente: aportar argumentos a favor de la utilización del método de la "ponderación de bienes", en caso de que, previamente, sea imposible hacer compatibles los derechos fundamentales en litigio, aportación de argumentos que realizamos a continuación.

2.1. Propuestas de mejora.

Ante la colisión de derechos o interferencia entre principios, la doctrina y la jurisprudencia aportan un sistema de resolución de conflictos: el método, la técnica o el juicio de la ponderación[810], llamado "ponderación de principios"[811], "ponderación de bienes" y, de la misma manera, "ponderación de derechos".

---

808 Véase, VENTURA / PELÁEZ, *Ley orgánica*…, 2000, *op. cit*., p. 90.

809 En este sentido, véase la SAP de Navarra, S. 3ª, 15.1.2003, (MP: Ilmo. Sr. D. Aurelio VILA DUPLÁ), el abogado defensor de este proceso alegó –sostenemos que acertadamente- la necesidad de tener en cuenta el principio de proporcionalidad, pero, el tribunal de la AP de Navarra respondió a dicha alegación –sostenemos que equivocadamente- el interés superior del menor como factor igualmente a tener en cuenta en el proceso: en este estudio, proponemos que la proporcionalidad forme parte del interés superior del menor, en el sentido de que la proporcionalidad puede ser educadora o educativa, también. Otro Ejemplo evidente de dicha tensión es la cuestión de inconstitucionalidad que planteó la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 3ª, el 14 de julio de 2008, MP: Ilmo. Sr. D. Josep NIUBÓ i CLAVERIA. Igualmente, véase la segunda cuestión de inconstitucionalidad de fecha 12 de setiembre de 2008, MP: Ilma. Sra. Dña. Roser BACH i FABREGÓ; ambas cuestiones de inconstitucionalidad fueron promovidas como consecuencia de la inseguridad jurídica que producía y continúan produciendo dos preceptos de la LORPM, el Art. 50.2 y el Art. 51.1 LORPM, problema que abordamos en la tercera parte de esta tesis.

810 Sobre el sistema de resolución de conflictos a través de la ponderación de bienes jurídicos o de derechos, véase ANDRÉS IBÁÑEZ, P., "Legalidad, jurisdicción y democracia, hoy.", en *Estudios de derecho judicial,* Nº 6. (Ejemplar dedicado a: "Crisis del sistema político, criminalización de la vida pública e independencia judicial"). Perfecto Andrés Ibáñez (Dir.), 1997, pp. 9 – 38, p. 15; RUIZ RUIZ, *op. cit*., MENDONCA BONNET, *op. cit*. MORA RESTREPO, *op. cit*., AGUILAR GARCÍA, M. A., / GÓMEZ MARTÍN, V., / MARQUINA BERTRÁN, M., / DE ROSA PALACIO, M., / TAMARIT SUMALLA, J. M., *Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación*, Ed. Generalitat de Catalunya, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona. 2015, p. 43 y ss.

Desde el Tribunal Constitucional, véase STC, S. 2ª, 29.5.2000, FJ 5º, párrafo 2º, (MP. Excmo. Sr. D. Tomás S. VIVES ANTÓN); y la STC. S. 2ª, 22.5.1995, (MP: Excmo. Sr. Don Rafael de MENDIZÁBAL ALLENDE);

Este sistema de resolución de conflictos consiste en que, en el caso en el que dos principios entren en conflicto, uno de los dos deberá de ceder ante la influencia o peso mayor del otro, tal y como señala RUIZ RUIZ[812]; y deberá ceder a través de la intervención del juzgador, en el sentido siguiente: "*Corresponderá al juzgador hacer una ponderación adecuada de los bienes jurídicos protegidos constitucionalmente para inclinarse por cuál de ellos ha de prevalecer.*"[813]

Aunque estamos ante una solución al problema de la existencia de derechos contrapuestos, lo cierto es que el método de la ponderación es tan aceptado como cuestionado por la doctrina, en general[814], y, en particular, en la justicia juvenil[815].

A pesar de los cuestionamientos citados, proponemos la solución aquí apuntada de la ponderación, siempre y cuando se haya intentado antes una estrategia o un "método" previo: el de intentar compaginar, en el sentido de aplicar conjuntamente los derechos fundamentales en tensión (la aplicación conjunta de derechos la materializamos en el Cap. VIII, a través de la propuesta de establecer un período mínimo de cumplimiento obligatorio para todas las penales juveniles).

también, PRIETO SANCHÍS, L., "El juicio de ponderación constitucional", en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Ed. Miguel Carbonell. Quito – Ecuador, 2008, pp. 85 – 124.
Desde el TEDH, véase GONZÁLEZ – CUELLAR SERRANO, *op. cit*., p. 235 y ss.
Desde la jurisprudencia del TS, véase, la STS, S. 1ª, 3.3.2011, (MP: Excmo. Sr. D. Juan Antonio XIOL RÍOS).

811 Ponderación de principios, también, denominado "*balancing*", en inglés, y "*bilanciamiento*", en italiano, tal y como señala MORESO MATEOS, J. J., "Guastini sobre la ponderación.", en *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. Nº 17, octubre, 2002, pp. 227 – 249, p. 228, citando a GUASTINI.

812 Véase RUIZ RUIZ, *op. cit.,* p. 58.

813 Véase AGUILAR GARCÍA, / GÓMEZ MARTÍN, / MARQUINA BERTRÁN, / DE ROSA PALACIO, / TAMARIT SUMALLA, *op. cit*., p. 43.

814 Véase MORESO MATEOS, *op. cit*., p. 233.

815 Véase PAREDES CASTAÑÓN, *op. cit*., p. 175, nota a pie de página Nº 57.

3. El interés superior del menor como principio prioritario.

Durante la época tutelar y desde los parámetros del positivismo y del correccionalismo se daba prioridad al "interés superior del menor", mediante la LTTM que contenía "… *fines educativos y protectores.*"[816]. Dicha prioridad, que era absoluta en referencia a las garantías penales -que quedaban arrumbadas totalmente-, tuvo como resultado negativo que los fines educativos y protectores se prestaran a aplicaciones arbitrarias del Derecho y, como consecuencia, a la inseguridad jurídica[817].

Dicha prioridad a favor del interés del menor pervive actualmente, en este sentido se posiciona la LORPM[818], la doctrina penal especializada en Derecho penal juvenil[819], la doctrina constitucional[820]; el CGPJ afirma que la justicia juvenil se fundamenta en el principio del "… *interés educativo del menor.*"[821] Esto es debido a que dicho principio ostenta un papel determinante y, en más de un supuesto, decisivo en la legislación penal de menores.

El problema que resulta de la condición prioritaria mencionada es que los principios de legalidad y de seguridad jurídica se ven aligerados, relativizados, para favorecer el "mágico" interés del menor[822].

Para resolverlo, nos planteamos *el objetivo* siguiente: aportar argumentos en la dirección de insistir en la compatibilidad o aplicación conjunta de ambos principios (el interés del menor –en su manifestación a través del derecho fundamental a la educación- y el principio de legalidad y el de seguridad jurídica).

Las premisas siguientes guiarán la argumentación que utilizaremos para su consecución.

---

816 Véase GIMÉNEZ – SALINAS, *Delincuencia…, op. cit.*, p. 37.

817 *Loc. ult. cit.*

818 A título de ejemplo, véase LORPM, Exposición de Motivos, apartado 7.

819 En este contexto, véase PANTOJA GARCÍA, F., "La naturaleza jurídica de la Ley orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores. La singularidad del proceso de menores." Ejemplar dedicado a la "Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores", en *Estudios Jurídicos.* Ministerio Fiscal, VI – 2000, Madrid, 2000, pp. 13 – 24, p. 16 – 17; también, PAREDES CASTAÑÓN, *op. cit.*, p. 155; HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal…, op. cit.*, p. 300; CANO PAÑOS, *El futuro…, op. cit.*, p. 210; PÉREZ FERRER, *op. cit.*, p. 3; GUINARTE CABADA, *op. cit.*, p. 410; GONZÁLEZ CUSSAC / CUERDA ARNAU, *op. cit.*, p. 105; SALA DONADO, *op. cit.*, p. 62 y ss.

820 En este contexto, véase el ATC Nº 33/2009, de 27 de enero, FJ 5º; también, la famosa STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 6º; igualmente, la STC. S. 1ª. 5.4.1990, FJ 8º, (MP: Excmo. Sr. D. Jesús LEGUINA VILLA). También, la STC, S. 1ª, 16.5.2011, FJ 3º, (MP: Excmo. Sr. D. Pablo PÉREZ TREMPS); la STC, Pleno, 20.9.2012, Voto Particular de la Excma. Sra. Dña. Adela ASUA BATARRITA, apartado 3º, (MP: Excmo. Sr. D. Luis Ignacio ORTEGA ÁLVAREZ).

821 Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, MP: Excmo. Sr. D. Adolfo PREGO DE OLIVER Y TOLIVAR, informe de fecha 23 de noviembre del 2005. Observación cuarta, p. 19.

822 En este sentido, véase RAVETLLAT BALLESTÉ, "El interés superior…", *op. cit.*, p. 91.

Primera: ningún derecho, sea o no fundamental, es ilimitado porque, por elevada que sea su consideración (como sucede, en la justicia de menores, con el interés del menor) tal derecho carece de legitimidad o capacidad de tener derechos constitucionales o valores "subordinados" [823], derechos o valores a los cuales la Constitución desea proteger del mismo modo. Desde esta perspectiva, compartimos la aportación de ARROYO ZAPATERO[824] cuando afirma que ningún derecho tiene prevalencia sobre otro, en abstracto, en la Constitución.

No obstante, el Art. 15 CE sí que protege un valor elevado o un derecho fundamental superior al resto de derechos fundamentales, que es el derecho a la vida. Hemos de añadir que hay otros valores superiores, que son la libertad y la igualdad, según TERRADILLOS BASOCO: "… *la libertad y la igualdad son los principios esenciales y desde ellos se pueden derivar los demás que no son más que concreciones de uno, de otro o de los dos.*"[825]

Segunda: el interés superior del menor no es un derecho o principio absoluto; es un interés más y no debería entrar en colisión con otros intereses o derechos fundamentales, tal y como se posiciona el Tribunal Supremo, expresando que el principio del interés superior del menor: "… *no es el único que se ha de tomar en consideración. Pueden concurrir otros bienes jurídicos con los que es preciso realizar una ponderación.*"[826]

El legislador aceptó que el interés del menor es relativo cuando integró a la acusación particular en la justicia de menores[827], según señala JIMÉNEZ SEGADO: "*El derecho a la tutela judicial efectiva y a la vindicación de las víctimas ganaban la partida al superior interés del menor.*"[828]

La doctrina especializada en Derecho penal juvenil considera, igualmente, que el interés superior del menor es o debería ser un interés más; en esta línea, hemos de destacar a

---

[823] Hay diferentes "categorías" de derechos (primarios y secundarios), en este sentido véase BAYÓN MOHÍNO, J. C., "Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo", en *Constitución y Derechos fundamentales*. Coordinadores: Jerónimo Betegón Carrillo, Francisco Javier Laporta San Miguel, Luis Prieto Sanchís, Juan Ramón de Páramo Argüelles. Ed. Presidencia del Gobierno, Secretaría General Técnica. Madrid., 2004, pp. 67 - 138.

[824] Véase ARROYO ZAPATERO, *op. cit*., p. 28 – 29.

[825] Véase TERRADILLOS BASOCO, J. M., "La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico – penal", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Nº 63. 1981, pp. 123 – 150, p. 143.

[826] Véase la STS, S 1ª, 6.2.2014, FJ 5º, apartado 7º, (MP: Excmo. Sr. D. Rafael SARAZÁ JIMENA). Véase, también, la STS, S. 2ª, 2.3.2001, FJ 6º, (MP: Excmo. Sr. D. Cándido CONDE – PUMPIDO TOURÓN). Véase, también, HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal…, op. cit*., p. 255 cuando cita a dos autos del TS, Sala 2ª (Autos de 25 de mayo de 2001, y 14 de junio de 2001), en el sentido que, partiendo de la base que el principio del interés superior del menor no es un derecho "superior" o absoluto, además, ha de conciliarse con el resto de derechos fundamentales regulados en la Constitución.

[827] La acusación particular se integró en la legislación penal de menores a través de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal*, DF 2ª, apartados 1º y 2º.

[828] Véase JIMÉNEZ SEGADO, *op. cit*., apartado 3, párrafo 10º.

CANO PAÑOS[829], ALBRECHT[830], GARCÍA PÉREZ[831] y PAREDES CASTAÑÓN[832]; del mismo modo, CILLERO BRUÑOL[833] sostiene que el interés del menor no debería de interpretarse como prevalente en referencia a la vigencia efectiva de los derechos fundamentales del menor. Así, BERNUZ BENEITEZ[834] relativiza la prevalencia del principio del interés del menor; en la misma línea, se posiciona ALTAVA LAVALL: "*Por otro lado, este interés ha de ser primordial, pero no exclusivo.*"[835]; y en un sentido parecido, se manifiesta TAMARIT SUMALLA[836].

3.1. Causas y consecuencias de la problemática.

Vamos a profundizar en dicha prioridad frente a otros principios vigentes igualmente en el ámbito penal de menores y, también, en las soluciones posibles al problema.

La primera causa se halla en el hecho de que este interés del menor, mediante la indeterminación y la prioridad que se le dispensa, supone una "carga" inferior para la legalidad y la seguridad jurídica.

La segunda causa: positivismo e interés superior del menor[837]. La herencia positivista y correccionalista – tutelar emerge todavía en el actual Derecho penal juvenil, tal y como en este sentido afirma CANTARERO BANDRÉS[838]. La principal evidencia de la herencia a la vez que presencia de tal ideología tutelar es la atención especial a las necesidades sociales y familiares del menor a la hora de elegir, aplicar o ejecutar la pena juvenil (en este contexto, hemos de tener en cuenta el Art. 7.3, el Art. 23.1 y el Art. 27.4 LORPM, entre otros), en pro del principio del interés superior del menor[839].

---

829 Véase CANO PAÑOS, "¿Supresión…", *op. cit.*, p. 21.
830 Véase ALBRECHT, *El Derecho…, op. cit.*, p. 107 y ss.
831 Véase GARCÍA PÉREZ, O., "La evolución…", *op. cit.*, p. 9.
832 Véase PAREDES CASTAÑÓN, *op. cit.*, p. 159.
833 Véase CILLERO BRUÑOL, M., "Infancia, autonomía y derechos – una cuestión de principios", en http://www.iin.oea.org/IIN2011/index.shtml , 1997. También, en *Revista Infancia*, *Boletín del Instituto Interamericano del Niño*, Nº 234. Montevideo. También, publicado en la revista *UNICEF*, Ed. Instituto Interamericano del Niño - Instituto Ayrton Senna, ejemplar dedicado a "Derecho a tener Derecho", Tomo 4, 1999, pp. 1 – 13, p. 8.
834 Véase BERNUZ BENEITEZ, "Justicia de menores…", *op. cit.*, p. 6.
835 Véase ALTAVA LAVALL, "El interés…", *op. cit.*, p. 372.
836 Véase TAMARIT SUMALLA, "Principios…", *op. cit.*, p. 24.
837 La relación entre el interés superior del menor (la primacía o prioridad de este interés) y el positivismo la trata la doctrina especializada en Derecho penal juvenil afirmando que no tiene sentido la primacía de dicho principio, pues, en el fondo, contiene reminiscencias del pensamiento positivista; en este sentido, véase GARCÍA PÉREZ, O., "La evolución…", *op. cit.*, p. 9.
838 Véase CANTARERO BANDRÉS, *Delincuencia juvenil: ¿asistencia terapéutica…, op. cit.*, p. 26.
839 Necesidad social –pobreza- e interés superior del menor tienen un alto nivel de conexión ideológica, en este sentido véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores...,* 2001, *op. cit.*, p. 191.

A continuación, mencionamos los riesgos[840] derivados de dicha atención especial o prioridad, en forma de consecuencias negativas.

La primera consecuencia: anteponer los criterios de resocialización – reeducación a la seguridad jurídica del menor[841], a la hora de elegir la pena juvenil a imponer, comporta que la decisión judicial gire alrededor de aspectos extra penales; por tanto, esta decisión no se fundamenta en los principios limitadores del Derecho penal. En otras palabras, para la elección de una pena juvenil concreta, dentro de los límites que establece la LORPM[842], el fundamento de tal elección no se halla en el presupuesto legal de la Ley[843] y del Derecho penal (no se halla en la antijuridicidad, la tipicidad o la culpabilidad –o responsabilidad- ni en la acusación), sino, en la ponderación de la personalidad y de las circunstancias o entorno sociofamiliar por parte del juzgador[844], prioritariamente o de una manera especial (tal y como sucede en el Art. 7.3 LORPM).

La segunda consecuencia: criminalizar la pobreza. Fundamentar la justicia juvenil en la prioridad del interés del menor produce un efecto perverso: las garantías jurídicas se desplazan a un segundo plano[845]; y además, se transmite el mensaje de que la delincuencia está relacionada con la pobreza –como mínimo indirectamente- (relación que, ciertamente, es harta conocida o demostrada en diversos estudios sociológicos). Pero, el problema es que, al criminalizarse la miseria o la desigualdad social[846], los menores infractores procedentes de las clases sociales "bajas" son –y aquí radica el verdadero problema-, todavía más, marginados de las vías de integración social, en el sentido que se amplía en los párrafos siguientes.

La tercera consecuencia: erosión de algunos principios tradicionales del Derecho penal[847]. Además de los ya repetidos problemas con los principios de legalidad y seguridad jurídica, la atención "especial" a las necesidades sociofamiliares puede afectar al principio de igualdad.

---

840 Sobre estos riesgos, véase FREEDMAN, D., "Los riesgos del interés superior del niño" http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/los-riesgos-del-interes-superior-del-nino.pdf pp. 1 - 29.

841 Véase GIMÉNEZ – SALINAS, *Delincuencia…, op. cit.*, p. 35, citando a BERISTAIN.

842 Límites entre otros, los Arts. 7, 8, 9 y 10 LORPM.

843 No se halla en el presupuesto de la Ley, excepto en los supuestos establecidos en los Arts. 9 y 10 LORPM.

844 Circunstancias y personalidad que son decisivas para hallar el interés del menor, esto es, para la elección de dicha pena juvenil en base a dicho interés, véase el Art. 7.3 LORPM, entre otros.

845 En este sentido, véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2001, *op. cit.*, p. 124; véase, también, ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2007, *op. cit.*, p. 46.

846 En este contexto, véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores…,* 2001, *op. cit.*, p. 191; véase, también, ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2007, *op. cit.*, p. 219; igualmente, CANTARERO BANDRÉS, *Delincuencia juvenil: ¿asistencia terapéutica…, op. cit.*, p. 20.

847 Acerca del riesgo de que la prioridad del interés superior del menor pueda vulnerar principios penales limitadores del poder estatal de castigar, véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2001, *op. cit.*, p. 191.

A continuación, una breve reseña respecto al principio de igualdad[848], regulado en el Art. 14 CE: si la justicia de menores se centra en satisfacer el interés superior del menor (en dispensar atención especial a los déficits sociales, familiares, personales del menor infractor) intentando paliar dichos déficits, puede ir en contra de la igualdad[849], aplicando penas juveniles más gravosas a los menores de "clases bajas" (que presentan una situación personal – familiar marginal, deficitaria o carenciada a nivel socioeconómico) que a los que disponen de suficientes recursos o de una mínima estabilidad sociofamiliar[850]. En este marco sostenemos que en virtud de la resocialización –o, más bien, de una interpretación equivocada o paternalista de la resocialización-, se pueden imponer penas juveniles más intensas en cuanto a restricción de derechos, la libertad entre éstos, y, por tanto, desproporcionadas y, desde esta perspectiva, vulneradoras del principio de igualdad, en el sentido que plantea CRUZ MÁRQUEZ[851].

La cuarta consecuencia: principio de responsabilidad por el hecho[852] (Derecho penal del hecho) *versus* Derecho penal de autor[853]. La parte opuesta al Derecho penal del hecho (que deriva de nuestro actual modelo de Estado de Derecho) es el Derecho penal de autor. En este contexto, el Derecho penal juvenil es de autor[854], en gran manera, a partir del momento en que se parte de la premisa de que se ha de atender a la madurez o personalidad del menor "*especialmente*" para la elección de la pena juvenil (en este marco, hemos de tener en cuenta el Art. 7.3 LORPM), y que, además, ha de ser coherente con la idea de la reeducación. Desde esta perspectiva, ORNOSA FERNÁNDEZ[855] opina que el Derecho penal de autor está implícito en la jurisdicción de menores, porque las circunstancias sociofamiliares y la personalidad del menor se tienen presentes durante el proceso y a la hora de determinar la consecuencia jurídica a aplicar. Así, hemos de añadir que el rechazo a la personalidad o el

---

848 Con mayor amplitud acerca del principio de igualdad en la justicia de menores (igualdad del menor ante la ley), véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2001, *op. cit*., p. 79 y p. 95; también, HALL GARCÍA, *op. cit*., p. 55 y ss.

849 No obstante, VENTAS opina que adecuar las medidas a las circunstancias personales no implica la vulneración del principio de igualdad; en este sentido, véase VENTAS SASTRE, R., *La minoría de edad penal.* Universidad Complutense de Madrid. Tesis doctoral, localizada en documento electrónico en setiembre 2012: http://www.ucm.es/BUCM/tesis/der/ucm-t26341.pdf 2002, p. 521.

850 En este contexto, véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2007, *op. cit*., p. 56.

851 Véase CRUZ MÁRQUEZ, "Presupuestos…", *op. cit*., p. 245 – 246.

852 En este contexto, véase la STC. S. 1ª, 17.3.1998, (MP: Excmo. Sr. D. Pedro CRUZ VILLALÓN).

853 Acerca del "derecho" o modelo del derecho penal de autor, véase GÓMEZ MARTÍN, V., *El Derecho penal de autor*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2007; WELZEL, *op. cit*., p. 321; ALBRECHT, *El Derecho…, op. cit*., p. 94; ROXIN, *Derecho penal. Parte general, op. cit*., pp. 176 – 189.

854 En relación con el Derecho penal juvenil y su relación con el Derecho penal de autor, véase CANO PAÑOS, "¿Supresión…", *op. cit*., p. 9; DE LA ROSA CORTINA, *La responsabilidad…, op. cit.,* p. 80, nota a pie de página Nº 86; VENTAS SASTRE, *La minoría*…, 2003, *op. cit*., p. 237, nota a pie de página Nº 1080; MAURACH, R., *Tratado de Derecho penal*, T. II, traducción y notas de Derecho español por J. Córdoba Roda. Ed. Ariel. Barcelona. 1962, p. 592.

855 Véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2001, *op. cit*., p. 75.

carácter como criterio a la hora de imponer una consecuencia jurídica se ha posicionado el TC[856].

En cambio, el Derecho penal del hecho, aplicado conjuntamente con el principio de proporcionalidad, implica evitar penar el carácter, la manera de vivir; nos lleva a impedir la respuesta punitiva – retributiva a menores "desviados", "diferentes", etc.

El legislador intenta alternar los principios del Derecho penal de autor con los de un Derecho penal del hecho, que son los propios del actual Derecho penal de adultos o Derecho clásico[857], en el sentido de "… *principio del hecho como límite a la intervención punitiva del Estado.*"[858] Desde esta perspectiva, es muy clarificador HIGUERA GUIMERÁ mediante su afirmación: *"… y el interés del menor (Derecho penal del autor) que es preciso armonizarlo con el principio de proporcionalidad entre la gravedad de la infracción penal cometida y la naturaleza y extensión de la medida sancionadora – educativa.*"[859]

En resumen, la preferencia a favor del interés superior del menor implica el riesgo de conducir la legislación penal de menores hacia un Derecho penal de autor y la consecuente infracción del principio de legalidad[860] y de seguridad jurídica, además –y como consecuencia-, de que dicho modelo de "Derecho" de autor remite o recuerda a sistemas autoritarios[861].

La quinta consecuencia: se pueden cometer abusos en nombre del interés del menor[862]; este riesgo es patente en más de un supuesto legal de la legislación penal de menores, tal y como el Comité de los Derechos del Niño ha alertado[863].

La sexta consecuencia: recurso de casación para unificación de doctrina[864] previsto en el Art. 42 LORPM. La elección de la pena juvenil, si está guiada por criterios

856 Véase la STC, Pleno, 4.7.1991, FJ 4º, (MP: Excmo. Sr. D. Luís LÓPEZ GUERRA): esta STC es comentada en AYO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 197.

857 En este sentido, véase MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, *op. cit.*, p. 128 y p. 130.

858 Véase MORALES PRATS, *op. cit.*, p. 90.

859 Véase HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal…, op. cit.*, p. 32 y p. 38.

860 En este contexto, véase la STC, 1ª, 17.3.1998, antecedente Nº 3, (MP: Excmo. Sr. D. Pedro CRUZ VILLALÓN); también, VENTAS SASTRE, *Minoría*… 2003, *op. cit.*, p. 237, su nota a pie de página Nº 1080; ALBRECHT, *El Derecho…, op. cit.*, p. 94; sobre la relación entre el Derecho penal del hecho, Derecho penal de autor y el principio constitucional de legalidad, véase ROXIN, *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 177.

861 Tal y como señala DEMETRIO CRESPO, E., "Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin", en *Revista General de Derecho Penal.* Nº 8, noviembre. Ed. Iustel. Madrid. 2007, p. 17, nota a pie de página Nº 58.

862 Abusos como por ejemplo que se aplique una consecuencia jurídica inversamente proporcional a la gravedad de los hechos, en este sentido, véase GIMÉNEZ – SALINAS, *Delincuencia…, op. cit.*, p. 37. Para vetar abusos en nombre de lo educativo y de la resocialización, proponemos seguir la recomendación de CUELLO CONTRERAS, *op. cit.*, p. 39 y pp. 43 – 46. A título de ejemplo del posible abuso jurídico o educativo, véase la sentencia de un juzgado de menores de Madrid que condenó a un menor a la pena juvenil de internamiento en un centro semiabierto, por un período de 4 meses, por una falta de hurto, esto es, vulnerando el principio de proporcionalidad; dicha sentencia fue recurrida ante el TC, que resolvió a través de la STC 61/1998, de 17 de marzo; un comentario a esta STC, véase en CONDE – PUMPIDO TOURÓN, "Principio acusatorio", *op. cit.*, p. 192.

863 Véase Comité de los Derechos del Niño de las NNUU, Observación general Nº 14 (2013) *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.*

socioeducativos o psicológicos prioritariamente (pues la personalidad y entorno sociofamiliar de cada menor influye en la propuesta -que materializa el equipo técnico en su informe- al juez de menores de una manera casi decisiva[865]), puede implicar que dicha elección de pena juvenil sea inviable revisarla en sede de recurso de casación para unificación de doctrina; y ello debido a que será muy difícil hallar dos situaciones sustancialmente iguales –a nivel educativo o psicológico- que hayan dado lugar a resoluciones judiciales diferentes (situaciones iguales con resoluciones diferentes que exige el recurso de casación en virtud del Art. 42 LORPM).

La séptima consecuencia: desatención de los derechos de las víctimas y los perjudicados (el Art. 4 LORPM regula tales derechos). El Derecho penal común y también el juvenil justifican en parte, su existencia por proteger el interés de la víctima[866]; sobre todo, "… *tras la reforma de 2006 pasa a primer plano la necesidad de respetar los intereses de las víctimas.*"[867]

---

[864] El recurso de casación para la unificación de doctrina pretende evitar la vulneración del principio de igualdad y de seguridad jurídica, vulneración que se puede dar cuando dos situaciones muy parecidas o idénticas son susceptibles de resolverse mediante resoluciones judiciales diferentes. En la jurisdicción de menores, será muy difícil hallar dos situaciones –en cuanto a personalidad y entorno- sustancialmente iguales que hayan dado lugar a resoluciones judiciales diferentes. Sobre el recurso de casación para unificación de doctrina en la justicia de menores, véase CANTARERO BANDRÉS, *Delincuencia juvenil: ¿asistencia terapéutica…, op. cit.*, p. 42; COLÁS TURÉGANO, *op. cit.*, p. 354 y ss; HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal…, op. cit.*, p. 470, nota a pie de página Nº 543 citando a LORCA MARTÍNEZ y su obra "El recurso de casación para unificación de doctrina en la Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero"; también, CÓRDOBA RODA, *La ley…, op. cit.*, p. 371 y ss; PONZ NOMDEDÉU, E. V., "La responsabilidad penal de los menores desde la perspectiva del abogado.", en *Justicia penal de menores y jóvenes* (Coordinadores J. L. González Cussac, J. M. Tamarit Sumalla y J. L. Gómez Colomer). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 381 – 412, p. 404; AYO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 233; ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores...,* 2001, *op. cit.*, p. 132; y, también, la Circular FGE 1/2000, apartado X.6. (véase, también, la Circular FGE 1/2007, apartado X, p. 117, y la Circular FGE 9/2011, p. 47). Véanse, también, las siguientes sentencias del TS que resuelven diversos recursos de casación para unificación de doctrina, en la jurisdicción de menores: STS, S. 2ª, 3.2.2003, (MP: Excmo. Sr. D. José JIMÉNEZ VILLAREJO); STS, S. 2ª, 24.9.2012, (MP: Excmo. Sr. D. Andrés MARTÍNEZ ARRIETA); STS, S. 2ª, 12.2.2104, (MP: Excmo. Sr. D. José Ramón SORIANO SORIANO). Véase, también, el Acuerdo adoptado en Sala general, por el TS, S. 2ª, de 13 de marzo de 2013.

[865] La elección de la pena juvenil, por parte del juez de menores, está guiada o influenciada por el informe del equipo técnico en gran manera (véase el Art. 7.3 LORPM) que, a la vez, dicho informe está basado en la personalidad y entorno sociofamiliar del menor infractor.

[866] Cada vez más, las publicaciones, obras y leyes sobre la justicia juvenil incluyen en su índice o en su articulado algún apartado en relación con los derechos específicos de las víctimas y los perjudicados; en este sentido, hay que destacar y ya desde el año 1987, a DÜNKEL, F., "La víctima en el Dret penal, ¿en vies d'una justícia criminal orientada cap a l'autor a una d'orientada cap a la víctima?" Ponencia, en Jornadas *El dret penal i la víctima*: *Cap a una privatitzacio del sistema?* Un ejemplar, en la biblioteca del Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Departament de Justícia, Generalitat de Catalunya. Barcelona, 1987, pp. 1 – 16.
Más en la actualidad, hemos de mencionar a la propia LORPM, en su Exposición de Motivos, apartado 8º (además de su articulado relativo a las víctimas, como el Art. 4); también, SANZ HERMIDA, A. M., "La víctima en el proceso penal de menores", en *Anuario de justicia de menores*, Nº 1, 2001, pp. 183 – 226. La preocupación por las víctima en el Derecho penal juvenil es evidente, del mismo modo, en el Derecho positivo de otros países, a título de ejemplo, véase la *Youth Criminal Justice Act*, de Canadá, citada por WERTH WAINER, F., *Sistemas de justicia juvenil: la experiencia comparada. Estados Unidos, Canadá y Reino Unido.* Ed. Fundación Hanns Seidel. Santiago de Chile. 2008, p. 16; véase también la Ley de Tribunales de Menores de Alemania, *Jugendgerichtsgesetz (JGG)*:§ 10.6, § 80.3, y § 106.3.1, entre otros preceptos legales.

[867] Véase "Conclusiones de las jornadas de delegados –fiscales de menores- de menores", celebradas en León el 5 y 6 de noviembre de 2009, p. 4, conclusión 5ª.

3.2. Propuestas de mejora.

Las soluciones que proponemos aquí van en la dirección de superar los problemas mencionados. Para ello, recomendamos la compatibilidad o aplicación conjunta de los derechos en tensión, esto es, derechos fundamentales (legalidad – seguridad jurídica) e interés superior del menor[868]. Pero, añadimos lo comentado anteriormente, que, si es imposible hacer compatibles los derechos fundamentales en litigio, optamos a favor de la utilización del método de la "ponderación de bienes", antes enunciado.

Describimos los argumentos principales a partir de los que sostenemos nuestra propuesta de compatibilidad: las garantías penales –legalidad penal y seguridad jurídica- protegen el interés del menor[869] también, tal y como manifiesta la doctrina especializada en Derecho penal juvenil[870], así como el Comité de los Derechos del Niño de las NNUU: "*La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales.*"[871]; en la misma línea, dicho Comité añade que: "*Al evaluar y determinar el interés superior del niño para tomar una decisión sobre una medida concreta, se deberían seguir los pasos que figuran a continuación: (…), b) seguir un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del Derecho.*"[872]

En resumen, eficiencia (interés del menor o derecho a la educación) y garantías penales (legalidad y seguridad jurídica) pueden y han de poder ser compatibles, porque tales principios son o deberían ser equiparables, esto es, de igual rango[873], tal y como el Comité de

---

868 Tal y como propone CILLERO cuando se refiere a los derechos contenidos en la Convención de los Derechos del Niño, derechos como el interés superior del menor y los derechos fundamentales y los derechos procesales penales mínimos (derecho a un juicio justo, derecho a la legalidad penal procesal, etc.), véase CILLERO BRUÑOL, "El interés superior del niño…", *op. cit.*, p. 4. En relación con la difícil, pero necesaria, compatibilidad –en un plano de igualdad- de las garantías o principios penales con el principio del interés superior del menor, la doctrina especializada en Derecho penal juvenil se posiciona a favor de aplicar o hacer compatible los principios en un plano de igualdad, en este sentido, véase LÓPEZ SALAS, R., "Los conflictos de derechos. Una propuesta alternativa.", *en Revista Letras Jurídicas.* Julio. Nº 14. Ed. Universidad Veracruzana., Veracruz, México. 2006, pp.1 – 6, p. 5; también, en CERVELLÓ / COLÁS, *op. cit.*, p. 18; ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2001, *op. cit.*, p. 191; AYO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 189; HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal…, op. cit.*, p. 253.

869 El principio de seguridad jurídica protege también al menor; en este sentido, véase DE LA CUESTA ARZAMENDI, "El abandono…", *op. cit.*, p. 109; ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2001, *op. cit.*, p. 203. El principio del interés superior del menor vela igualmente por el principio de legalidad y la seguridad jurídica, en el sentido que "… *representa el reconocimiento y protección jurídico – positiva de los Derechos fundamentales del menor.",* véase VENTAS SASTRE, *La minoría*…, 2003, *op. cit.*, p. 232; PONZ NOMDEDÉU, *op. cit.*, p. 408.

870 Véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal juvenil*…, 2007, *op. cit.*, p. 492. En este contexto, se posiciona también MARTÍN OSTOS, "Aspectos procesales…", *op. cit.,* p. 188, cuando afirma que la exclusión del menor infractor de la jurisdicción común o de adultos no debe de "… *implicar la ausencia de legalidad."*

871 Véase Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 14 (2013) sobre *El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*, apartado I. A. Introducción, punto 6 c).

872 Véase Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 14 (2013) sobre *El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial,* apartado V., párrafo 46.

873 A favor de conciliar o aplicar ambos principios (principio de seguridad jurídica, principio de legalidad y principio del interés superior del menor), con el mismo rango o prioridad, se posiciona:

- *la jurisprudencia constitucional* a través de la famosa STC 36/1991, de 14 de febrero, y de la STC, S. 1ª, 17.3.1998, (MP: Excmo. Sr. D. Pedro CRUZ VILLALÓN), sentencia que se considera determinante, ya que esta STC

los Derechos del Niño de las NNUU así lo considera, cuando se afirma que: *"… en la Convención, no hay una jerarquía de derechos; todos los derechos previstos responden al 'interés superior del niño."*[874]

Desde esta perspectiva, proponemos que sea el fiscal de menores[875] y principalmente, el juzgador[876] (en base a la función jurisdiccional –y, también, a la discrecionalidad judicial que dispone- que le ha conferido el ordenamiento jurídico[877]) el legitimado para aplicar la compatibilización de derechos en tensión, ante cada caso concreto.

Al mismo tiempo, el interés superior del menor vela por las garantías penales: la doctrina especializada en Derecho penal juvenil[878] y la doctrina del TC[879] se posicionan a favor del respeto del principio de tipicidad en la jurisdicción de menores y a la vez, favoreciendo el interés superior del menor (la reinserción social).

La finalidad de compatibilidad propuesta la reforzamos con los posicionamientos de COLÁS TURÉGANO[880] a favor de la conciliación entre el fin del Derecho penal (la prevención general, la prevención especial, la tutela jurídica –también, la protección de bienes

---

pretende equilibrar o dar la misma importancia, hasta el punto de hacer compatibles, –tal y como sugerimos en este trabajo que ha de ser- la eficiencia y las garantías (el principio del interés superior del menor y el principio de legalidad y la seguridad jurídica); véase el comentario de esta STC 61/1998 en ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2001, *op. cit*., p. 96;

- *la jurisprudencia del TS*: el TS se refiere al interés superior del menor, en conciliación o armonía con el resto de derechos constitucionales a través de la siguiente expresión: *"… dicho principio no es absoluto y debe conciliarse con los demás derechos constitucionales afectados.*", véase la STS, S. 2ª, 2.3.2001, FJ 6º (MP: Excmo. Sr. D. Cándido CONDE – PUMPIDO TOURÓN);

- *la doctrina especializada en Derecho penal juvenil*, aunque no mayoritaria, es partidaria de hacer compatible, u otorgar igualdad de condiciones, a la eficiencia que ofrece el principio del interés superior del menor con las garantías (seguridad jurídica, principio de legalidad, etc.) que ofrecen los principios limitadores del Derecho penal, en este sentido véase PÉREZ FERRER, *op. cit*., p. 3; SANZ HERMIDA, "Responsabilidad…", *op. cit*., p. 18; ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores...,* 2001, *op. cit*., p. 191 y p. 203.

874 Véase la Observación general Nº 14 (2013) *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial,* Apartado I. A. Introducción, punto 4, p. 3.

875 Tal y como también lo propone la doctrina especializada en Derecho penal juvenil, en base a los Arts. 6, 18, 19 y 32 LORPM, en este sentido véase VARGAS CABRERA, "Enumeración…", *op. cit*., p. 184.

876 Tal y como en este sentido sugiere la doctrina especializada en Derecho penal juvenil, en concreto HERNÁNDEZ CERVANTES, *op. cit*., p. 262; DE LA CUESTA ARZAMENDI / BLANCO CORDERO, *op. cit*., p. 56; también, VARGAS CABRERA, "Enumeración…", *op. cit*., p. 183 – 184; PÉREZ FERRER, *op. cit*., p. 3; en la misma línea, véase el Voto Particular que formulan los vocales Fernando SALINAS MOLINA, Félix PANTOJA GARCÍA, Alfonso LÓPEZ TENA y Montserrat COMAS D'ARGEMIR I CENDRA al punto I.28º del Orden del día de la sesión plenaria de fecha 23 de noviembre de 2005, en relación con el Informe. Ponente: Excmo. Sr. D. Adolfo PREGO DE OLIVER y TOLIVAR, Informe, de fecha 16 de diciembre de 2005, al *Anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, p. 2. Con mayor amplitud sobre las relaciones entre lo educativo y lo judicial en el ámbito de la justicia de menores, y sobre el papel del juez en dicha relación, véase LEROY, C., "El juez de menores en la encrucijada entre lo judicial y lo educativo", en *Jornades sobre educació i control: el tractament institucional en el marc de la justícia de menors.* Ed. Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Caixa de Pensions. Barcelona., 1989, pp. 83 – 100, p. 83 y ss.

877 Este ordenamiento se concreta en, entre otros, el Art. 97 LOPJ; Arts. 2.1 y 44.1 LORPM, y, principalmente, la Constitución, Art. 117.3 CE.

878 Véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2001, *op. cit*., p. 166 y p. 203.

879 Véase la citada STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 7º.

880 Véase COLÁS TURÉGANO, *op. cit*., p. 222.

jurídicos esenciales para la convivencia pacífica en sociedad-) y el interés superior del menor –o derecho fundamental a la educación-. Compartimos, también, el planteamiento de compatibilidad (entre las garantías penales y la orientación educativa de la justicia juvenil) que surge de CERVELLÓ / COLÁS[881]. Aportamos más posicionamientos en la línea de que el citado interés superior del menor debería de aplicarse conjuntamente con la legalidad penal y la seguridad jurídica, en el sentido que propone ALTAVA LAVALL[882] cuando señala que se puede defender el principio de legalidad y el interés del menor, a la vez.

Además, comentamos la opción de hacer compatibles derechos fundamentales cuando se hallan en situación de tensión jurídica, a partir del contenido esencial del derecho fundamental[883]. Sostenemos que la prevención especial (interés superior del menor, derecho fundamental a la educación) y las garantías penales (derecho fundamental a la legalidad penal y a la seguridad jurídica) pueden armonizarse hasta hacerse compatibles, si partimos de la determinación del contenido esencial de dichos derechos fundamentales y del conjugar tal contenido esencial adecuadamente. En este marco, LÓPEZ SALAS propone que no se ha de sacrificar ningún derecho a la hora de compatibilizarlos, si partimos de su contenido esencial: "*Ese contenido esencial del derecho va a permitir encontrar los puntos de compatibilidad de los derechos, en que respetando el núcleo esencial de cada uno de ellos, se ajuste a la controversia, de tal forma,* ***que sea posible la solución sin que se sacrifique ningún derecho***[884]*. Por lo tanto, armonizar los derechos es pensarlos desde su contenido esencial, es mirar hacia los límites internos de los derechos en litigio, hacia su naturaleza, el bien que protegen, la finalidad, su ejercicio, perfiles y esferas de funcionamiento razonable.*"[885]

[881] Véase CERVELLÓ / COLÁS, *op. cit.*, p. 18.
[882] Véase ALTAVA LAVALL, "El interés del menor…", *op. cit.*, p. 378.
[883] Acerca del "contenido esencial" de los derechos fundamentales, véase MORA RESTREPO, *op. cit.*, p. 1 y ss; DE OTTO Y PARDO, I., / MARTÍN RETORTILLO, L., "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución", en *Derechos Fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 93 – 172; LÓPEZ SALAS, *op. cit.*, p. 1 y ss; HÄBERLE, P., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales.*, traducción de Joaquín Brague Camazano. Ed. Dykinson, Madrid. 2003; PAREJO ALFONSO, L., "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981.", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Nº 3, 1981, pp. 169-190; GARCÍA COSTA, *op. cit.*, p. 4; véase, igualmente, el Art. 53.1 CE. También, véase la STC, Pleno, 8.4.1981, FJ 8º, (MP: Excmo. Sr. D. Luís DÍEZ – PICAZO GIMÉNEZ); la STC, Pleno, 20.9.2012, Voto Particular de la Excma. Sra. Dña. Adela ASUA BATARRITA, (MP: Excmo. Sr. D. Luis Ignacio ORTEGA ÁLVAREZ).
[884] Negrita es mía.
[885] Véase LÓPEZ SALAS, *op. cit.*, p. 5.

En relación con la dificultad de alternar el principio del interés del menor con el de responsabilidad por el hecho:

a) Las circunstancias personales, familiares y sociales no se han de tener en cuenta "*especialmente"* a la hora de elegir la pena juvenil regulada en el Art. 7.3 LORPM. Sí se han de tener presentes las necesidades educativas, junto con la prueba y su valoración en términos jurídicos en relación con los hechos enjuiciados[886]. Sugerimos "*de lege ferenda*" la modificación legislativa del citado Art. 7.3 LORPM, en la dirección siguiente: para la elección de la pena juvenil más adecuada, se deberá de atender a las circunstancias personales de una manera compatible con la prueba y la ponderación jurídica de los hechos, en el sentido de que una situación de pobreza o sociofamiliar desestructurada no justificará la imposición de una pena juvenil en ningún supuesto. Compartimos el posicionamiento de ORNOSA FERNÁNDEZ, cuando afirma que, "… *a la hora de la elección y aplicación de las medidas, tendrá que existir un equilibrio, no siempre fácil, entre los principios de legalidad penal, oportunidad e intervención mínima, acusatorio y de proporcionalidad, por un lado, y la finalidad educativa que se trata de conseguir a través de las mismas.*"[887]

b) La pretensión de alternar la legalidad penal con la finalidad educativa implica abandonar el criterio de las necesidades socioeconómicas que presenta el menor infractor, a la hora de la elección de la pena juvenil. Por ello es conveniente una concepción nueva, tal y como sugiere CANTARERO BANDRÉS de la manera siguiente: "… *abandonar la óptica de las necesidades y vincularlas, en todo caso, y en su justa medida, al contexto social e institucional.*"[888] Esta concepción implica optar por las necesidades educativas del menor infractor y, del mismo modo, por los principios limitadores del ejercicio de la facultad punitiva del Estado, para que arrumben el interés del menor en su manifestación asistencial[889].

[886] VENTAS SASTRE considera acertado que se regule el atender a la prueba y valoración jurídica de los hechos para la elección de la pena juvenil en la LORPM, en este sentido, véase VENTAS SASTRE, *La minoría*…, 2002, *op. cit*., p. 521.
[887] Véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2007, *op. cit*., p. 219.
[888] Véase CANTARERO BANDRÉS, *Delincuencia juvenil: ¿asistencia terapéutica…, op. cit*., p. 21.
[889] *Loc. ult. cit.*

4. El interés superior del menor y el principio de flexibilidad.

Este principio está presente en la jurisdicción común en el contexto de la ejecución penal[890], con los problemas de relativización de principios limitadores del *ius puniendi* que conlleva[891]. Estos problemas se reproducen en el Derecho penal juvenil[892], tal y como argumentamos a continuación.

Los principios constitucionales y los que configuran el Derecho penal, en general (también y sobre todo las garantías penales, según BENÍTEZ ORTÚZAR[893]) se ven modulados como consecuencia de la influencia del principio del interés superior del menor en la justicia juvenil[894]. El principio de flexibilidad es manifestación del interés superior del menor[895]; pues bien, en virtud de la citada flexibilidad, se justifica la vulneración de derechos: cuando se incumple una pena juvenil no privativa de libertad –o de otros derechos[896]-, se sustituye ésta por otra más gravosa, privativa de libertad, con la base legal de los Arts. 50.2 y 51.1 LORPM. La vulneración radica en que se realiza dicha modificación - sustitución a peor sin el proceso debido, vulnerando por tanto, la garantía jurisdiccional y la de ejecución.

El problema se manifiesta en la vulneración de derechos mencionada antes, pero, *el problema de fondo* es el fundamento del principio de flexibilidad, que radica en el del interés del menor, en virtud del cual se justifica la relativización, modulación o aligeramiento de los

890 En este contexto, destacamos el Art. 100.2 del Reglamento penitenciario.

891 Sobre dicha relativización en la jurisdicción común, véase LLOBET ANGLÍ, *op. cit.*, p. 191 y ss., GONZÁLEZ CAMPO, E., "El principio de flexibilidad en la ejecución penal", en *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal*, Nº 4, 2003, pp. 403 – 432.

892 El principio de flexibilidad en la elección (véase el Art. 7.3 LORPM) y en la ejecución de las penas juveniles (véanse los Arts. 13.1, 18, 19, 40, 49.2, 50.2, 51.1, entre otros) es manifestación no sólo del interés superior del menor sino que, además, es la característica principal y definitoria del Derecho penal juvenil. Acerca del principio de flexibilidad y su relación con el interés superior del menor, véase CANO PAÑOS, "¿Supresión…", *op. cit.*, p. 15 y ss; COLÁS TURÉGANO, *op. cit.*, p. 75 y p. 111; DE LA ROSA CORTINA, "Los principios…", *op. cit.*, p. 28.

893 Véase BENÍTEZ ORTÚZAR, *op. cit.*, p. 72.

894 Véase COLÁS TURÉGANO, *op. cit.*, p. 73.

895 En este contexto, véase COLÁS TURÉGANO, *op. cit.*, p. 241; también, véase COSTANZA SARDEGNA, *op. cit.*, p. 77.

896 En este estudio, las penas juveniles privativas de otros derechos (permiso de conducción, autorización para portar armas, inhabilitación absoluta) se incluyen en las penas juveniles no privativas de libertad –a efectos de subsumir dichas penas juveniles privativas de otros derechos en el Art. 50.2 LORPM-, para facilitar la comprensión del capítulo de esta tesis dedicado al incumplimiento de las penas juveniles no privativas de libertad, este incumplimiento contiene la misma problemática, tanto en las penas juveniles no privativas de libertad como en las privativas de otros derechos. La LORPM no regula el incumplimiento de dichas penas juveniles privativas de otros derechos, tal y como se puede observar en el Art. 50 LORPM (que sólo regula el incumplimiento de las penas juveniles privativas de libertad y de las no privativas de libertad, sin especificar nada de las penas juveniles privativas de otros derechos; tal y como sí se especifica en el Art. 32 CP); no obstante, se puede incluir el incumplimiento de dichas penas juveniles privativas de otros derechos en el Art. 50.2 LORPM, donde se regula el incumplimiento de las penas juveniles no privativas de libertad, a efectos prácticos. Las penas juveniles privativas de otros derechos son: privación del permiso de conducción, de la licencias de armas o de caza y la inhabilitación absoluta, penas juveniles reguladas en el Art. 7.1, letras n y ñ LORPM.

principios tradicionales del Derecho penal común –en concreto el principio de legalidad y el de seguridad jurídica- cuando son aplicados en la jurisdicción de menores.

Para abordar dicho problema, partimos del *objetivo* siguiente: aportar argumentos que demuestren que la flexibilización, aunque necesaria, no debería comportar disminución, ni menos todavía, renuncia de las garantías penales entre otros motivos, porque la introducción de tales garantías en la jurisdicción de menores se ha realizado de una manera plena o absoluta, tal y como se establece en el Art. 1.2 LORPM.

Para alcanzar este objetivo expondremos los diferentes posicionamientos jurídicos, para más tarde proponer la creación de un fundamento jurídico con el objetivo de que el interés superior del menor -en su condición de derecho a la educación- sea compatible con el marco constitucional.

4.1. Posicionamientos jurídicos.

La LORPM. El principio de flexibilidad en la determinación y en la ejecución de la pena juvenil se observa en la LORPM[897], en concreto en:

- su Exposición de Motivos, apartado 5º, se admite que el procedimiento a seguir en la jurisdicción de menores contiene ciertas "modulaciones", que consideramos que implican un aligeramiento de las garantías penales procesales; en el apartado 11º se determina una gama amplia de penas juveniles, a efectos de facilitar la flexibilidad durante la fase de adopción o de determinación de la pena juvenil a imponer; también durante la fase de ejecución. Y en los apartados 6º y 12º, se opta a favor de la flexibilidad afirmando que ésta adquiere el rango de "principio";

- sus Arts. 7.3, 13.1, 18, 19, 44, 44.2.b, 49.2, 50.2, y 51, entre otros, manifiestan el principio de flexibilidad en la fase de adopción o elección de la pena juvenil a imponer, también en la fase de ejecución y dentro de esta fase, en el proceso de modificación de las penas juveniles (en virtud de los Arts. 13.1, 50.2 y 51.1 LORPM).

No obstante, se regulan varias posibilidades de limitar dicha flexibilidad: en el Art. 9.2, en el Art. 10.1.b) y en el Art. 10.2 en la LORPM (en los supuestos de delitos graves o de reincidencia delictiva).

[897] Sobre las manifestaciones legales, en la LORPM, del principio de flexibilidad, véase LANDA GOROSTIZA, *op. cit.,* p. 13 y ss.

El reglamento en su Art. 20.6 asume también como propio el principio de flexibilidad en relación con la ejecución de las prestaciones en beneficio de la comunidad (régimen de flexibilidad que puede ser extensible al resto de penas juveniles no privativas de libertad y privativas de derechos).

Los Tribunales tienen en cuenta, del mismo modo, la flexibilidad en la adopción y en la ejecución de las penas juveniles, en virtud de los Arts. 7.3 y 51 LORPM: la Audiencia Provincial de Navarra[898] considera correcta la flexibilidad regulada en la LORPM; pero, la Audiencia Provincial de Cádiz[899] opina –opinión que compartimos- que la flexibilidad no ha de traspasar ciertos límites en un proceso de menores, la legalidad, entre otros.

El Tribunal Constitucional considera que la flexibilidad en la determinación y ejecución de las penas juveniles está fundamentada "… *en atención a las circunstancias del caso y a la eventual eficacia de la medida adoptada.*"[900] En el contexto de la famosa STC 36/1991, el TC[901] se posiciona a favor de admitir cierta relativización (de los principios penales tradicionales, el de tipicidad, por ejemplo) en la jurisdicción de menores, en virtud del principio de flexibilidad. Actualmente, el TC mantiene su posicionamiento favorable a la flexibilización de la ejecución de las penas juveniles, tal y como se desprende del contenido del ATC Nº 31/2009 y del ATC Nº 33/2009, ambos de 27 de enero, AATC estudiados en la tercera parte.

No obstante, el TC[902] entiende igualmente que el principio de legalidad y el de tipicidad constituyen un límite a la decisión judicial discrecional[903] -que es permitida o favorecida en base al principio de flexibilidad- sobre todo a la hora de acordar las penas juveniles a imponer al menor infractor.

La FGE se posiciona igualmente a favor del principio de flexibilidad en la ejecución de las penas juveniles en su Circular 1/2007[904]. De la misma manera, opta a favor de la flexibilidad en los supuestos de quebrantamiento de la pena juvenil en su Circular 1/2009[905].

La doctrina especializada en Derecho penal juvenil. MELERO ALONSO[906] propone que se han de flexibilizar –consideramos que equivocadamente- las garantías

---

898 Véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, S. 3ª, 15.1.2003, FJ 3º, (MP: Ilmo. Sr. D. Aurelio Herminio VILA DUPLÁ).
899 Véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, 20.4.2004, S. 5ª, FJ 2º, (MP: Ilmo. Sr. D. Ramón ROMERO NAVARRO).
900 Véase la famosa STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 8º, párrafo 4º.
901 Véase la famosa STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 7º.
902 Véase la STC 61/1998, de 17 de marzo.
903 En este contexto, véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2001, *op. cit.*, p. 96.
904 Véase FGE, Circular 1/2007, de 23 de noviembre, *sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006*, apartado VII.3. Cese y sustitución de medidas, p. 77, refiriéndose al Art. 13.1 LORPM.
905 Véase FGE, Circular 1/2009, de 27 de abril, *sobre la sustitución en el sistema de justicia juvenil de medidas no privativas de libertad por la de internamiento en centro semiabierto, en supuestos de quebrantamiento,* p. 2.
906 Véase MELERO ALONSO, *op. cit.*, p. 127.

derivadas del Estado de Derecho, en la jurisdicción de menores; también, LANDA GOROSTIZA se muestra favorable a la flexibilidad de principios en el ámbito penal de menores[907]. En cambio y más acertadamente, ORNOSA FERNÁNDEZ[908] expresa que el órgano judicial ha de considerar el principio de legalidad penal y el de seguridad jurídica igualmente, en su condición de límites al *ius puniendi* en la jurisdicción de menores, a pesar de la necesaria flexibilidad.

4.2. Propuestas de mejora.

La flexibilidad es un principio rector en la legislación penal de menores. Halla su fundamento en los beneficios (la educación o reeducación) que aporta al menor infractor. No obstante lo dicho, sostenemos que los beneficios son inferiores a los perjuicios, según se desprende de esta tesis, siendo el perjuicio principal el aligeramiento de los principios tradicionales penales, en concreto el de legalidad penal y de seguridad jurídica.

Por todo lo anterior consideramos que las ventajas citadas no pueden justificar el sacrificio de las garantías penales, de ninguna manera, tal y como añadirían ÁLVAREZ GARCÍA[909], ORNOSA FERNÁNDEZ[910], HUERTA TOCILDO[911], posicionándose en general, a favor de la irrenunciabilidad de las garantías penales; igualmente, PAREDES CASTAÑÓN[912] argumenta que los derechos fundamentales del menor no pueden ser objeto de negociación o, según razonamos aquí, de flexibilización.

907 Véase LANDA GOROSTIZA, *op. cit.*, p. 13.
908 En este contexto, véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores...,* 2007, *op. cit.*, p. 219, cuando dicha autora comenta la STC, S. 1ª, 17.3.1998, (MP: Excmo. Sr. D. Pedro CRUZ VILLALÓN).
909 Véase ÁLVAREZ GARCÍA, *op. cit.*, p. 264.
910 Véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores…,* 2007, *op. cit.*, p. 218.
911 Véase HUERTA TOCILDO, "Principios…", *op. cit.*, p. 52. En el mismo sentido garantizador que HUERTA, se posiciona igualmente GIMÉNEZ - SALINAS, *Las medidas…, op. cit.*, p. 77; y, sobre todo, ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores…*, 2001, *op. cit.*, p. 203; y, de la misma manera, la propia LORPM se manifiesta a favor de las garantías penales aplicadas en la jurisdicción de menores, en este sentido, véase su Exposición de Motivos, apartado 5, y el Art. 1.2.
912 Véase PAREDES CASTAÑÓN, *op. cit.*, p. 175, nota a pie de página Nº 57.

5. El interés superior del menor y la necesidad de un fundamento jurídico.

En este epígrafe, retomamos la propuesta de mejora enunciada anteriormente, en el subepígrafe 1.1.2, que consistía en la creación de un fundamento jurídico para el interés superior del menor inspirado en el sistema anglosajón. Aquí, dedicamos un epígrafe a esta propuesta por la importancia que tiene la creación de dicho fundamento para esta tesis.

Para dar respuesta al problema de indeterminación jurídica descrito en el epígrafe 1.1 (y también para ampliar la solución que ya apuntamos en el subepígrafe 1.1.2), igualmente, a los problemas hasta ahora comentados (colisión interés superior del menor - seguridad jurídica; el interés superior del menor como principio prioritario; el interés superior del menor y el principio de flexibilidad) enunciamos *el objetivo* siguiente: dotar de fundamento jurídico al interés del menor, que conlleva dotar de una función o concepción normativa[913], que sea garantizadora –como derecho fundamental-, al principio del interés superior del menor.

De acuerdo con este objetivo, vamos a recomendar la incorporación de elementos normativos en el concepto o principio del interés superior del menor (en lo que respecta a la redefinición de dicho interés del menor) con la misma intención que se persigue en el modelo anglosajón, que es el "… *compensar la indeterminación del principio*."[914] Así, esta tesis se vuelve a alinear con el sistema anglosajón: que el interés del menor ha de tener naturaleza o condición normativa[915] a través de un fundamento jurídico. Proponemos dotar de contenido jurídico al actual concepto del interés superior del menor, que ha de estar basado en criterios normativos preestablecidos, tal y como así plantea PAREDES CASTAÑÓN[916]. Esto lo desarrollaremos partiendo de la Constitución[917], y con la intervención de la Convención de los Derechos del Niño junto con los principios generales del Derecho penal en su manifestación de garantías penales o límites al *ius puniendi*[918], y, del mismo modo, mediante la propuesta de reinterpretar el interés del menor como derecho a la educación, desarrollo que iniciamos a continuación.

---

913 En este contexto, véase FREEDMAN, "Funciones…", *op. cit*. FREEDMAN se inspira en Miguel CILLERO BRUÑOL, del cual hay que destacar, acerca del concepto aquí estudiado –el interés superior del menor-, su importante trabajo "El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los Derechos del niño", y, también, su otro trabajo titulado "La responsabilidad penal del adolescente y el interés superior del menor".

914 *Loc. ult. cit.*

915 En este contexto, véase PAREDES CASTAÑÓN, *op. cit*., p. 183.

916 Véase PAREDES CASTAÑÓN, *op. cit*., p. 166.

917 Tal y como propone, BARTOLOMÉ CENZANO, *op. cit*., p. 53 y ss.

918 Un sector de la doctrina especializada en Derecho penal juvenil propone los siguientes principios básicos, en calidad de límites al principio del interés superior del menor (límites que, a la vez, pueden ser configuradores del fundamento jurídico del interés superior del menor), límites que debe observar el juzgador para concretar la pena

5.1. Con la intervención de la Convención de los Derechos del Niño.

A través del Art. 1.2 LORPM, la legislación penal de menores asume la doctrina internacional derivada de los tratados internacionales[919] como parte de su propio articulado, en cuanto a que las garantías y derechos regulados en tales tratados son de aplicación directa en la jurisdicción de menores.

Estamos ante recomendaciones o resoluciones, por lo general, de las Naciones Unidas –algunas de ellas sin valor vinculante[920], ni para el legislador ni para los poderes públicos, al no estar ratificadas por el Estado español ni, por tanto, formar parte del ordenamiento jurídico español-. A pesar de que algunas de tales resoluciones no tienen valor vinculante, son de gran utilidad, a efectos de interpretación de la legislación nacional[921] –de los derechos fundamentales establecidos en el Art. 24 CE-[922]. Entre las resoluciones mencionadas con carácter vinculante, podemos mencionar las *Reglas Mínimas de Naciones Unidas* (Beijing –o de Pekín-)[923] *para la administración de justicia de menores*[924]; también, las *Reglas de Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad* y, del mismo modo, las *Directrices de Naciones Unidas* (Directrices de Riad) *para la prevención de la delincuencia juvenil.*

Pues bien y en desarrollo de este subepígrafe, hemos de añadir que FREEDMAN[925] propone criterios para determinar la concepción normativa del interés superior del menor partiendo de la CDN[926]. Así, a partir de esta Convención, sugerimos interpretar dicho interés

---

juvenil a aplicar a un supuesto concreto y su duración: el principio de legalidad, el acusatorio, y el de adecuación a las circunstancias personales – interés del menor- y el de proporcionalidad, en este sentido, véase GONZÁLEZ PINEDO / REDONDO HERMIDA, "La Llei Orgànica 5/2000…", *op. cit*., p. 34. Sobre los principios inspiradores de la legislación penal de los menores, véase la Exposición de Motivos de la LORPM, apartado 3 y ss., también, MORA SÁNCHEZ, *op. cit*., p. 36 y ss.

919 En la misma línea, véase la Ley de Protección Jurídica del Menor, de 1996, Art. 3, además del art. 1.2 LORPM.

920 Acerca del carácter no vinculante de algunas de las resoluciones de las Naciones Unidas –y de otras organizaciones internacionales-, véase la STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5º, último párrafo; en la misma línea, véase la STC 114/2006, de 5 de abril, FJ 7º, STC citada por MORENILLA ALLARD, P., "Arts. 1, 2, 4, 6, 41, 42 y 61 a 64", en *Comentarios a la Ley penal del menor: conforme a las reformas introducidas por la LO 8/2006*. María del Carmen Gómez Rivero (coordinadora). Ed. Iustel. Madrid. 2007, p. 47; igualmente, véase DE LA CUESTA / BLANCO, *op. cit*., p. 12.

921 Sobre los tratados internacionales, en su condición de doctrina que inspira la acción de los poderes públicos, véase MARTÍN OSTOS, "Aspectos procesales…", *op. cit.,* p. 158 – 159.

922 Tal y como en este sentido afirmó el TC, en su famosa STC, 36/1991, 14 de febrero, FJ 6º.

923 Reglas adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985; véase la Regla 6ª.

924 En este contexto, véase la comentada STC 36/1991, de 14 de febrero, en su FJ 5º, párrafo 13º, que expresa que dichas Reglas Mínimas no vinculan al legislador.

925 Véase FREEDMAN, *"Funciones…", op. cit*., p. 4.

926 La *Convención sobre los Derechos del Niño* de las Naciones Unidas fue aprobada por su Asamblea General mediante Resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989 y su entrada en vigor fue el 2 de septiembre de 1990; España es parte firmante de esta CDN, convención asumida por el ordenamiento jurídico español mediante Instrumento de ratificación de 30 de noviembre de 1990, BOE de 31 de diciembre de 1990. Este tratado internacional sí tiene valor vinculante, como fuente formal del Derecho, al ser ratificado por el Estado español y,

del menor como un principio jurídico garantizador, tal y como así se posiciona, también, CILLERO BRUÑOL[927] junto con la doctrina internacional, a través del Comité de los Derechos del Niño de las NNUU[928].

La CDN ha sido reinterpretada, actualizada y desarrollada por el Comité de los Derechos del Niño de las NNUU, a través de varias Observaciones Generales. A continuación detallamos algunas de dichas Observaciones (que pueden servir para conseguir el objetivo de vincular el interés superior del menor al derecho a la educación): Observación General Nº 1 (2001), Anexo IX, *Propósitos de la educación*[929]; Observación General Nº 10 (2007), *Los derechos del niño en la justicia de menores*[930]; y Observación General Nº 14 (2013), *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.*

5.2. De los principios generales del Derecho penal.

Los principios penales en su condición de derechos y de límites. Todos los principios que configuran el Derecho penal pueden intervenir en mayor o menor medida en la jurisdicción de menores durante la primera fase de la vida de la pena (fase configurada por la "*conminación legal*"[931]); igualmente, durante el proceso[932]; y, de la misma manera, en la tercera fase -la de ejecución-[933].

A la hora de configurar el fundamento jurídico del interés superior del menor, planteamos enmarcar la intervención de los principios mencionados a través de la manifestación de derechos (tal y como ya hemos enunciado antes, en relación con la doctrina internacional[934]) y de límites al ejercicio de la facultad punitiva del Estado durante todas las

por tanto, formar parte del ordenamiento jurídico español; en este sentido, véase DE LA CUESTA / BLANCO, *op. cit.*, p. 10. Sobre los antecedentes (la Declaración de Ginebra de 1924, y la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959) y el proceso de elaboración de la CDN, véase RAVETLLAT BALLESTÉ, *Aproximación histórica…, op. cit.*, p. 63 y ss.

927 Véase CILLERO BRUÑOL, "El interés superior del niño…", *op. cit.*, p. 54.

928 Véase Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 14 (2013) sobre *El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*, apartado B. Garantías procesales para velar por la observancia del interés superior del niño, párrafo 85.

929 Véase Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 1 (2001), Anexo IX, *Propósitos de la educación*, 17 de abril de 2001, en relación con el Art. 29, párrafo 1 de la CDN.

930 Véase CDN, Comité de los Derechos del Niño de las NNUU, Observación general Nº 10 (2007), sobre *Los derechos del niño en la justicia de menores*, Apartado F, Párrafo 89.

931 Véase MIR PUIG, *Derecho penal. parte general, op. cit.*, p. 96.

932 *Loc. ult. cit.*

933 Véase MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General, op. cit.*, p. 97.

934 Véase la Observación General Nº 14 (2013) sobre *El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*, apartado B. Garantías procesales para velar por la observancia del interés superior del niño, párrafo 85.

fases mencionadas de la pena juvenil. En este sentido, se ha posicionado ALBRECHT[935], que propone limitar, según sus palabras, el "pensamiento educativo" [936] y a la vez, reforzar el Estado de Derecho.

A continuación, pasamos a mencionar algunos de los principios generales del Derecho penal, de donde nacen los derechos y garantías, y que van a servir de base para configurar el fundamento jurídico del interés del menor:

a) Principio de resocialización[937], en la línea de realizar un tratamiento educativo idóneo y con los medios profesionales y materiales (centros de internamiento con personal técnico y material suficiente y adecuado, etc.).

b) Principio de intervención mínima[938]. La normativa internacional[939], las recomendaciones del Consejo de Europa[940] y, por supuesto, la normativa interna (LORPM[941]), regulan y recomiendan que la respuesta penal sea la *ultima ratio*: cuando los hechos delictivos no revisten gravedad, ni violencia ni intimidación, junto con otros factores que demuestren que no es necesaria la respuesta penal, se hace necesario minimizar, igualmente, dicha respuesta penal todo lo que sea posible. Desde esta perspectiva, a los menores infractores se les debe expresar la reprobación social de su conducta delictiva por vías diferentes al proceso y a la sentencia de condena penal, siempre que sea factible[942].

c) Principio de necesidad de pena: aplicar la pena juvenil únicamente cuando sea

---

935 Véase ALBRECHT, *El Derecho…, op. cit.*, p. 11; también, ALTAVA LAVALL, "El interés del menor…", *op. cit.*, p. 377.

936 Sobre los principios en su condición de límites constitucionales a la prevención especial u orientación resocializadora de la pena juvenil (tipo de prevención que es la que nos ocupa en nuestro contexto de la justicia de menores), véase GARCÍA ARAN, *Los criterios…, op. cit.*, p. 186 y p. 226; y, en la doctrina especializada en Derecho penal juvenil, véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2001, *op. cit.* p. 93 y ss.

937 Acerca del principio de resocialización (o interés superior del menor) en la justicia de menores, véase PARÉS GALLÈS, *op. cit.*, p. 288 y ss; igualmente, HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal…, op. cit.*, p. 394. Acerca del principio de resocialización en el contexto de las penas juveniles privativas de libertad, y en virtud del Art. 55 LORPM, véase DE LA CUESTA / BLANCO, *op. cit.*, p. 119 y ss. Sobre la resocialización entendida desde las penas juveniles privativas de libertad, véase MORA SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 295 y ss.

938 ORNOSA propone los principios de oportunidad y de mínima intervención a la hora de disipar lo abstracto y lo subjetivo del concepto del interés superior del menor, en ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2007, *op. cit.,* p. 218.

939 La Convención de los Derechos del Niño de 1989, principalmente.

940 Recomendación Nº R (87) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, a los Estados miembros *sobre las reacciones sociales ante la delincuencia juvenil*, recomendación adoptada por el Comité de Ministros el 17 de septiembre de 1987; véase el apartado II. Desjudicialización.

941 En este contexto, véase el Apartado II.9 de la Exposición de Motivos, además de diversos artículos de dicha LORPM: Art. 27.4, Art. 32, Art. 36, Art. 40.

942 En este contexto, véase JIMÉNEZ - VILLAREJO, C., "La intervenció educativa en els joves delinqüents de 16 – 17 anys", ejemplar dedicado a "La intervenció educativa en l'àmbit judicial de 16 a 18 anys", Ed. CGPJ y Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Departament de Justícia – Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1994, pp. 131 - 140, p. 134 – 135; igualmente a favor de alternativas –no penales- en relación con el proceso de menores, se pronuncia la doctrina penal especializada en Derecho penal juvenil alemana; en este sentido, véase, por todos, ALBRECHT, *El Derecho…, op. cit.*, p. 96; también, la Convención de los Derechos del Niño, en su Art. 40.3.b).

necesario, de acuerdo con las exigencias de la prevención general (no será exigible sancionar una conducta delictiva cometida por un menor, si las necesidades generales o de la sociedad no lo requieren), y en el marco de la opción o finalidad político-criminal de la prevención especial[943], prioritariamente, tal y como señala SILVA SÁNCHEZ[944].

d) Principio de igualdad[945]. Este principio pretende vetar la criminalización de la pobreza[946] e igualmente, la desigualdad social; del mismo modo, aporta seguridad jurídica al concepto del interés superior del menor, a través de una jurisprudencia uniforme con la intervención del recurso de casación ex Art. 42 LORPM, entre otros instrumentos legales[947].

e) Principio de proporcionalidad, de legalidad, de seguridad jurídica y derecho a un proceso debido. Planteamos que formen parte del fundamento jurídico del interés del menor, a través de la propuesta siguiente que parte de la regulación de la LORPM: los supuestos de predeterminación legal de la pena juvenil[948], en concreto, las reglas de aplicación de las penas juveniles que establece la LORPM, en sus Arts. 9[949] y 10. Para limitar la discrecionalidad judicial al máximo, planteamos consolidar la vigencia de tales reglas; en estos dos artículos 9 y 10, se da cabida a los principios de legalidad, de seguridad jurídica y de proporcionalidad; estos principios limitan la indeterminación y la ambigüedad del interés superior del menor (y como consecuencia, la decisión judicial discrecional excesiva con riesgo de arbitrariedad) al establecer la pena juvenil grave a aplicar al menor autor de según qué delitos graves (y, también, la pena juvenil leve a imponer con ocasión de delitos leves, tal y como así se regula en el Art. 9.1 LORPM). Establecen la pena juvenil a aplicar ya desde un principio, en la LORPM, hecho que aporta seguridad jurídica.

---

943 Tal y como lo propone la doctrina en SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código Penal…, op. cit.,* p. 168 y ss y p. 181; también, BENÍTEZ ORTÚZAR, *op. cit*., p. 77.

944 Véase SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código Penal…, op. cit.,* p. 168 – 169.

945 Este principio no forma parte de los principios tradicionales del Derecho penal, en calidad de límite del *ius puniendi* (no obstante, MIR incluye la igualdad dentro del principio tradicional penal de culpabilidad, en MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, *op. cit*., p. 130.

946 Véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2001, *op. cit*., p. 191. Acerca del principio de igualdad, en la jurisdicción de menores, véase, también, BENÍTEZ ORTÚZAR, *op. cit*., p. 77.

947 En este contexto, véase CORDÓN MORENO, F., *Las garantías constitucionales del proceso penal.* Ed. Aranzadi, Pamplona. 1999, p. 89.

948 Sobre la regulación de la LORPM que establece una predeterminación legal de la pena juvenil, véase HERNÁNDEZ GALILEA, *op. cit*., p. 98 y ss.

949 Sobre las reglas establecidas en el Art. 9, véase SÁINZ – CANTERO CAPARRÓS, *op. cit*., p. 5160.

5.3. De la reinterpretación del interés del menor como derecho fundamental.

Describimos *la finalidad* a conseguir: el fundamento jurídico que hemos propuesto para el interés del menor ha de ser la base jurídica para reinterpretarlo como derecho fundamental.

Esta reinterpretación contiene *el objetivo* de que el interés del menor, como derecho fundamental, constituya un límite a la decisión judicial discrecional cuando es excesiva con riesgo de arbitrariedad, también a la indeterminación jurídica y, del mismo modo, al principio de flexibilidad. En otras palabras, el interés superior del menor, en su condición de derecho fundamental, puede ser una garantía penal más[950], como límite a la potestad punitiva del Estado en la justicia de menores, tal y como plantea PAREDES CASTAÑÓN[951].

Para conseguirlo, sugerimos seguir el proceso, el itinerario teórico o estrategias siguientes: en primer lugar, crear el fundamento jurídico del interés del menor a través de o con la aportación limitadora de los principios tradicionales del Derecho penal y de la CDN, fundamento ya propuesto anteriormente.

En segundo lugar, revisar, reinterpretar el actual concepto del interés superior del menor como un derecho fundamental, trabajo de revisión y reinterpretación que iniciamos a continuación y que materializamos en el Cap. VIII.

Según FREEDMAN[952] como también la mayoría de la doctrina especializada en Derecho penal juvenil[953], el concepto del interés superior del menor engloba a todos los derechos del menor[954], tanto los fundamentales ex Arts. 15 a 29 CE como del mismo modo los no fundamentales (ayudas socioeconómicas, vivienda, etc.). En el mismo sentido, CABEZAS SALMERÓN[955] señala que el interés superior del menor ha de ser identificado con la protección de sus derechos fundamentales. En la misma línea se posiciona CILLERO BRUÑOL[956]. ALTAVA LAVALL[957] coincide con los autores citados.

Estamos de acuerdo con lo afirmado por dichos autores, cuando expresan que el interés superior del menor está configurado por la suma de todos los derechos. No obstante, planteamos la objeción siguiente a dichas definiciones, que es la que apunta PAREDES

950 En este sentido, véase CRUZ MÁRQUEZ, *Educación…, op. cit.*, p. 24 y ss.
951 Véase PAREDES CASTAÑÓN, *op. cit.*, p. 161 y p. 164 y ss.
952 Véase FREEDMAN, "Funciones normativas…", *op. cit.*, apartado 2.
953 Véase, por todos, RAVETLLAT BALLESTÉ, "El interés superior…", *op. cit.*, p. 93.
954 En este contexto, véase el Art. 1.2 LORPM; también, RAVETLLAT BALLESTÉ, "El interés superior…", *op. cit.*, p. 93 y p. 96.
955 Véase CABEZAS SALMERÓN, *Reevaluación…, op. cit.,* p. 4.
956 Véase CILLERO BRUÑOL, "El interés superior del niño…", *op. cit.*, p. 60.
957 Véase ALTAVA LAVALL, "El interés del menor…", *op. cit.*, p. 359 y p. 361.

CASTAÑÓN: "*La objeción obvia a esta interpretación del principio es para qué sirve, en realidad, el mismo, si se trata tan sólo de reiterar, en el ámbito del Derecho penal juvenil, la vigencia de los derechos fundamentales.*"[958]

Continuamos con la consecución del objetivo antes fijado, proponiendo reconvertir el actual concepto del interés superior del menor en derecho fundamental, porque, tal reconversión:

- Facilitaría superar los déficits detectados en dicho concepto del interés del menor, a lo largo del presente trabajo, como la indeterminación jurídica, con la consiguiente discrecionalidad judicial excesiva, riesgo de arbitrariedad y, por tanto, elevado grado de inseguridad jurídica que pueden contener las decisiones judiciales discrecionales -también, las decisiones del ministerio fiscal- basadas en dicho interés del menor.

- Colaboraría a aclarar que, cuando hablamos de tal principio, nos estamos refiriendo a un derecho fundamental en concreto, al derecho fundamental a la educación, únicamente, tal y como argumentamos en la parte cuarta de esta tesis (no nos estamos refiriendo a todos los derechos y garantías constitucionales, como suele afirmar la doctrina especializada en Derecho penal juvenil, por ejemplo FREEDMAN[959] o SALA DONADO[960]). Desde esta perspectiva, sostenemos que el interés superior del menor es, además de la satisfacción de todos los derechos fundamentales, en concreto y sobre todo el derecho a la educación –en el contexto de la justicia juvenil-. Este derecho será de aplicación directa en la práctica cotidiana en los juzgados y fiscalías de menores, igual –con el mismo rango o prioridad- que el resto de derechos y garantías penales establecidas en la jurisdicción de menores, a través del Art. 1.2 LORPM.

- Aportaría un mayor nivel de protección penal al menor infractor, a través del recurso de amparo[961]; el derecho a la educación puede ser exigido individualmente (ante los tribunales[962] y, finalmente, ante el TC, a través del recurso de amparo[963]); pero, lo relevante es

---

958 Véase PAREDES CASTAÑÓN, *op. cit*., p. 168, nota a pie de página Nº 34.
959 Véase FREEDMAN, "Funciones normativas…", *op. cit.*
960 Véase SALA DONADO, *op. cit*., p. 36.
961 Para recurrir ante el TC, mediante el recurso de amparo, véase DEMETRIO CRESPO, E. / SANZ HERMIDA, A. M., *"*Sobre los requisitos para recurrir en amparo ante el TC las sentencias dictadas en el proceso penal del menor*",* en *Revista General de Derecho Penal*, Ed. Iustel. Nº 12, noviembre, Madrid. 2009, pp. 1 – 5. Sobre la protección judicial de los derechos fundamentales y su doble vía de protección (por un lado, los órganos judiciales y, por otro lado, el TC a través del recurso de amparo), véase CORDÓN MORENO, *op. cit*., p. 197 y ss.
962 Véase la Observación General Nº 14 (2013) *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial,* Apartado I. A. Introducción, punto 6, p. 4.
963 En este sentido, véase GARCÍA MACHO, "Los derechos…", *op. cit.,* p. 83. Respecto a la perspectiva de exigir el derecho fundamental a la educación directamente y ante los tribunales y a nivel individual, véase FERNÁNDEZ – MIRANDA / SÁNCHEZ NAVARRO, *op. cit.,* pp. 168 y 169.

que todos los derechos fundamentales –el de educación por supuesto- son de obligado cumplimiento para todos los poderes públicos[964].

Hemos de añadir que el derecho al interés superior del menor no es recurrible en amparo, actualmente, debido a que el TC no es competente "… *para conocer acerca de las decisiones en las que deba acudirse a principios indeterminados.*"[965], como es el del interés superior del menor; por ello y, según el TC, *"… la determinación de cuál sea ese interés superior del menor en el caso concreto es un asunto ajeno a esta jurisdicción de amparo, por corresponder su determinación a los órganos judiciales y no a este Tribunal Constitucional, que únicamente podrá comprobar si en la motivación de las resoluciones judiciales se tuvo en cuenta fundadamente dicho interés, y si no se ha incurrido en la lesión de algún derecho fundamental en los términos indicados.*"[966]

En efecto y ante la imposibilidad de recurrir en amparo la vulneración del interés superior del menor, también y con el mismo propósito (lograr una mayor protección constitucional) que ARROYO ZAPATERO[967] propuso la inclusión del derecho al "*non bis in ídem*" en el Art. 25.1 CE, proponemos ahora la inclusión del concepto del interés superior del menor en la categoría de derecho fundamental (en concreto, en el Art. 27.1 CE junto con el Art. 25.2 CE, tal y como argumentamos en el Cap. VIII), y, en este sentido, se puede articular su protección efectiva por la mencionada vía del recurso de amparo, en caso de vulneración del ahora comentado derecho fundamental a la educación.

964 En este contexto, véase la STC, Pleno, 11.4.1985, FJ 4º, párrafo último, recurso previo de inconstitucionalidad, (MP: Excma. Sra. Dña. Gloria BEGUÉ CANTÓN y Excmo. Sr. D. Rafael GÓMEZ – FERRER MORANT).

965 Véase RAVETLLAT BALLESTÉ, "El interés superior…", *op. cit.*, p. 99.

966 Véase ATC, S. 1ª, 1.2.2001, FJ 5º, (Magistrados Excmos. Pedro CRUZ VILLALÓN, Pablo GARCÍA MANZANO y Fernando GARRIDO FALLA).

967 Véase ARROYO ZAPATERO, *op. cit.*, p. 19 - 20.

CAPÍTULO IV

INDIVIDUALIZACIÓN DE LA CONSECUENCIA JURÍDICA Y EL INTERÉS DEL MENOR

1. La individualización de la consecuencia jurídica.

Estamos ante un sistema denominado "modelo individualizado" de estructuración de la intervención penal[968], también de "individualización científica personal."[969] Sobre este sistema y sobre sus reglas para individualizar la respuesta penal[970] trata el capítulo presente.

A continuación, estudiamos dichas reglas desde la óptica de la legalidad y de la seguridad jurídica; del mismo modo, analizamos la consecuencia negativa (la arbitrariedad judicial[971]) de la aplicación de tales reglas o criterios, cuando se basan en el interés del menor[972].

Para dicho estudio, es necesario hacer una breve reseña sobre la evolución jurídica del sistema de individualización de la consecuencia jurídica a aplicar a los menores infractores. En la época en la que estuvo vigente el modelo "clásico"[973], y en la jurisdicción de adultos (en

---

968 Véase CRUZ MÁRQUEZ, B., *La medida del internamiento y sus alternativas en el derecho penal juvenil.* Ed. Dykinson. Madrid. 2007, p. 57, nota a pie de página Nº 105.

969 Véase la SAP Navarra, S. 3ª, 15.1.2003, FJ 3º, apartado b), (MP: Ilmo. Sr. D. Aurelio VILA DUPLÁ).

970 Acerca de los inicios y evolución del surgimiento y justificación de la individualización de la pena, véase MIR PUIG, *El Derecho penal…, op. cit.*, p. 122 – 123. Estamos ante un sistema que individualiza la pena, a través de las medidas penales alternativas a la pena privativa de libertad (suspensión o sustitución); también, a través del cumplimiento progresivo mediante el sistema de "grados" –primer, segundo, tercer grado y libertad condicional-, en virtud del Art. 72.1 LOGP y del Art. 25.2 CE. En relación con dichas alternativas a la privación de libertad, véase, dentro del Capítulo III del Código penal, *De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional*: a) la Sección 1ª. De la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad; b) la Sección 2ª. De la sustitución de las penas privativas de libertad; c) y el Art. 97 del Código penal.
Sobre las alternativas (suspensión, sustitución y libertad condicional) a la privación de libertad, en la jurisdicción común, véase CARDENAL MONTRAVETA, **"**Función de la pena…", *op. cit.*, p. 19 y ss; también, AAVV, *Penas alternativas a la prisión.* José Cid Moliné y Elena Larrauri Pijoan (coordinadores). Ed. J. M. Bosch. Barcelona, 1997; GARCÍA ARÁN, M. / DE SOLA DUEÑAS, A., / HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Alternativas a la prisión: penas sustitutivas y sometimiento a prueba,* Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1986; CID MOLINÉ, J., "Las penas alternativas a la prisión en la reforma penal del 2003", en *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, Serie Cuadernos Penales, coordinada por José María Lidón. Publicaciones de la Universidad de Deusto. Ed. Universidad de Deusto., 2004, pp. 135 - 156; GARCÍA ARÁN, M. / DE ALFONSO LASO, D., "La sustitución", en *Studia iuridica,* Nº 17, (Ejemplar dedicado a "Las penas en el código penal"), 1999, pp. 133 – 144; MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *op. cit.*, p. 567 y ss; y p. 595 y ss., también, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., "Formas sustitutivas…", *op. cit.*, pp. 125 – 152.

971 Véase NAVARRO LÓPEZ, *op. cit.*, p. 39.

972 Sobre los criterios de determinación de la pena juvenil, véase CRUZ MÁRQUEZ, *Educación…, op. cit.*, p. 130.

973 Modelo clásico también conocido como modelo del discernimiento. Acerca del método del discernimiento, también llamado "fórmula psicológica", véase SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Minoría…, op. cit.*, p. 30 y ss.,

la que ingresaban menores de 18 y mayores de 7 años, variando estas edades levemente en función del Código penal del momento: 1822, 1848 ó 1870), se imponían 10 años de condena de pena privativa de libertad, por ejemplo y después, se ejecutaban sin apreciarse apenas ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad penal (no obstante, sí que se tenía en cuenta la minoría de edad como atenuante). Desde esta perspectiva, se posiciona MIR PUIG refiriéndose al Estado liberal clásico, en el que "… *la idea de resocialización no tenía cabida. La pena era la respuesta adecuada al delito como hecho, sin que la personalidad del sujeto pudiese verse implicada, ni siquiera a los efectos de tratamiento.*"[974]

En este contexto, la prisión o el internamiento en un centro de menores ofrecían mucha seguridad jurídica, ya que, el criterio principal a la hora de elegir la respuesta penal se basaba únicamente en la proporcionalidad en relación con el hecho criminal cometido por los menores delincuentes, criterio que era el mismo que regía en el ámbito de los adultos.

En el momento presente, avanzamos hacia un sistema que individualiza la consecuencia jurídica, cada vez más; nos dirigimos hacia un sistema para individualizar, a través de determinar la consecuencia jurídica, mediante criterios generales establecidos en la ley, previamente, tanto en adultos[975] como en menores. El sistema de individualización derivado del Estado social tiene en cuenta al individuo, sus peculiaridades o necesidades personales, tal y como señala MIR PUIG[976].

también, VENTAS SASTRE, "La minoría…", *op. cit*., p. 367 y ss., VENTAS SASTRE, *La minoría…,* 2002, *op. cit.,* p. 28 y ss y p. 105 y ss., VIANA BALLESTER, *op. cit*., p. 152 y ss; SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código*…, *op. cit*., p. 165 y ss., CRUZ y CRUZ, *op. cit.,* p. 12 y ss., MORA SÁNCHEZ, *op. cit*., p. 25 y ss. Sobre la prueba del discernimiento, véase, por todos, MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General, op. cit*., p. 579.

974 Véase MIR PUIG, *Introducción…, op. cit*., p. 164.

975 El nuevo sistema de individualización de la pena está determinado en la jurisdicción de adultos:

a) en el año 1979, mediante la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de setiembre, *General Penitenciaria*; en este marco, véase GONZÁLEZ CAMPO, *op. cit*., p. 403;
b) en el año 1982, cuando la jurisprudencia deja la valoración de la influencia de la personalidad en la determinación de la pena en manos de la discrecionalidad judicial; en este sentido, véase GARCÍA ARÁN, *Los criterios…, op. cit*., p. 222;
c) en el año 2010, véase una clara manifestación del nuevo sistema de individualización judicial de la pena en la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, *de reforma del Código penal*, Preámbulo, apartado III.

Sobre los criterios legales y judiciales de individualización de la pena, véase, además del Art. 72 LOGP, la obra de BESIO HERNÁNDEZ, M., *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena: gravedad del hecho, circunstancias personales del delincuente y compensación racional de circunstancias atenuantes y agravantes*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2011; también, MARTÍNEZ ARRIETA, *op. cit*., su ponencia "Facultades judiciales en la individualización de la pena y en la reinserción del condenado.", ponencia presentada en las XXXII Jornadas de la Abogacía General del Estado, 2010; también, CERVELLÓ / COLÁS, *op. cit*., p. 128 y ss.

976 Véase MIR PUIG, *Introducción…, op. cit*., p. 165.

1.1. Fundamento y finalidad.

Este sistema de individualización exige que los jueces y fiscales de menores hayan de tomar decisiones en relación con la pena juvenil más adecuada al menor infractor[977] y al hecho criminal cometido por éste; decisiones que se basan en gran manera, en el criterio de las necesidades[978] personales y socioeducativas de los menores infractores, prioritariamente y en menor medida, en función de la proporcionalidad en relación con las características (gravedad[979] o levedad) de la infracción penal cometida[980]. De esta afirmación, llegamos al fundamento y a la finalidad de la individualización de la pena juvenil.

El fundamento es el principio del interés del menor. Según CRUZ MÁRQUEZ[981], las penas juveniles no se seleccionarán ni aplicarán –por lo general- en proporción a la infracción cometida, sino en base a las necesidades de cada menor pensando en su interés.

La finalidad de la individualización legal y judicial (científica – personal) de la pena juvenil es la de conseguir una reinserción social más óptima para el menor sentenciado o condenado. Este sistema es un instrumento legal y judicial –también, del ministerio fiscal (en este contexto, hemos de destacar los Arts. 17.5, 18 y 19 LORPM)- para decidir qué respuesta es la más idónea para el menor (para su educación, reeducación, inserción o reinserción social) en cada momento, antes del juicio –en sede de medida cautelar- y después (en el transcurso de la ejecución de la pena juvenil[982]).

En resumen, se individualiza la pena juvenil en base al interés del menor y para conseguir sus diversas manifestaciones: la reinserción social, la educación, la reparación del daño causado, el reproche por la infracción producida, la toma de conciencia por la lesión al bien jurídico protegido, evitar la reincidencia, prevenir delitos en los otros menores infractores potenciales[983], etc.

---

977 En este contexto, cabe destacar la opinión de los jueces, en concreto de la Audiencia Provincial de Navarra, véase la SAP Navarra, S. 3ª, 15.1.2003, FJ 3º, apartado b), (MP: Ilmo. Sr. D. Aurelio VILA DUPLÁ).

978 Véase CRUZ MÁRQUEZ, *La medida del internamiento*…, *op. cit*., p. 57, nota a pie de página Nº 105.

979 La gravedad de la infracción tiene su relevancia a la hora de individualizar la pena juvenil, en este sentido, véase la regulación establecida en la LORPM, en su Art. 28.2, para decidir el internamiento cautelar, o –en caso de ausencia de gravedad- el Art. 19.1 para solicitar el sobreseimiento, o el Art. 40, para decidir la suspensión de la ejecución del fallo.

980 Sobre las diferentes características que puede adquirir una infracción en la LORPM: violencia, intimidación, cometer el hecho criminal en banda, extrema gravedad, gravedad de los hechos, se han de tener en cuenta los Arts. 9.2, 10.1.b, 10.3, 15, 18, 19.1, 28.2, y 39 LORPM.

981 Véase CRUZ MÁRQUEZ, *La medida del internamiento*…, *op. cit*., p. 57, nota a pie de página Nº 105.

982 Durante la ejecución, la individualización científica - personal es vigente, igualmente; en este marco, véase el Art. 13.1, el Art. 49.2 y, sobre todo, el Art. 51.1 LORPM.

983 En este contexto, véase LANDA GOROSTIZA, *op. cit*., p. 7.

1.2. La individualización en la LORPM y el equipo técnico.

La individualización de la pena juvenil en la legislación penal de menores aparece en la Ley de Tribunales para Niños de 1918[984]. Adquirió la condición de constitucional a través de la CE de 1978, que mejoró su intervención cualitativamente al instaurar el Estado social o del bienestar; también, a través de la STC 36/1991, de 14 de febrero; y, del mismo modo, mediante la Ley Orgánica 4/1992 (ley anterior a la actual).

El sistema se perfecciona con la LORPM[985]: su Art. 7.3 ejemplifica la corriente penal de individualizar, primero, legalmente y, después, judicialmente, la pena juvenil a la hora de la elección y de la imposición en sentencia: *"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***[986]*, puestos de manifiesto los dos últimos en los informes de los equipos técnicos."*

En principio, ante la ausencia de regulación expresa en la LORPM (en relación con las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal -que es el instrumento principal para individualizar la consecuencia jurídica-), se podría acudir según MACHADO RUIZ[987], a los Arts. 21 CP (atenuantes) y 22 CP (agravantes)[988] –también, al Art. 23 CP[989]-, supletoriamente, en virtud de la Disposición final 1ª LORPM.

La doctrina especializada en Derecho penal juvenil mantiene diversos posicionamientos respecto a la aplicación de tales circunstancias[990] –reguladas en el CP, Arts. 21 a 23[991] (atenuantes y agravantes)- en la jurisdicción de menores. No obstante, el TC[992] se

---

984 En este contexto, véase VENTAS SASTRE, "La minoría…", *op. cit.*, p. 388 citando a ANTÓN ONECA.
985 En este marco, véase la LORPM, Exposición de Motivos, el punto 11º.
986 Negrita es mía.
987 Véase MACHADO RUIZ, *op. cit.*, apartado "1. El sistema mixto.", apartado "b", último párrafo.
988 Sobre las reglas o criterios para determinar la pena en virtud de las atenuantes o de las agravantes establecidas en el CP (circunstancias modificativas de la responsabilidad penal), véase GARCÍA ARÁN, *Los criterios…, op. cit.*, p. 123 y ss., p. 188 y ss, y p. 208 y ss., también, MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General, op. cit.*, p. 595 y ss., y p. 699 y ss.
989 El Art. 23 CP es la "circunstancia mixta"; sobre esta circunstancia, véase DE LA CUESTA / BLANCO, *op. cit.*, p. 78.
990 Sobre las "Circunstancias modificativas de la responsabilidad penal" (título del epígrafe utilizado por la autora) en la jurisdicción de menores, véase GARCÍA HERNÁNDEZ, G., "Equipo técnico y medidas judiciales", Ed. Fiscalía General del Estado. Disponible en web www.fiscal.es Apartado "Documentos", "Ponencias formación continuada", "Seminario especialización en menores: protección y reforma"; 5 junio 2013; Madrid. 2013, pp. 1 – 64, p. 36 y ss. Sobre las atenuantes y agravantes en la justicia de menores, véase DE LA ROSA CORTINA, *La responsabilidad…, op. cit.*, p. 82 y ss. Sobre las "Circunstancias modificativas. Las especiales circunstancias del menor.", (título del epígrafe utilizado por la autora), véase COLÁS TURÉGANO, *op. cit.*, p. 204; también, CERVELLÓ / COLÁS, *op. cit.*, p. 85.
991 En contra de la determinación judicial de la pena juvenil en función de la concurrencia o no de circunstancias agravantes y atenuantes reguladas en el CP se posiciona la doctrina especializada en Derecho penal juvenil:
- *En contra de la aplicación de atenuantes y agravantes*, véase LÓPEZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 163; también, GARCÍA PÉREZ, O., "La competencia de los órganos de la administración de justicia de menores, las bases de la responsabilidad penal de éstos y el Derecho supletorio (Artículos 2, 3, 4, 5 y 6 del Título primero y Artículos 10, 11 y 12 del Título segundo).", en *Manuales de Formación Continuada*, ejemplar dedicado a "Justicia de menores: una

muestra contrario a su aplicación en dicha jurisdicción. En la misma línea que el TC, hemos de añadir que las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal no son las establecidas en los Arts. 21 – 23 CP a la hora de individualizar la pena juvenil judicialmente; tales circunstancias o factores, según CERVELLÓ / COLÁS[993], son la edad del menor infractor (edad que nos orientará en relación con su grado o nivel de madurez y, por tanto, de culpabilidad en los hechos), la situación sociofamiliar, la personalidad del menor, en virtud del Art. 7.3 LORPM, en definitiva, el interés del menor, que, según el Art. 3 CDN, deberá ser apreciado a la hora de adoptar la pena juvenil a imponer.

En todo caso, consideramos que es innecesario –además de problemático[994]- el recurso supletorio al CP, ya que la levedad o la gravedad del hecho ya es tenida en cuenta, en la LORPM, en su consideración de atenuante (incluso motivo de sobreseimiento o desistimiento de la acción penal) o de agravante (en este sentido, hemos de destacar el Art. 9.2.a LORPM) a la hora de individualizar la pena juvenil judicialmente.

En general, la regulación de la individualización de la respuesta penal está establecida en la legislación penal de menores, durante las dos fases siguientes:

a) antes de la ejecución. El juez de menores elige la pena juvenil más idónea a cada menor, porque, cada menor es diferente; se entiende que la más adecuada es aquella que, en principio –en base al informe del equipo técnico (en este contexto, hemos de destacar el Art. 7.3 LORPM)-, puede dar mejor respuesta a las necesidades personales, sociales y educativas del menor infractor;
b) durante la ejecución, se puede continuar individualizando judicialmente también, en virtud de los Arts. 13.1 y 51.1 LORPM, entre otros.

---

justicia mayor. Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores." Nº 9, Coordinadora Esther Giménez – Salinas i Colomer. Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pp. 45 – 80, p. 72.

- *En contra de las agravantes, a favor de las atenuantes*. También, en contra de la determinación legal de la pena juvenil en función de la concurrencia de agravantes en la justicia de menores, véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores...,* 2001, *op. cit*., p. 165 - 166.

- *A favor de tener en cuenta la presencia de atenuantes y agravantes* en la jurisdicción de menores, véase GONZÁLEZ PINEDO, L. J., / REDONDO HERMIDA, M. G., -*Informe jurídico*- "Les funcions de l'equip tècnic i l'execució de les mesures en la Llei orgànica 5/2000, de 12 de gener, reguladora de la responsabilitat penal dels menors". Informe no publicado, un ejemplar, en el Departament de Justícia – Generalitat de Catalunya. Barcelona. 2000, p. 43 y 44; GONZÁLEZ CUSSAC / CUERDA ARNAU, *op. cit*., p. 118.

992 El TC se posiciona en contra de utilizar las atenuantes y las agravantes del CP en la jurisdicción de menores; en este sentido, véase la STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 7º, párrafo 6º.

993 Véase CERVELLÓ / COLÁS, *op. cit*., p. 85.

994 En este contexto, véase ALBRECHT, *El Derecho…, op. cit*., p. 120.

En particular, especificamos los diferentes medios legales para individualizar la pena juvenil, a través de:

a) los sistemas alternativos a la imposición de una pena juvenil, que se establecen mediante:
    1) la suspensión de la ejecución del fallo (Art. 40 LORPM[995]);
    2) la desjudicialización[996], por los motivos siguientes:
        - sobreseimiento del expediente por considerarse perjudicial la continuación de su tramitación, en interés del menor (Art. 33.b y Art. 27.4 en relación con el Art. 19.1 LORPM); por conciliación o reparación entre el menor y la víctima (Art. 19 LORPM); por la derivación (la remisión de particulares) del expediente judicial de reforma a las instituciones de protección, tras el archivo –por parte del juez de menores- por sobreseimiento de la causa (Art. 33.c LORPM);
        - desistimiento de la incoación del expediente, durante el período de detención (Art. 17.5 LORPM) y, principalmente, por corrección en el ámbito educativo y familiar (Art. 18 LORPM);
    3) las alternativas a la pena juvenil de internamiento[997] (en virtud de, entre otros, los Arts. 13.1 y 51.1 LORPM);
b) el procedimiento de sustitución o modificación de la pena juvenil (Arts. 13.1, 49.2, 50.2 y 51 LORPM);
c) las reglas de conducta[998][999] y las pautas socioeducativas[1000] que acompañan a la pena juvenil de libertad vigilada (Art. 7.1.h LORPM);

---

995 Sobre la suspensión del fallo, véase FEIJÓO SÁNCHEZ, B., "Artículo 40. Suspensión de la ejecución del fallo.", pp. 423 – 430; en *Comentarios a la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. J. Díaz – Maroto y Villarejo (director). Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2008.

996 Sobre la desjudicializacón en la jurisdicción de menores, véase TORRES FERNANDEZ, M. E., "La desjudicialización como respuesta a la delincuencia de menores de edad", en *Cuadernos del Política Criminal*, Nº 79, 2003, pp. 79 – 107.

997 Sobre tales alternativas, véase CRUZ MÁRQUEZ, *La medida del internamiento…, op. cit.*, BERNUZ BENEITEZ, M. J., / FERNÁNDEZ MOLINA, E., / PÉREZ JIMÉNEZ, F., "Educar y controlar: la intervención comunitaria en la justicia de menores.", en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 11 – 12, http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11.12.pdf 2009; MORA SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 357 y ss; también, el Art. 18, el Art. 19 y el Art. 40, entre otros, de la LORPM. Igualmente, FGE, Circular 1/2000, apartado XI.7.- Quebrantamiento de la medida, p. 70.

998 Las reglas de conducta son las normas de obligado cumplimiento que, en algunos casos, impone el juez de menores en sentencia junto con la pena juvenil de libertad vigilada (el resto de penas juveniles no tienen asignadas reglas de conducta). Sobre la perspectiva de establecer algunas penas juveniles –como reglas de conducta imponibles junto con la pena juvenil de libertad vigilada- no reguladas en dicho Art. 7.1.h), véase el Dictamen 2/2013, *sobre medidas cautelares imponibles,* de la FGE.

999 Sobre las reglas para la individualización o determinación de la pena juvenil a imponer en la LORPM, véase "Las medidas, criterios para la elección de la medida aplicable" (título del subepígrafe utilizado por el autor), CÓRDOBA RODA, *La ley…, op. cit.*, p. 372 – 373; LANDROVE DÍAZ, *Introducción al Derecho penal de menores, op.*

d) las pautas sociosanitarias[1001] que acompañan a la medida terapéutica de Tratamiento ambulatorio o de Internamiento terapéutico;

e) las reglas de determinación legal de la pena juvenil[1002] (que son los criterios establecidos en la ley para determinar la pena juvenil a aplicar); las reglas para la elección o adopción[1003], para la aplicación[1004], y para la ejecución[1005] de las penas juveniles:

---

cit., p. 77 y ss; HAVA GARCÍA, E., / RÍOS CORBACHO, J. M*.,* "Las medidas aplicables a menores en la Ley 5/2000", en *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial.* – L. R. Ruiz Rodríguez / J. I. Navarro Guzmán (directores). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 143 – 179, p. 148 y ss., y, sobre todo, FGE, Circular 1/2007, apartado III, "Reglas para la determinación de las medidas", p. 24 y ss, junto con FGE*,* Circular 9/2011, apartado III, "Reglas para la determinación de las medidas", p. 14 y ss.

En el CP, se regulan, igualmente, reglas de conducta en el ámbito de la suspensión de la pena privativa de libertad ex Art. 83.1 CP y en el ámbito penitenciario (en el marco de la libertad condicional) ex 90.2 CP, entre otros.

1000 Las pautas socioeducativas las detalla, a la vez que las propone para su aprobación al juez de menores, el profesional encargado de la ejecución de la pena juvenil de libertad vigilada (profesional dependiente de la Comunidad Autónoma); dichas pautas se describen en el programa educativo individualizado –también denominado programa individualizado de ejecución, véase el Art. 10 del reglamento que desarrolla la LORPM- (sólo existe la opción de incluir pautas socioeducativas en la pena juvenil de libertad vigilada, el resto de penas juveniles no contienen pautas socioeducativas); véase el Art. 7.1.h) LORPM y el Art. 18.2 del reglamento, en referencia a la pena juvenil de libertad vigilada.

1001 *Pautas sociosanitarias*: véase el Art. 16.3 del reglamento, en relación con la medida terapéutica o de seguridad de Tratamiento Ambulatorio (Art. 7.1.e) LORPM), y el Art. 27.2, también del reglamento que desarrolla la LORPM, para la medida de Internamiento Terapéutico (Art. 7.1.d) LORPM).

1002 Sobre los "Criterios de selección y reglas de medición", "Criterios legales generales" y "Criterios legales Específicos" (título de los epígrafes utilizados por la autora), véase CERVELLÓ / COLÁS, *op. cit*., p. 128 y ss. Sobre los "Criterios de determinación legal de las medidas" (título del epígrafe utilizado por la autora), véase SANZ HERMIDA, "Responsabilidad… ", *op. cit*., p. 36 y ss.

1003 Sobre las reglas para la ***elección*** de la pena juvenil, véase, entre otros, el Art. 7.3, Art. 7.4, Art. 23.1 –cuando este precepto legal el 23.1 obliga al ministerio fiscal a que la pena juvenil a proponer sea en función de las circunstancias del hecho, de las circunstancias personales del menor autor, esto es, del interés superior del menor-, véase, también, el Art. 28 y ss. LORPM –adopción de medidas cautelares-.

1004 Sobre las reglas para la ***aplicación*** o determinación de la pena juvenil, véase, principalmente, los Arts. 9 y 10 LORPM; también, FGE*,* Circular 1/2007, apartado III*, "Reglas para la determinación de las medidas",* p. 24 y ss., también, FGE, Circular 9/2011, apartado III, "Reglas para la determinación de las medidas", p. 14 y ss., igualmente, VARGAS CABRERA, B., "Reglas para la aplicación de las medidas (Art. 9), en *Ley de la responsabilidad penal de los menores*, C. Conde – Pumpido Ferreiro (Director). Ed. Trivium, Madrid, 2001, pp. 195 – 214.

1005 Sobre las reglas generales y las reglas especiales para la ***ejecución*** de las penas juveniles en la legislación penal de menores, véase:

- en relación con las *reglas generales* (Arts. 43 a 53 LORPM y Art. 6 y ss del reglamento) para la ejecución de las penas juveniles, véase VARGAS CABRERA, B., "Reglas para la ejecución de las medidas (Arts. 46 a 53)", en *Ley de la responsabilidad penal de los menores*, C. Conde – Pumpido Ferreiro (Director). Ed. Trivium, Madrid, 2001, pp. 421 – 454, p. 448, párrafo 2º; LANDROVE DÍAZ, *Introducción al Derecho penal de menores, op. cit*., p. 109 y ss; ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2007, *op. cit*., p. 473 y ss;
- respecto a las *reglas especiales* (Arts. 54 a 60 LORPM y Art. 16 del reglamento) para la ejecución de las penas juveniles, véase PARÉS GALLÈS, *op. cit*.; también, MAPELLI CAFFARENA, B., "Reglas especiales para la ejecución de las medidas privativas de libertad", en *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial.* – L. R. Ruiz Rodríguez / J. I. Navarro Guzmán (directores). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2004, pp. 201 – 223; MONTERO HERNANZ, *La justicia juvenil en España*…, *op. cit*., p. 319 y ss., ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2007, *op. cit*., p. 501 y ss., DE LA CUESTA ARZAMENDI / BLANCO CORDERO, *op. cit*., p. 110 y ss., también, GARCÍA HERNÁNDEZ, *op. cit*., p. 43 y ss., y, también, la STS, S. 2ª, 12.2.2014, (MP: Excmo. Sr. D. José Ramón SORIANO SORIANO).

1) los criterios generales de selección de la pena juvenil se regulan en el Art. 7.3 (indirectamente, también en el Art. 30.1 LORPM), en relación con el Art. 27 LORPM, y en el Art. 8, apartado 2º[1006] LORPM;
2) los criterios específicos de selección de la pena juvenil –y de la medida terapéutica o medida de seguridad- a imponer se regulan en:
    - el Art. 5.2 junto con el Art. 7.1.d) y e) y el Art. 9.5 LORPM (medidas terapéuticas o de seguridad)[1007];
    - el Art. 9.1 LORPM (en el supuesto de delitos leves[1008], únicamente se podrá imponer la pena juvenil de amonestación, de permanencia de cuatro fines de semana como máximo, de prestación en beneficio de la comunidad de 50 horas máximo, de libertad vigilada, y la pena juvenil de privación del permiso de conducir u otras autorizaciones administrativas);
    - el Art. 9.2 LORPM (este artículo determina los supuestos en los que se puede aplicar la pena juvenil de internamiento);
    - y en el Art. 9.4 LORPM (según esta disposición legal, no se podrá internar a un menor por una conducta imprudente);

f) las reglas legales de determinación judicial de la pena juvenil[1009]:
    - la gravedad de la acción delictiva es esencial a la hora de decidir sobre el internamiento cautelar (Art. 28.2 LORPM); sobre el sobreseimiento (Art. 19.1 LORPM); o sobre la suspensión de la ejecución del fallo (Art. 40 LORPM);
    - la duración de la pena juvenil (en este contexto, hemos de destacar el Art. 7.2 en referencia a la duración de la pena juvenil de internamiento); el límite máximo será de dos años como regla general (Art. 9.3 LORPM); otras duraciones más elevadas se regulan en los Arts. 10 y 11 LORPM;
    - cuando se han de imponer varias penas juveniles, hemos de tener en cuenta el Art. 12 LORPM;
    - cuando se produce el concurso de delitos (pluralidad de infracciones), hemos de estar a lo establecido en el Art. 11 y en el Art. 12 LORPM;

[1006] En este Art. 8, apartado 2º, se establece un criterio general, que es el de la proporcionalidad, en el sentido de que la pena juvenil a imponer no podrá ser más gravosa que la establecida en el Código penal para el supuesto que el autor del mismo hecho fuese adulto.
[1007] En este marco, véase HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal…, op. cit.*, p. 388.
[1008] Los delitos leves son las infracciones penales reguladas en el Art. 13.3 CP, las antiguas faltas.
[1009] Sobre las "Reglas de determinación judicial" (título del epígrafe utilizado por la autora), véase CERVELLÓ / COLÁS, *op. cit.*, p. 134 y ss., también, SANZ HERMIDA, "Responsabilidad…", *op. cit.*, p. 37 y ss.

- la decisión judicial discrecional (Art. 13.1 LORPM, principalmente);

g) la regulación de un amplio catálogo de penas juveniles (Arts. 7, 9 y 10 LORPM), diversificando las que se impondrán al menor responsable;

h) el programa individualizado de ejecución de la pena juvenil[1010], y que aprueba el juez de menores (en virtud del Art. 44.1.c LORPM y de los Arts. 10.1.5ª y 10.1.6ª del reglamento);

i) la intervención del equipo técnico, antes, durante y después del acto del juicio oral, (Art. 27 LORPM, entre otros);

j) las "atenuantes"[1011] y las "agravantes" (que son las verdaderas circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal) reguladas en la LORPM. Ahora, detallamos tales circunstancias como instrumentos legales para la individualización judicial de la pena juvenil:

- Las "atenuantes", la principal se regula en el Art. 19; esta disposición legal determina la reparación[1012] de la lesión o del daño producido, cuando el delito es leve o menos grave.
- Las "agravantes", la más importante se establece el Art. 10.1.b: reincidencia -extrema gravedad-; el Art. 9.2.a) y el Art. 10.2: el delito –grave- cometido; el Art. 28.2: la gravedad o relevancia del hecho es relevante a la hora de decidir o no acerca del internamiento cautelar.

[1010] El mencionado programa se establece en la LORPM bajo diferentes nomenclaturas y en los siguientes artículos: "Programa individualizado de ejecución de la medida", en el Art. 7.b; "Programa de ejecución de las medidas", en los Arts. 44.2. c y 46.1; "Programa de intervención", en el Art. 7.1.h; "Programa de intervención educativa", en el Art. 54.3; "Programa", en el Art. 7.c y en el Art. 45.1; "Programa de tratamiento individualizado", en el Art. 56.2. g. Se establece, también, en el reglamento: "Programa Individualizado de Ejecución de la Medida" es la nomenclatura que el reglamento más utiliza y se recoge en numerosos preceptos reglamentarios, Art. 16.1 entre muchos otros más, como por ejemplo: "Programa de ejecución", Arts. 14.c y 17.2; "Programa de ejecución de la medida", Arts. 27.1 y 53.3; "Modelo individualizado de intervención", Art. 29.2 (en sede de ejecución de medidas cautelares); "Programas de intervención educativa", Arts. 30.1 y 33.1.
Acerca del contenido mínimo o básico que ha de figurar en los programas de cada pena juvenil, véase el reglamento de desarrollo de la LORPM, Art. 10 y ss., y, en general, también, sobre el contenido mínimo, véase MAPELLI CAFFARENA / GONZÁLEZ CANO / AGUADO CORREA, *op. cit.*, p. 291.

[1011] Los menores infractores han gozado legalmente y desde siempre de una responsabilidad penal inferior o de menor exigencia que los adultos, por el hecho de ser menores de edad, esto es, por la atenuante de minoría de edad; así, véase VENTAS SASTRE, "La minoría…", *op. cit.*, p. 303, nota pie de página Nº 5.

[1012] Sobre la consideración como atenuante de la reparación del daño, en la jurisdicción de menores, véase CERVELLÓ / COLÁS, *op. cit.*, p. 87 y ss. La reparación se regula, también –como atenuante- en el Art. 21.5ª CP, sobre la reparación del daño regulada en el Art. 21.5ª CP, en su condición de atenuante, y su trascendencia especial en el ámbito del Derecho penal juvenil, véase DE LA ROSA CORTINA, *La responsabilidad…, op. cit.*, p. 82, nota a pie de página Nº 94; acerca de la reparación véase, de la misma manera y más expresamente, en el Art. 84.1.1ª CP –en sede de condicionante para la suspensión de la condena-.

El equipo técnico[1013]. Aquí, valoramos su intervención (regulada en los Arts. 7.3, 13.1 LORPM, entre otros), desde la perspectiva de la legalidad penal y de la seguridad jurídica.

Importancia del informe[1014], en relación con la fase de individualización judicial de la pena juvenil: es valorado positivamente por jueces y fiscales de menores[1015]. Es una herramienta, que ostenta la naturaleza de prueba pericial[1016], con el único propósito de conseguir un fin: conocer –y dar a conocer- al menor infractor para individualizar la consecuencia jurídica a aplicar (la mediación – reparación entre dichas consecuencias jurídicas, en virtud del Art. 19.1 y 19.3 LORPM). Su contenido ha de ser tenido en cuenta por el juez y el fiscal de menores –sin estar vinculados- obligatoriamente[1017], a la hora de individualizar la respuesta penal y también, en caso de que sea necesario modificar ésta durante la fase de ejecución ex Art. 51.1 LORPM, entre otros (también, en sede de medidas cautelares, en virtud del Art. 28.1 LORPM).

No obstante las virtudes citadas, hemos de enunciar los déficits, desde el contexto de la legalidad penal y la seguridad jurídica.

Decíamos en el capítulo anterior que para la elección y aplicación de una pena juvenil concreta, el fundamento de dicha elección no se halla en el presupuesto legal de la Ley y del Derecho penal (no se halla en la antijuridicidad, la tipicidad o la culpabilidad –o

---

1013 Sobre la situación actual de los equipos técnicos, véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores...,* 2007, *op. cit*., p. 342 y ss; también, DE LA CUESTA / BLANCO, *op. cit*., p. 143 – 144 y p. 146.

1014 Importancia del informe del equipo técnico: para dicha valoración del interés superior del menor, un elemento esencial es el equipo técnico, en concreto su informe; en este marco, véase COLÁS TURÉGANO, *op. cit*., p. 344 y ss. Acerca del equipo técnico, véase GARCÍA HERNÁNDEZ, *op. cit*., pp. 1 – 64; también, LANDROVE DÍAZ, *Introducción al Derecho penal de menores*, *op. cit*., p. 95 – 96; ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2001, *op. cit*., p. 115; CUERVO GÓMEZ, *op. cit*., p. 22 y ss; DE LA ROSA CORTINA, *La responsabilidad…, op. cit.,* p. 153 y ss; VARGAS CABRERA, "Enumeración de las medidas….", *op. cit*., p. 184; HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal…, op. cit*., p. 444; CÓRDOBA RODA, *La ley…, op. cit*., p. 373; GONZÁLEZ / REDONDO, "La Llei Orgànica 5/2000…*", op. cit*., p. 37; VENTURA / PELÁEZ, *Ley Orgánica*…, 2000, *op. cit*., p. 128. Sobre la relevancia decisiva del informe del equipo técnico, e, igualmente, sobre la perspectiva de que el juzgador tenga en cuenta otros datos probatorios –además de dicho informe técnico-, véase el Art. 39.1 LORPM *("… todos los datos debatidos sobre la personalidad.*").

1015 En este contexto, véase la SAP de Navarra, S. 3ª, 15.1.2003, FJ 3º, apartado b), (MP: Ilmo. Sr. D. Aurelio VILA DUPLÁ).

1016 Sobre la naturaleza jurídica del informe del equipo técnico en su condición de prueba o dictamen pericial, véase FGE, Circular 1/2000, de 18 de diciembre, p. 46; igualmente, DE LA ROSA CORTINA, *La responsabilidad…, op. cit.,* p. 154 y su nota a pie de página Nº 119 citando a la Audiencia Provincial de Sevilla, esta Audiencia sostiene que el informe del equipo técnico es una prueba pericial. En contra de considerar el informe del equipo técnico como una prueba pericial, véase la opinión del magistrado juez especializado en Derecho penal juvenil CARRERA DOMÉNECH, *Manual…, op. cit.*, p. 42. Sobre los criterios jurisprudenciales (que son las reglas de la sana crítica, la lógica y la experiencia ante la ausencia de reglas tasadas de ponderación en las leyes, LECRIM y LORPM) para valorar el informe del equipo técnico, y el valor probatorio de dicho informe, en la jurisdicción de menores, véase la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5ª, 17.5.2005, FJ 1º, párrafo 4º, (MP: Ilmo. Sr. D. Ángel Luís SANABRIA PAREJO).

1017 El informe del equipo técnico se entrega al juzgado de menores, a través del ministerio fiscal (tal y como así está establecido en el Art. 27.1 y en el Art. 27.5 LORPM), para que el juez pueda realizar la individualización judicial, científica y personal de la pena juvenil en base a "… *la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor.*", Art. 7.3 LORPM.

responsabilidad- ni en la acusación), sino en la valoración de la personalidad y de las circunstancias o entorno sociofamiliar por parte del juzgador, prioritariamente o de una manera especial (en este contexto, destacamos el Art. 7.3 LORPM).

La ponderación de dichas circunstancias por parte del equipo técnico puede comportar que las propuestas –derivadas a su vez de esa ponderación- de aplicación de la pena juvenil que se formulan en el informe (y que se dirigen al fiscal y al juez de menores) estén impregnadas por una excesiva carga de sobreprotección[1018] y de paternalismo tutelar[1019]. En este marco, FIERRO GÓMEZ[1020] pone en duda la actuación de los equipos técnicos, porque su intervención está influenciada por tintes tutelares que se alejan del modelo actual de responsabilidad, y por un mínimo o ningún contenido jurídico, sin tener en cuenta "… *la valoración, importante, entendemos, de la naturaleza del hecho cometido.*"[1021]

[1018] Sobre este riesgo de sobreprotección en la jurisdicción de menores, véase VIDAL HERRERO, *op. cit.*, p. 380 y ss.

[1019] En este contexto, véase la influencia de la filosofía tutelar en los equipos técnicos de asesoramiento en los juzgados y fiscalías de menores, según FIERRO GÓMEZ, A., "La Ley del menor: crónica de una reforma anunciada", en Diario *La Ley*, Nº 6492, mayo. Madrid. 2006, Apartado IV, párrafo 11º.

[1020] En este contexto, véase FIERRO GÓMEZ, *op. cit.*, apartado IV, párrafo 12º.

[1021] Véase GARCÍA DÍEZ, M., "La ejecución de medidas en medio abierto", Ed. Fiscalía General del Estado. Localizable en www.fiscal.es Apartado "Documentos", "Ponencias formación continuada", "Seminario especialización en menores: protección y reforma"; 5 junio 2013., pp. 1 – 26, p. 25 – 26 y p. 11.

2. La decisión judicial discrecional.

Es propia de la justicia juvenil[1022]; pero fue sobre todo a partir de la Ley Orgánica 4/1992 cuando el legislador incrementó la capacidad de maniobra de tal decisión para favorecer el trabajo de los jueces y fiscales de menores a la hora de realizar una valoración adecuada del interés superior del menor[1023] adecuadamente. En este contexto, DE LA CUESTA ARZAMENDI señala que existe un marco amplio de discrecionalidad o de libertad que posee el juez de menores, en referencia a la sustitución de las penas juveniles, durante la fase de ejecución[1024].

Desde esta perspectiva, estamos ante una potestad que ostentan los jueces y, en menor medida, los fiscales de menores[1025], para la individualización de la respuesta penal. Esta potestad es un instrumento legal (por ello se habla de discrecionalidad reglada[1026]) que el legislador pone en manos de dichos fiscales y jueces de menores; por este motivo, la decisión judicial discrecional se materializa en un amplio margen de libertad, en relación con la selección[1027] -y modificación durante el transcurso de la ejecución[1028]- de la pena juvenil. En este marco, la discrecionalidad judicial es "generosa" en la legislación penal de menores[1029], que puede producir ciertos riesgos.

Los riesgos citados los ilustramos planteando *el problema* a resolver: observamos un elevado margen de maniobra judicial[1030], se da libertad absoluta al juez de menores para interpretar y aplicar algunas disposiciones legales de la LORPM; en este contexto, hemos de destacar el Art. 7.1.h 7ª (el juez de menores puede imponer la regla de conducta siguiente: "*Cualesquiera otras obligaciones que el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, estime*

1022 En este marco, véase URRUTIA ELORZA, portavoz del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos, en el Senado, durante el proceso de reforma del Proyecto de Ley de reforma de la LORPM, Enmienda Nº 73, último párrafo, publicada en el BOCG, Senado, Serie II, de 21 de septiembre de 2006, Nº 68.
1023 En este contexto, véase LÓPEZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 112.
1024 Véase DE LA CUESTA ARZAMENDI, "La ejecución de las medidas en la LO 5/2000.", *op. cit.*, p. 198. En este contexto, véase, también, HAVA / RÍOS, *op. cit.*, p. 148; GÓMEZ RIVERO, *op. cit.*, p. 13 y ss.
1025 Discrecionalidad del juez y, también, del ministerio fiscal, tal y como así se puede verificar en el Art. 19.1 LORPM.
1026 Tal y como afirma la jurisprudencia en, entre otras, la STS, S. 2ª, 30.6.2011, FJ 8º, párrafo 9º, (MP: Excmo. Sr. D. Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE).
1027 Véase CERVELLÓ / COLÁS, *op. cit.*, p. 47.
1028 En este contexto, véanse los arts. 13.1 y 51.1 LORPM, entre otros; no obstante, las posibilidades de modificación o sustitución de la pena juvenil, posibilidades que se permite a la decisión judicial discrecional, están limitadas ante delitos graves, tal y como se regula en el 10 LORPM. En este contexto, véase, también, LANDROVE DÍAZ, *Derecho penal…, op. cit.*, p. 271.
1029 Véase GONZÁLEZ / CUERDA, *op. cit.*, p. 81.
1030 El juez de menores dispone de un elevado margen de maniobra en su toma de decisiones, tal y como en este sentido se posiciona la FGE, en su Circular 1/2009, pp. 17 – 18; en la misma línea, véase DE LA CUESTA ARZAMENDI, "La ejecución de las medidas en la LO 5/2000.", *op. cit.*, p. 198; también, sobre "… *el preocupante poder discrecional.*", que permite el concepto del interés superior del menor, véase ÓSCAR VILLAMAYOR, *op. cit.*, p. 265.

convenientes…", que como se puede observar implica un amplio margen de discrecionalidad judicial, con riesgo de arbitrariedad); del mismo modo, el Art. 50.2 LORPM –el concepto "*excepcionalmente*", que no lo define el legislador-, etc. Esa libertad amplia puede producir –y aquí viene la manifestación del problema- arbitrariedad judicial[1031], así como vulneración del principio de separación de poderes debido al amplio margen de discrecionalidad judicial, que permite que los jueces pueden "generar Derecho"[1032].

Causa del problema: la indeterminación jurídica del concepto del interés del menor[1033]. El conflicto se inicia en la actividad legislativa, en la fase de creación de las leyes (cuando el legislador redacta normas jurídicas abstractas[1034] e indeterminadas). Si su creación o redacción es defectuosa o deficitaria desde la óptica de la legalidad y la seguridad jurídica, se produce o facilita el arbitrio judicial excesivo, tal y como la doctrina penal ha estudiado: "*Se admite como problema el arbitrio judicial que resulta excesivo en toda la administración de justicia criminal, pero que puede achacarse a las propias leyes y no tanto a los tribunales.*"[1035]

A continuación, detallamos los riesgos o implicaciones negativas del problema:

- Muchos supuestos (los delitos leves o los menos graves en los que no se ha utilizado violencia o intimidación contra las personas, o no se ha creado "… *grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas.*", Art. 9.2.b LORPM) no están sujetos a ninguna regla a la hora de imponer una pena juvenil, con lo que la discrecionalidad judicial es absoluta.

- La separación entre el poder público[1036] (el poder judicial, los jueces y fiscales de menores) y la ley, en el sentido de que los poderes públicos se desvinculan de la ley –produciendo indefensión o abandono del ciudadano menor de edad- con ocasión de la abstracción, incertidumbre e indeterminación de la legislación penal[1037]. Cabe añadir la opinión de la Audiencia Provincial de Barcelona: "… *a mayor grado de incerteza de la ley, por los motivos que fueren, menor grado de sujeción del Juez a la ley y, consecuentemente, mayor grado de sujeción del ciudadano al poder personal del Juez.*"[1038]

1031 Véase CERVELLÓ / COLÁS, *op. cit*., p. 47; también, ÓSCAR VILLAMAYOR, *op. cit*., p. 267.

1032 Sobre la opción de creación de Derecho por parte del poder judicial, véase MORESO MATEOS, *La indeterminación*, *op. cit*., p. 238. Un ejemplo de "generación de Derecho" por parte del poder judicial: el Tribunal Supremo aplica una circunstancia atenuante nueva y no establecida en el CP, en virtud del Art. 21.7 CP, a partir de la cual se reduce la pena como consecuencia de la "*atenuante analógica de cuasi-prescripción*"; en este sentido, véase la STS, S. 2ª, 7.4.2016, FJ 8º, (MP: Excmo. Sr. D. Francisco MONTERDE FERRER).

1033 Véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2007, *op. cit*., p. 253.

1034 Sobre la abstracción de las normas y el arbitrio judicial, véase FERRERES COMELLA, V., *Justicia constitucional y democracia.* Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª edición. Madrid, 2007, p. 97.

1035 Véase MATA Y MARTÍN, "Desarrollo…", *op. cit*., p. 354.

1036 El concepto de "*poder público*" lo emplea la Constitución española, en sus Arts. 9, 27, 39 a 41, 44 a 51, y 53, entre otros.

1037 Véase ÁLVAREZ GARCÍA, *op. cit*., p. 42, citando a NAUCKE.

1038 Véase Auto de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 6ª, 28.11.2013, FJ 7.5, párrafo 3º, (MP: Ilmo. Sr. D. José Luis RAMÍREZ ORTÍZ).

- El deterioro de la reinserción social, de la prevención especial positiva, si las decisiones judiciales discrecionales se inspiran en la prevención general[1039].

- El perjuicio del propio interés del menor, en el sentido planteado por RAVETLLAT BALLESTÉ: "… *esa nota de indeterminación y discrecionalidad judicial llevada al extremo, en otras palabras, mal interpretada, podría conducirnos a resoluciones dictadas en un sentido absolutamente contradictorio con el perseguido, atendiendo, justamente, al calificado como desinterés superior del menor.*"[1040]

- El arbitrio judicial[1041] elevado[1042], tal y como afirma ROLDÁN XOPA[1043] y ÁLVAREZ GARCÍA[1044], con el riesgo de que tal arbitrio puede transformarse en arbitrariedad, si es mayor, desmesurado o sin límites legales definidos. El proceso de individualización judicial de la consecuencia jurídica a aplicar al menor culpable suele quedar expuesto según GONZÁLEZ / CUERDA, al "… *casuismo, al decisionismo y a la arbitrariedad.*"[1045]

- La debilitación de la legalidad penal, de la seguridad jurídica[1046] y de los derechos que la normativa internacional regula, como es la *Convención de los Derechos del Niño*[1047].

- La discrecionalidad judicial, si es excesiva, se puede situar fuera de las normas garantizadoras procesales y penales, según BENÍTEZ ORTÚZAR[1048].

Para superar el problema que se manifiesta en los mencionados riesgos e implicaciones negativas, apuntamos *el objetivo* a conseguir: aportar argumentos en la línea de hacer disminuir el margen de actuación de las decisiones judiciales discrecionales en la medida de lo posible, a través de introducir una mayor taxatividad (también una mayor

1039 En este contexto, véase PALAZZO / BARTOLI, *op. cit*., p. 99.
1040 Véase RAVETLLAT BALLESTÉ, "El interés superior…", *op. cit*., p. 97.
1041 Acerca del arbitrio judicial –o discrecionalidad judicial-, véase COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, 1999, *op. cit*., p. 919 y ss; GARCÍA ARÁN, *Los criterios…, op. cit*., p. 50 y ss., sobre el arbitrio judicial, en general, véase NIETO GARCIA, A., *El arbitrio judicial,* Ed. Ariel. Barcelona. 2000. Sobre la frontera y la diferencia entre la discrecionalidad judicial y la arbitrariedad judicial, véase GARCÍA AMADO, J. A., "¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?", en *ISEGORÍA*, Nº 35, julio-diciembre, 2006, pp. 151 – 172; pp. 151 – 153. Sobre el arbitrio judicial, en el marco de la legalidad penal y la seguridad jurídica, véase RODRÍGUEZ MOURULLO, G., "Principio de legalidad y arbitrio judicial", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Nº 1. Ejemplar dedicado a "La vinculación del juez a la ley", 1997, pp. 279 - 296.
1042 Contra el riesgo de arbitrio judicial elevado o excesivo se ha posicionado la doctrina penal, véase por todos: COBO DEL ROSAL / QUINTANAR DÍAZ, *op. cit*., p.134; contra la excesiva discrecionalidad judicial en el ámbito de los menores, véase DE VICENTE MARTÍNEZ, *op. cit*., p. 27.
1043 Véase ROLDÁN XOPA, J., *La Suprema Corte como legislador (Sobre interpretación Constitucional, "porciones normativas" y aborto)*: en http://www.congresodurango.gob.mx/la%20corte%20como%20legislador.pdf 2012, p. 2.
1044 Véase ÁLVAREZ GARCÍA, *op. cit.,* p. 84.
1045 Véase GONZÁLEZ / CUERDA, *op. cit*., p. 81.
1046 De este riesgo ya nos advierte la doctrina especializada en Derecho penal juvenil, en este sentido, véase CILLERO BRUÑOL, "El interés superior del niño…", *op. cit*., p. 46.
1047 En este contexto, véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2001, *op. cit*., p. 77; también, COSTANZA SARDEGNA, *op. cit*., p. 72 – 73.
1048 Véase BENÍTEZ ORTÚZAR, *op. cit*., p. 65.

proporcionalidad) en todas aquellas disposiciones legales que presentan un alto grado de indeterminación o abstracción por estar fundamentadas en el interés superior del menor y que, por tanto, facilitan la decisión judicial discrecional excesiva. La aportación de los argumentos mencionados la iniciamos a partir de los subepígrafes siguientes, pero también y sobre todo, mediante propuestas prácticas "*de lege ferenda*" en la tercera y cuarta parte.

Para acabar este epígrafe introductorio, mencionamos los posicionamientos jurídicos siguientes. A favor de la decisión judicial discrecional en la justicia de menores, se posiciona la normativa internacional y, más concretamente, las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores*, la Regla 6ª.

Igualmente el legislador a través de la LORPM, tal y como se puede deducir de la Exposición de Motivos, apartado 12º.

El TC está a favor del mismo modo: en el año 1991, el TC proponía que "… *se deje más espacio a la discrecionalidad judicial para ponderar las circunstancias personales y sociales del menor, en orden a obtener su efectiva reinserción social.*"[1049]

La doctrina[1050] se muestra también, favorable hacia la decisión judicial discrecional, por ser necesaria, aunque con ciertas cautelas.

En contra de la decisión judicial discrecional amplia o excesiva (cuando se confunde con la arbitrariedad judicial), en el sentido de que entraña cierto peligro[1051], se ha posicionado la doctrina; desde esta perspectiva, ha sido calificada como inconstitucional por CARMONA SALGADO[1052].

2.1. Fundamento y finalidad.

El fundamento que sostiene la facultad discrecional del órgano judicial y desde la óptica de la prevención especial positiva[1053] se centra en la necesidad de ponderar las circunstancias personales del menor infractor para conseguir una individualización óptima de

[1049] Véase la famosa STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 7º.
[1050] Véase MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General, op. cit.*, p. 113.
[1051] En este contexto, véase CERVELLÓ / COLÁS, *op. cit.*, p. 47, citando a TAMARIT SUMALLA.
[1052] En este contexto, véase CARMONA SALGADO, "Artículo 19", *op. cit.*, p. 37.
[1053] Véase PALAZZO / BARTOLI, *op. cit.*, p. 101 y ss., también, GÓMEZ RIVERO, *op. cit.*, p. 13 y ss.

la pena juvenil, a efectos de lograr la reinserción social efectiva[1054], la consecución del interés del menor[1055].

La finalidad de tal facultad es doble: favorecer el interés del menor, tal y como desde esta perspectiva se posiciona la jurisprudencia[1056] y el CGPJ[1057]; y, además aligerar la carga[1058] o el esfuerzo que comporta para el legislador la redacción de unas normas penales claras, determinadas, con unos contornos definidos y, por tanto, coherentes con el principio de legalidad y con el de seguridad jurídica.

2.2. Límites a la decisión judicial discrecional.

Limitar la decisión judicial discrecional[1059] no es una solución al problema, más bien, es una necesidad[1060] para impedir la arbitrariedad judicial[1061] que puede producirse a través del concepto jurídico indeterminado que se contiene en la expresión "interés superior del menor". La solución pasa por redactar normas jurídicas precisas o vetar la redacción de normas abstractas en los textos legales.

Por todo ello, planteamos los mecanismos legales para limitar la decisión judicial discrecional junto con algunos argumentos jurídicos y alternativas (la proporcionalidad y la taxatividad) sobre la manera de limitar tal decisión, en todas las fases del procedimiento, incluso durante la fase de ejecución de las penas juveniles (que se inicia en el Art. 46 LORPM).

1054 La relación entre el favorecer la discrecionalidad judicial y la consecución de la reinserción social del menor sentenciado se puede observar en la STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 7º.

1055 Sobre "El interés superior del menor y la discrecionalidad judicial" (título del epígrafe utilizado por el autor), véase ÓSCAR VILLAMAYOR, *op. cit.*, p. 267 y ss.

1056 Véase la STS, S. 1ª, Pleno, 6.2.2014, FJ 5º, punto 3, (MP: Excmo. Sr. D. Rafael SARAZÁ JIMENA).

1057 Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, MP: Excmo. Sr. D. Adolfo PREGO DE OLIVER Y TOLIVAR, informe de fecha 23 de noviembre del 2005. Observación cuarta, p. 19.

1058 Tal y como ya sucedió durante el período del año 1991 hasta el año 1992, ante el vacío legislativo producido por la declaración de inconstitucionalidad de la LTTM (vacío que finalizó con la promulgación de la Ley Orgánica 4/1992, ley anterior a la actual), en concreto de su Art. 15 LTTM, mediante la STC 36/1991, de 14 de febrero, sentencia que sugirió llenar dicho vacío legislativo a los jueces de menores a través de la discrecionalidad judicial: el TC otorgó libertad –proponiendo unos criterios o textos normativos básicos, la CDN de 1989, entre otros- a los jueces de menores para aplicar un proceso de menores no previsto en ningún texto legal; en este marco, véase la citada STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 6º.

1059 Sobre los límites a la discrecionalidad judicial en el ámbito de menores, véase CRUZ MÁRQUEZ, *Educación…, op. cit.*, p. 118; en adultos y según MIR PUIG, los límites a aplicar a la decisión judicial discrecional son, entre otros, el principio de resocialización de las penas y medidas de seguridad, el principio de intervención mínima, y el principio de humanidad de las penas; en este marco, véase MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General, op. cit.*, p. 121 y ss.

1060 Véase NAVARRO LÓPEZ, *op. cit.*, p. 39.

1061 En este contexto, véase la Circular 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.,* apartado VI.4.A.- Desistimiento del ejercicio de la acción.

2.2.1. Las disposiciones establecidas en la LORPM.

Se ha limitado la discrecionalidad judicial y, consecuentemente, se ha restringido la influencia del interés superior del menor en los últimos cambios producidos en la LORPM -por ejemplo la gran reforma efectuada a través de la Ley Orgánica 8/2006 de modificación de la LORPM[1062]-. Tales reformas se han dirigido en contra del interés superior del menor (a causa de esa mencionada limitación de la decisión judicial discrecional), pero al mismo tiempo, han repercutido a favor de la legalidad, de la seguridad jurídica[1063], del derecho a un proceso debido y de la proporcionalidad[1064]. En este contexto, hemos de tener en cuenta los artículos más relevantes de la LORPM que limitan o condicionan tal discrecionalidad en la fase de elección y adopción de la pena juvenil:

a) Períodos de seguridad (períodos mínimos de cumplimiento obligatorio) establecidos en los Arts. 10.1 y 10.2 LORPM.

b) Principio acusatorio*,* que se materializa en la petición de la acusación particular y del ministerio fiscal. Este principio se regula en el Art. 8, párrafo 1º LORPM, en virtud del cual la decisión judicial discrecional se limita, ya que el juez de menores no puede imponer una pena juvenil que implique más restricción de derechos que la que inste el fiscal de menores o solicite la acusación particular.

c) Motivación de las sentencias[1065]. Esta obligación emana del Art. 120.3 CE[1066], y está regulada, también, en el Art 7.3 y en el Art. 39.1 LORPM, entre otros. Es además, un derecho del ciudadano a la tutela judicial efectiva ex Art. 24.1 CE[1067]. De esta obligación, surgen otras

---

1062 Sobre la reforma de la legislación penal de menores, a través de la LO 8/2006, véase CARMONA SALGADO, "Algunas consideraciones…", *op. cit*.; ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2007, *op. cit*., también, FGE, Circular 1/2007, de 23 de noviembre, *sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006*.

1063 En este contexto, véase SÁINZ – CANTERO CAPARRÓS, *op. cit*., p. 5160.

1064 Véase LORPM, Exposición de Motivos, párrafo 5º, de la modificación de la citada LORPM, modificación realizada a través de la Ley Orgánica 8/2006. En la misma línea, véase el párrafo 6º de la misma Exposición de Motivos, donde, igualmente, se puede intuir el camino, a favor de la legalidad, la seguridad jurídica y proporcionalidad –y en contra de la indeterminación jurídica que se contiene en el concepto del interés superior del menor, también en contra de la discrecionalidad judicial- que está eligiendo el legislador.

1065 Sobre la motivación de las sentencias, véase CORDÓN MORENO, *op. cit*., p. 178. También, véase la STS, 2ª, de 12.05.08, (MP: Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado García); también, la STC, Pleno, 5.6.2013, (MP: Excmo. Sr. D. Pascual SALA SÁNCHEZ). Acerca del deber de motivación de las sentencias, en el ámbito civil (esta argumentación es extensible a la jurisdicción penal), véase la STS, S.1ª, Pleno, 18.4.2013, FJ 3º, (MP: Excmo. Sr. D. José Ramón FERRANDIZ GABRIEL); AYO FERNÁNDEZ, *op. cit*., p. 245 y ss., también, COLOMER HERNÁNDEZ, I., "La sentencia en el proceso penal de menores", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 56, Mes 1, 2003, pp. 175 – 210, p. 204 y ss.

1066 Sobre las pautas que se deben de utilizar para motivar la sentencia, esto es, la justificación o razonamiento respecto a la concreción de la extensión de la pena, véase la STS, S. 2ª, 9.10.2003, FJ único, párrafo 11º, (MP: Excmo. Sr. D. Julián Artemio SANCHEZ MELGAR).

1067 Acerca del deber de motivar las resoluciones judiciales y su relación con el contenido de derecho fundamental, en concreto con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva establecido en el Art. 24.1 CE, véase la STC, S. 1ª, 12.12.2005, (MP: Excmo. Sr. D. Roberto GARCÍA – CALVO y MONTIEL). Véase,

hacia los jueces que, a la vez, son garantías, instrumentos contra la arbitrariedad judicial: el deber de fundar la resolución en Derecho[1068] y el deber o principio de congruencia[1069].

d) Informe del equipo técnico (regulado en los Arts. 7.3, 13.1 LORPM, entre otros). Otro límite a la decisión judicial discrecional es el dictamen de los expertos, el dictamen pericial, tal y como señala MONTIEL / RAMÍREZ[1070]; dentro de este apartado, se puede incluir el respeto por el interés del menor[1071], como un límite más.

f) Supuestos de inimputabilidad: eximentes reguladas en el Art. 5.2, en relación con el Art. 9.5 LORPM. El juez de menores está condicionado a imponer una medida terapéutica[1072], cuando aprecie la existencia de circunstancias eximentes en el menor infractor.

g) Las reglas para la aplicación de las consecuencias jurídicas que están reguladas en los Arts. 9 y 10 LORPM; en virtud de éstas, sólo es posible imponer unas penas juveniles determinadas:

- en el supuesto que la infracción cometida sea un delito leve[1073] ex Art. 9.1 LORPM, la consecuencia jurídica a aplicar será leve, también (no privativa de libertad);
- en el supuesto que la infracción cometida sea un delito grave ex Arts. 9.2 y 10.2 LORPM (supuestos de extrema gravedad[1074]: los regulados en los Arts. 138, 139, 179, 180, 571 a 580 CP y aquellos delitos con pena asociada de privación de libertad igual o superior a 15 años ex Art. 10.2[1075] LORPM). Los citados artículos 9.2 y 10.2 establecen unos supuestos de mayor punición, agravados, que obligan al juez de menores a aplicar unas penas juveniles concretas (privativas de libertad) a la vez que graves[1076];

también, la STS, S. 2ª, 9.10.2003, FJ único, párrafo 11º, (MP: Excmo. Sr. D. Julián Artemio SÁNCHEZ MELGAR).

1068 Véase la STS, S. 2ª, 12.11.2013, FJ 2º, párrafo 4º, (MP: Excmo. Sr. D. Carlos GRANADOS PÉREZ).

1069 Sobre este deber de congruencia, véase CORDÓN MORENO, *op. cit*., p. 175 y ss. Véase, también, la STS, S. 2ª, 12.11.2013, FJ 1º, párrafo 8º, (MP: Excmo. Sr. D. Carlos GRANADOS PÉREZ); STS, S. 2ª, 8.11.2011, FJ 1º, párrafo último, (MP: Excmo. Sr. D. Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE); STS, S. 3ª, 15.7.2010, FJ 2º, (MP: Excmo. Sr. D. Juan Carlos TRILLO ALONSO).

1070 Véase MONTIEL FERNÁNDEZ, J. P., / RAMÍREZ LUDEÑA, L., "De camareros estudiantes de biología a jueces biólogos. A propósito de la sentencia del BGH sobre los hongos alucinógenos y la deferencia a los expertos en el ámbito penal", en *InDRET Revista para el análisis del Derecho*, www.indret.com Nº 1. Enero. Barcelona. 2010, p. 21.

1071 Véase GÓMEZ RIVERO, *op. cit.,* p. 13.

1072 En este marco, véase HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal…, op. cit*., p. 388.

1073 Los delitos leves son las infracciones penales reguladas en el Art. 13.3 CP, las antiguas faltas.

1074 Sobre los "Hechos susceptibles de calificarse como de extrema gravedad" (título de subepígrafe utilizado por la FGE), véase FGE, Memoria 2012 (en la que se describe el trabajo realizado por las diferentes fiscalías del Estado español durante el año 2011), apartado 7.6. Fiscal de Sala Coordinadora en materia de menores, p. 939.

1075 En este contexto, se posiciona la FGE en su Circular 9/2011, p. 14 cuando analiza los preceptos 10.1.b, segundo y tercer párrafo y 10.2 LORPM.

1076 Véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2007, *op. cit*., p. 220; en la misma línea, véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2001, *op. cit*., p. 192.

- acciones y omisiones imprudentes. El juez de menores está supeditado respecto a la pena juvenil a imponer, cuando los hechos son calificados como imprudentes (Art. 9.4 LORPM –se descarta el internamiento cerrado-).

h) Pluralidad de infracciones; en este supuesto y en virtud del Art. 11.1 LORPM, el juez de menores se ha de someter a otro límite legal, para determinar la pena juvenil a imponer y la duración de ésta; así, dicho juez de menores habrá de tener presente "*… la naturaleza y el número de las infracciones, tomando como referencia la más grave de todas ellas.*"

2.2.1.1. La proporcionalidad.

Es un principio más entre los limitadores del ejercicio de la facultad punitiva del Estado[1077] -a la hora de limitar la discrecionalidad judicial excesiva-, en la jurisdicción de menores; la argumentación que enunciamos aquí gira alrededor de esta premisa.

El sistema que aquí proponemos a favor de la seguridad jurídica, con la intervención de la proporcionalidad[1078] a la hora de limitar la decisión judicial discrecional[1079], se instauró a través del Art. 9 LORPM[1080], tal y como afirma VALBUENA GARCÍA[1081]. En virtud de dicho Art. 9, se obliga al juez de menores a aplicar penas juveniles graves cuando el delito cometido es grave, y, a la vez, se aplican penas juveniles leves cuando el delito es leve[1082].

A continuación, detallamos los diferentes posicionamientos jurídicos que limitan la decisión judicial discrecional, en virtud del principio de proporcionalidad.

El legislador introduce el principio de proporcionalidad en la legislación penal de menores a través del Art. 8, 2º LORPM[1083], entre otros (como el Art. 9 LORPM); de su

[1077] Véanse las limitaciones a la intervención punitiva del Estado derivadas del principio de proporcionalidad en la jurisdicción de menores, en DE LA ROSA CORTINA, *La responsabilidad…, op. cit.,* p. 85 y ss.
[1078] Sobre la "Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho" (título del artículo utilizado por el autor), en referencia a la proporcionalidad para evitar la inseguridad jurídica y la arbitrariedad, véase FEIJOO SÁNCHEZ, "Individualización…", *op. cit.*, p. 9.
[1079] Sobre la proporcionalidad como límite a la decisión judicial discrecional a la hora de elegir la pena juvenil, véase GÓMEZ RIVERO, *op. cit.*, p. 14; también, TOMÉ TAMAME, *op. cit.*, apartado "El principio de proporcionalidad". Sobre la proporcionalidad y la discrecionalidad judicial, véase GONZÁLEZ – CUELLAR SERRANO, *op. cit.*, p. 313 y ss.
[1080] Sistema que se instauró a través de la Ley Orgánica 8/2006, de 4 diciembre, por la que se modificó la LORPM.
[1081] Véase VALBUENA GARCÍA, *op. cit.*, p. 34, nota a pie de página Nº 75.
[1082] No obstante, hay una excepción, hay una situación en la que la infracción es leve, pero la LORPM obliga a imponer una sanción grave: el Art. 9.1 determina que, por la comisión de una falta (actualmente, delito leve previsto en el Art. 13.3 CP), sí se puede imponer una pena juvenil grave o privativa de libertad, la de permanencia de fin de semana.
[1083] Véase SANZ HERMIDA, "Responsabilidad…", *op. cit.*, p. 34.

lectura, se deduce que la proporcionalidad es una garantía para el menor infractor, ya que no se verá penalizado de una manera más grave que el adulto ante el mismo delito[1084].

El Tribunal Constitucional[1085] ya propuso acotar la decisión judicial discrecional que existía en la legislación de menores, a través de la proporcionalidad.

El Tribunal Supremo[1086] sostiene que la proporcionalidad puede limitar o en todo caso, definir "… *cualquier decisión judicial.*", en este marco, puede acotar la decisión judicial discrecional –también, en el momento de individualización judicial de la pena-.

La FGE a través de su Circular 1/2009, se posiciona igualmente, a favor de la proporcionalidad como contrapeso a la decisión judicial discrecional[1087].

La doctrina penal[1088] expresa que el principio de proporcionalidad es un límite insalvable en relación con la decisión judicial discrecional y además, sostiene que tal decisión –en la fase de individualización de la pena- está vinculada al principio de proporcionalidad[1089]; hemos de resaltar la opinión de FEIJÓO SÁNCHEZ cuando valora la proporcionalidad en el momento de la determinación de la pena como un principio que combate la inseguridad jurídica y la arbitrariedad todo lo posible y que, a la vez, permite *"… un mayor control de este aspecto por parte de tribunales superiores."*[1090] En esta línea, ORNOSA FERNÁNDEZ señala que la proporcionalidad es un límite a la flexibilidad o margen de maniobra que ostenta el juez de menores a la hora de elegir la pena juvenil[1091].

2.2.1.2. La taxatividad.

Puede ser otro límite a la decisión judicial excesiva y al principio de flexibilidad, que se permite en la legislación penal de menores, en concreto en el Art. 7.3 LORPM, entre otros.

La solución al problema planteado antes pasa por la introducción de más taxatividad en la legislación penal de menor, para impedir las normas abstractas en los textos legales, que

---

1084 En este marco, véase COLÁS TURÉGANO, *op. cit.*, p. 111; también, SANZ HERMIDA, "Responsabilidad...", *op. cit.*, p. 34.
1085 Véase la STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 7º.
1086 Véase la STS, S. 2ª, 16.10.2014, FJ 3º, (MP: Excmo. Sr. D. Joaquín GIMÉNEZ GARCÍA).
1087 Véase FGE, Circular 1/2009, pp. 17 – 18.
1088 Véase DE LA MATA BARRANCO, N., "Individualización como última fase del proceso de determinación de la pena". Universidad Nacional del Sur. Departamento de Derecho. Seminarios de Derecho e Institucionales. Documento de Trabajo Nº 7. Bahía Blanca. 7 de diciembre de 2007, pp. 1 – 44, http://www.uns.edu.ar/congresos/DerInstitu/docs/MataBarranco.pdf p. 3; también, DE LA MATA BARRANCO, "Aspectos nucleares…", *op. cit.*, p. 165.
1089 Véase DE LA MATA BARRANCO, *El principio…, op. cit.,* p. 227 y ss.
1090 Véase FEIJOO SÁNCHEZ, "Individualización…", *op. cit.*, p. 9.
1091 Véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2001, *op. cit.*, p. 192.

revertirá en una disminución de la discrecionalidad judicial excesiva y en un aumento de la precisión del significado del interés del menor, tal y como señala ÓSCAR VILLAMAYOR[1092].

En este marco y a título de *conclusión*, queremos dejar patente que dicha taxatividad es uno de los límites más importantes para limitar la decisión judicial discrecional excesiva, sobre todo el riesgo de arbitrariedad. Por ello planteamos las propuestas de mejora a lo largo de esta tesis, especialmente en la parte tercera.

[1092] Véase ÓSCAR VILLAMAYOR, *op. cit.*, p. 265.

3. El principio de oportunidad y el fiscal de menores.

En primer lugar, hemos de constatar la relevancia de la LORPM a la hora de instaurar el principio de oportunidad[1093] en nuestro ordenamiento jurídico, tal y como señala GIMENO SENDRA, refiriéndose a dicha ley así: "… *la pionera en la instauración de dicho principio*."[1094]

En segundo lugar, añadimos que la individualización de la pena juvenil es competencia del juez de menores, pero también, del ministerio fiscal en virtud de, entre otros, los Arts. 17.5, 18 y 19 LORPM, que son los más emblemáticos de la oportunidad.

Este principio es uno de los pilares básicos de la jurisdicción de menores[1095]; es tan significativo que está presente en todas las fases del procedimiento penal[1096], incluso en la fase de ejecución de la pena juvenil (en este contexto, hemos de tener en cuenta el Art. 51.3 LORPM). Tal presencia es gracias y principalmente a los tratados internacionales[1097] (Convención de los Derechos del Niño, de 1989, Art. 40.3.b); Declaración de Belfast (16) de 2006[1098], apartado 16, relativo a la justicia restaurativa; etc.), tratados que se han reflejado en las diversas legislaciones europeas más avanzadas[1099].

Tal principio es una manifestación o vertiente del de intervención mínima[1100] y, sobre todo, del interés del menor. Desde esta perspectiva, vamos a estudiar la utilización del repetido principio por parte del ministerio fiscal, en el contexto de la legalidad penal y de la seguridad jurídica.

1093 Sobre el principio de oportunidad en la jurisdicción de menores, véase GIMENO SENDRA, "El principio…", *op. cit.*, Apartado 2. B) b). VIDAL HERRERO, *op. cit.*, p. 192 y ss; DOLZ LAGO, M. J., "El principio de oportunidad del fiscal, las soluciones extrajudiciales, el sistema de recursos de la ley, la regulación legal de la ejecución de medidas.", en *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal,* Nº 6, 2000, (Ejemplar dedicado a: *Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*), pp. 487 – 536; ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2007, *op. cit.*, p. 92 y ss; MARTÍNEZ SERRANO, A., "Principios sustantivos y procesales básicos de la responsabilidad penal de los menores establecidos en la LO 5/2000.", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, ejemplar dedicado a "La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*"*. (Coordinadora: M. R. Ornosa Fernández). Nº 3, 2001, pp. 17 a 39, apartado 4; FGE, Circular 1/2000, apartado VI.2.C.- *Desistimiento de la incoación del Expediente: juicio de oportunidad acerca del ejercicio de la acción penal*; FGE, Instrucción 10/2005, *sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil*, apartado 7.-1.1 El desistimiento en la incoación de expediente. Igualmente, Conclusiones de las Jornadas de Delegados –Fiscales de menores- de Secciones de Menores, realizadas en Segovia el 3 y 4 de noviembre de 2008; Conclusiones de las Jornadas de delegados – fiscales de menores- de menores, realizadas en León el 5 y 6 de noviembre de 2009; y, principalmente, MÁRQUEZ BONVEHÍ, *op. cit.*, pp. 1 – 26.

1094 Véase GIMENO SENDRA, "El principio…", *op. cit.*, Apartado 2 B. b).

1095 Véase MÓNER MUÑOZ, *op. cit.*, (apartado "Consultas"), p. 110.

1096 En este sentido, *loc. ult. cit.*

1097 Sobre el principio de oportunidad en la jurisdicción de menores y su relación con los tratados internacionales, véase MÁRQUEZ BONVEHÍ, *op. cit.*, p. 4.

1098 Declaración realizada por la Asociación Internacional de Jueces y Magistrados para la Juventud y la Familia, en su 17º Congreso Mundial, celebrado en Belfast, Irlanda del Norte, el 27 de agosto al 1 de septiembre de 2006.

1099 En este contexto, véase DE LA ROSA CORTINA, "Los principios…", *op. cit.*, p. 22.

1100 En este contexto, véase CANO PAÑOS, "¿Supresión…", *op. cit.*, p. 14 y p. 19.

Al mismo tiempo, profundizamos en el citado principio como manifestación del interés superior del menor, ya que se pueden emplear las posibilidades que permite para una mejor individualización de la pena juvenil (que redunda en el citado interés del menor), en concreto a través de la mediación, reparación y conciliación.

Para profundizar en el principio de oportunidad, empezamos describiendo una definición, en el contexto de la jurisdicción de menores, procedente de DE LA ROSA CORTINA, que compartimos totalmente: "*El principio de oportunidad (…) supondría dar la posibilidad de que el Juez o el Ministerio Fiscal, en determinados casos, den por finalizado anticipadamente el proceso o incluso no lleguen a incoarlo, pese a disponer de pruebas de cargo.*"[1101] Esto quiere decir que es posible que, ante una infracción penal cometida por un menor, no se persiga penalmente tal infracción (a diferencia de lo que sucede en adultos en virtud del Art. 100 LECRIM y del Art. 124 CE) tal y como señala MÁRQUEZ BONVEHÍ[1102]. Significa también que, aunque se haya iniciado el proceso de instrucción, éste acabe sin sentencia; incluso es posible que la pena juvenil impuesta no se cumpla o no se ejecute aunque recaiga sentencia (en este sentido, hemos de tener en cuenta el Art. 40 LORPM).

A modo de *conclusión*, afirmamos que el principio de legalidad pierde preponderancia a favor de la oportunidad reglada, en el proceso penal de menores.

3.1. Fundamento y finalidad.

Ya desde el año 1992 y como mínimo desde el ámbito de los jueces de menores[1103], se tuvo claro que no se deben de utilizar las penas juveniles desde una óptica retributiva como respuesta al hecho criminal cometido por menores, si la resocialización de éstos puede llegar a conseguirse mediante otras vías[1104] mínimamente (como la "diversión" –o derivación-, la desjudicialización, la mediación - reparación, etc., expresiones todas ellas del principio de oportunidad). De esta afirmación, podemos deducir la finalidad y el fundamento del principio de oportunidad.

La finalidad de este principio en la jurisdicción de menores es, según DE LA ROSA CORTINA, "… *que el proceso contra el menor solamente nazca o continúe cuando no sean factibles otras soluciones para encauzar el conflicto.*"[1105] También, es la de que un elevado número de menores

[1101] Véase DE LA ROSA CORTINA, "Los principios…", *op. cit.*, p. 22.
[1102] Véase MÁRQUEZ BONVEHÍ, *op. cit.*, p. 3.
[1103] En este contexto, véase FABIÁ MIR, *op. cit.*, pp. 499 – 510.
[1104] En este contexto, véase DE LA ROSA CORTINA, "Los principios…", *op. cit.*, p. 22.
[1105] *Loc. ult. cit.*

infractores (los que han cometido una acción delictiva de entidad leve) son apartados del proceso penal y, al mismo tiempo, las infracciones de más entidad o gravedad mayor son enjuiciadas en dicho proceso; en este marco –y añadiendo otras ventajas de la oportunidad-, se pronunció la Fiscalía Provincial de Lugo[1106]. A estas ventajas cabe añadir la finalidad última, la resocialización del menor infractor[1107], que es a la vez, fundamento de tal principio de oportunidad, que ampliamos a continuación.

El fundamento en la jurisdicción común, se halla en motivaciones de interés social (la readaptación del infractor, la atención a la víctima, etc.). En menores[1108] sucede lo mismo, pero dicho interés social se denomina o se identifica con el interés superior del menor. Éste, a su vez, se manifiesta en primer lugar y de manera general en conseguir la reinserción social del menor infractor[1109] mediante su colaboración voluntaria en programas de readaptación, tal y como expresa SANTANA VEGA[1110]. En segundo lugar y más en particular, dicho interés del menor se manifiesta en relación con el menor con historial delictivo en conseguir también la reinserción social mencionada a través de "recuperar" a dicho menor que ya ha entrado en los circuitos de la justicia juvenil (juzgados, centros de internamiento, etc.), intentando impedir que vuelva a participar de ellos. Y en relación con el menor sin antecedentes ("primario" o menores con entorno sociofamiliar normalizado), evitar que ingrese en estos circuitos para impedir su estigmatización[1111].

3.2. El principio de oportunidad en la legislación penal de menores.

En la LORPM[1112], la expresión más evidente del principio de oportunidad la podemos observar en las soluciones extrajudiciales, que se manifiestan a través de los Arts. 17.5, 18 y 19 –también, en el Art. 27.3, en el Art. 27.4 y en el Art. 51.3[1113]-, tal y como se

1106 Véase FGE, Memoria 2009 (en la que se expone el trabajo realizado por las fiscalías durante el año 2008), p. 844.
1107 *Loc. ult. cit.*
1108 Sobre dicha fundamentación, en la jurisdicción de menores y en referencia a los tratados internacionales, véase MÁRQUEZ BONVEHÍ, *op. cit.*, p. 4.
1109 Véase DE LA ROSA CORTINA, "Los principios…", *op. cit.*, p. 22.
1110 Véase SANTANA VEGA, "Principio de oportunidad…", *op. cit.*, p. 116.
1111 Véase FRANCÉS LECUMBERRI, *op. cit.*, p. 3.
1112 Sobre la justícia restaurativa, y su relación con el principio de oportunidad, en la LORPM, véase VIDAL HERRERO, *op. cit.*, p. 250 y ss.
1113 A favor de incluir el citado Art. 51.3 LORPM dentro del ámbito de cobertura del principio de oportunidad, véase FRANCÉS LECUMBERRI, *op. cit.*, p. 21, y p. 35. Sobre la perspectiva de aplicación o de vigencia del

pronuncia MÁRQUEZ BONVEHÍ[1114]. No obstante, dichas soluciones pueden abarcar otros ámbitos, además del desistimiento y el sobreseimiento (como la prestación de servicios en beneficio de la comunidad ex Art. 5.1.f) del reglamento, según ÁLVAREZ RAMOS[1115]).

A continuación –y en el contexto de las soluciones extrajudiciales-, mencionamos dos expresiones específicas del principio de oportunidad[1116] en la LORPM:

a) El desistimiento[1117] implica la no iniciación de un procedimiento penal contra el menor aunque existan indicios y pruebas incriminatorias de su autoría: en virtud del Art. 17.5, que regula el desistimiento por parte del ministerio fiscal[1118] en el momento en el que el menor está en situación de detenido; y del Art. 18 LORPM, en aquellos supuestos de "… *infracciones menores y casos de 'primer delito.*"[1119]
b) El sobreseimiento permite acabar el procedimiento de una manera anticipada, aunque éste ya se haya iniciado (Arts. 19, 27.3 y 27.4[1120] LORPM).

En el reglamento, el principio de oportunidad tiene su reflejo en su Art. 5, relativo al "*Modo de llevar a cabo las soluciones extrajudiciales.*" (soluciones que son las antes detalladas –sobreseimiento y desistimiento-).

3.2.1. La mediación, reparación, conciliación.

Este subepígrafe trata sobre la manifestación más significativa del principio de oportunidad (y del mismo modo, del principio del interés superior del menor[1121], tal y como

principio de oportunidad una vez iniciada la ejecución de la pena juvenil –y después de realizada la conciliación-, véase MÁRQUEZ BONVEHÍ, *op. cit.*, p. 23 y ss.

1114 Véase MÁRQUEZ BONVEHÍ, *op. cit.*, p. 19, haciendo referencia al Auto de la Audiencia de Barcelona de 1 de junio de 2011, Rollo 369/2011, Juzgado de Menores Nº 5 de Barcelona.

1115 Véase ÁLVAREZ RAMOS, F., "Mediación penal juvenil y otras soluciones extrajudiciales" en *International e-Journal of Criminal Science.* Artículo 3, Nº 2, Disponible en web http://www.ehu.es/ojs/index.php/inecs/article/view/258 2008, p. 7.

1116 Sobre las "Manifestaciones específicas del principio de oportunidad.", (título del subepígrafe utilizado por la autora), véase COLÁS TURÉGANO, *op. cit.*, p. 323 y ss.

1117 Véase FGE, Memoria 2013, (en que se describe la actividad de la FGE durante el año 2012), p. 418. Sobre datos estadísticos en relación con el número de diligencias preliminares en las que se hizo uso, por parte del ministerio fiscal, del desistimiento en virtud del Art. 18 LORPM, véase FGE, Memoria 2014 (en la que se expone la actividad de la FGE durante el año 2013), p. 447. Sobre la regulación legal del desistimiento de la acción penal por parte del ministerio fiscal en Alemania, véase ALBRECHT, *El Derecho…, op. cit.*, p. 160 y ss.

1118 Sobre las previsiones legales contenidas en la LORPM en relación con el desistimiento y sobre la necesidad de que dichas previsiones han de ser "… *cubiertas por los acuerdos que se adoptan en cada una de las distintas Secciones de Menores –de las fiscalías-, se trata de fijar criterios para que la actuación de la Sección sea coherente e igual para todos.*", sobre estos criterios, véase MÁRQUEZ BONVEHÍ, "Soluciones judiciales…", *op. cit.*, p. 8 – 9.

1119 Véase DE LA ROSA CORTINA, "Los principios…", *op. cit.*, p. 23.

1120 Sobre los criterios de la FGE a la hora de solicitar el sobreseimiento, en virtud del Art. 27.4 LORPM, véase FGE, Dictamen 4/2013, *sobre criterios para solicitar el sobreseimiento del expediente conforme al art. 27.4 de la LORPM.*

1121 Sobre la relación entre la mediación y el interés del menor, véase SALA DONADO, *op. cit.*, p. 369.

expresa PANTOJA GARCÍA[1122]), que es la diversificación y la desjudicialización, a través de las figuras legales – reglamentarias de la mediación[1123], la reparación y la conciliación[1124], entre el menor infractor y la víctima.

Regulación. En una primera etapa (durante el período del año 1990 al 1991) la mediación no estaba regulada de una manera expresa en la legislación de menores; ante esta ausencia de habilitación legal, se hubo de acudir a la legislación internacional[1125] y sobre todo, a la *"… colaboración de los jueces de menores y aprovechar la amplia discrecionalidad de la Ley de Tribunales Tutelares de menores de 1948 vigente en aquel momento*."[1126]

En una segunda etapa, hallamos el precedente legislativo más directo de la mediación, que está en la ley anterior a la actual, en concreto en la LO 4/1992, de 5 de junio[1127], en sus Arts. 15.1, regla 6ª, y 16.3.

En la LORPM[1128], la manifestación primera de la mediación se establece en los apartados 9, 13 y 15 de la Exposición de Motivos; la segunda expresión a la vez que más determinante se regula en los Arts. 19, 27.3 y 51.3, entre otros artículos.

Reglamento: la mediación tiene su reflejo en los Arts. 4, 5, 8.7, 15 y 60.5.

Aquí, exponemos tres definiciones que compartimos de la mediación, la primera de ellas es de GIMENO VIDAL, que la apuntamos aquí por su sencillez y concisión: "*La mediación se lleva a cabo entre el presunto autor del delito y su víctima con el objetivo de que ambas partes lleguen a un acuerdo que concrete la forma como puede resolverse el problema creado por el delito*."[1129] Otra

[1122] Véase PANTOJA GARCÍA, "Unas notas…", *op. cit*., p. 309.
[1123] Sobre las figuras de la diversificación y la desjudicialización, a través de la mediación, véase VIANA BALLESTER, *op. cit*., p. 179 y ss.
[1124] Los primeros programas de mediación surgieron en EEUU y en Canadá, en la década de los 70, en este marco, véase ÁLVAREZ RAMOS, *op. cit*., p. 23. Sobre "La concreción del principio de oportunidad y los procesos de mediación, conciliación y reparación en la LORPM" (título del epígrafe utilizado por la autora), véase FRANCÉS LECUMBERRI, *op. cit*., p. 18 y ss. En general y sobre la mediación en la justicia juvenil, véase CRUZ MÁRQUEZ, B., "La mediación en la Ley orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: conciliación y reparación del daño.", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea) http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-14.pdf Núm. 07-14, 2005, pp. 1 – 34; FEDUCHI BENLLIURE, L., *et al*, "El programa de mediación y reparación a la víctima.", en *Cuadernos de psiquiatría y psicoterapia del niño y del adolescente*. Ed. Sociedad Española de Psiquiatría y Psicoterapia del Niño y del Adolescente. Nº 28. Madrid. 1999, pp. 77 – 102. NOGUEROLES LLINARES, V., "La mediación en la justicia juvenil", en Lexnova – portal jurídico, Ed. Thomson Reuters; DÜNKEL, *op. cit*., pp. 1 – 16; GIMENO VIDAL, R., / NOGUERAS MARTÍN, A., "De la mediación y la reparación a la víctima a la Prevención", en *Revista de Educación Social*, Nº 15. Julio. Localizable en internet http://www.eduso.net/res/2012, pp. 1 – 15.
[1125] Sobre la mediación – reparación a nivel internacional, véase MÁRQUEZ BONVEHÍ, *op. cit*., p. 13.
[1126] Véase GIMENO VIDAL, R., "La mediación en el ámbito penal juvenil", en *Educación social: revista de intervención socioeducativa*. Barcelona. Nº 8, 1998, pp. 29 – 35, p. 29.
[1127] Sobre la mediación en la ahora comentada LO 4/1992, véase GIMENO VIDAL, "La mediación…", *op. cit.*
[1128] Sobre la mediación en la LORPM y en el reglamento, véase ÁLVAREZ RAMOS, *op. cit*., p. 6 y ss.
[1129] Véase GIMENO VIDAL, "La mediación…", *op. cit*., p. 29.

definición parecida y que añade la figura principal de la mediación, la de un tercero –el mediador- es la que propone ÁLVAREZ RAMOS[1130].

El Consejo de Europa y el Parlamento europeo han propuesto otra definición a través de la Directiva 2012/29/UE, que es la que afirma que la "justicia reparadora", es "… *cualquier proceso que permita a la víctima y al infractor participar activamente, si dan su consentimiento libremente para ello, en la solución de los problemas resultantes de la infracción penal con la ayuda de un tercero imparcial.*"[1131]

Problema a resolver: a pesar de las anteriores ventajas, lo cierto es que la mediación no está exenta de riesgos –posible vulneración de derechos fundamentales[1132]- de críticas doctrinales o contradicciones[1133], como la posible vulneración del principio de presunción de inocencia[1134], en concreto del derecho a no confesarse culpable ex Art. 24.2 CE. La mencionada vulneración se puede producir con ocasión del reconocimiento del hecho criminal por parte del menor infractor ante los representantes del equipo técnico sin las debidas garantías penales – procesales establecidas en el Art. 24.2 CE y en el Art. 1.2 LORPM. Así, se puede ver vulnerado el derecho fundamental a no confesarse culpable, y, por ello, hemos de tener presente la siguiente normativa que puede favorecer la mencionada vulneración: el Art. 19 apartado 2º y 3º LORPM. En virtud de esta normativa y a título de ejemplo, mencionamos el programa de mediación en la CA de Catalunya, donde constan los criterios básicos de acceso a dicho programa; uno de los principales criterios es que el menor asuma la responsabilidad –y por tanto, su culpabilidad- del daño o perjuicio ocasionado: "*Asumir la responsabilidad en relación con los daños o perjuicios ocasionados. Esto significa que asume su acción y las consecuencias que se derivan de dicha acción.*"[1135]

1130 Véase ÁLVAREZ RAMOS, *op. cit.*, p. 4.

1131 Véase la Directiva 2012/29/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen *normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, Art. 2.1.d).*

1132 Sobre la posibilidad de vulneración de derechos fundamentales a través de los programas de mediación, véase VIDAL HERRERO, *op. cit.*, p. 260.

1133 En este contexto, véase NOGUEROLES LLINARES, *op. cit.*, apartado 4.1; también y en relación con las "Principales objeciones contra la justicia reparadora", (título del subepígrafe utilizado por la autora en su obra), véase HALL GARCÍA, *op. cit.*, p. 324 y ss.

1134 Sobre el riesgo de erosión o debilitamiento de los principios penales tradicionales limitadores del poder estatal de castigar, en concreto, el principio de presunción de inocencia -como consecuencia de los programas de mediación y reparación- se posiciona la doctrina especializada en Derecho penal juvenil, véase TAMARIT SUMALLA, "Principios político-criminales…", *op. cit.*, p. 19 (en relación con el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable; sobre este derecho, véase, también CORDÓN MORENO, *op. cit.,* p. 154).

1135 Véase Departament de Justícia. Generalitat de Catalunya. Secretaria de Serveis Penitenciaris, Rehabilitació i Justícia Juvenil. Direcció General de Justícia Juvenil. Programa de mediació i reparació a la jurisdicció de menors Servei de Mediació i Assessorament Tècnic. Diciembre de 2001 (programa revisado en julio de 2011), p. 13.

No obstante y a favor de la mediación, cabe añadir a la vez que *concluir* que existen alternativas a dichas desventajas o contradicciones[1136] y que en general, la justicia restaurativa a través de la mediación contiene más beneficios que perjuicios en el contexto de la justicia educativa de menores.

3.3. La relación entre oportunidad y legalidad.

A pesar de que, en virtud de la oportunidad, es posible no perseguir un delito, aunque existan indicios y pruebas incriminatorias de la autoría, la relación entre el principio de oportunidad y el de legalidad – seguridad jurídica es pacífica a priori, en el sentido de que la compaginación o adaptación de la oportunidad a la legalidad es posible. Se deduce la constitucionalidad de dicha relación desde el momento en que es la propia ley la que permite tal relación[1137] adaptada a la Constitución.

A pesar de que dicha relación es pacífica y también de las ventajas que concede la oportunidad, enunciamos *el problema* a resolver: en primer lugar, no es suficiente que la ley regule la oportunidad; el hecho de que sea la misma ley la que fije las circunstancias y condiciones de libertad de actuación, de intervención o de discrecionalidad del ministerio fiscal, no es garantía de constitucionalidad suficiente; y no por ello hemos de considerar dicha ley coherente con el marco constitucional o con la legalidad penal y la seguridad jurídica, ya que la ley puede extralimitarse a la hora de otorgar cobertura legal a la discrecionalidad o margen de actuación del ministerio fiscal. Además no es garantía suficiente, porque dicha regulación puede ser compatible con la legalidad penal y no con la seguridad jurídica, en el sentido que apunta ORTIZ ÚRCULO[1138]. Tampoco es garantía suficiente que la ley regule dicho margen de maniobra, porque en algunos casos de desjudicialización, la oportunidad puede perjudicar la legalidad penal, entre otros principios como señala CRUZ MÁRQUEZ[1139], como consecuencia de los mecanismos legales que regulan la desjudicialización citada, que permiten el archivo de la causa. En este contexto, hemos de destacar el Art. 18 párrafo 2º

[1136] En este contexto, véase NOGUEROLES LLINARES, *op. cit.*, apartado 4.2.
[1137] En este contexto, véase MARTÍNEZ SERRANO, *op. cit.*, p. 27.
[1138] Véase ORTIZ ÚRCULO, *op. cit.*, p. 3405.
[1139] En este sentido, véase CRUZ MÁRQUEZ, "Presupuestos…", *op. cit.*, p. 245 – 246; CUELLO CONTRERAS, *op. cit.*, p. 39; también, en este sentido de posible pérdida de garantías penales o erosión de las mismas, véase SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código Penal…, op. cit.,* p. 181, garantías que, según SILVA "… *son fundamentales para la vertebración del sistema.*" Véanse más críticas al principio de oportunidad en GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 2, cuando esta autora señala que se rompen los cimientos del Derecho penal clásico (los principios tradicionales del Derecho penal) debido a la primacía del interés superior del menor; también, ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2007, *op. cit.*, p. 65; véase HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal…, op. cit.*, p. 66 y, del mismo autor y obra, véase p. 435, nota a pie de página Nº 524 donde HIGUERA describe los efectos nocivos que, según O. GARCÍA PÉREZ, comporta la desjudicialización.

LORPM, disposición legal criticada por la doctrina, por entender que se confiere un arbitrio al ministerio fiscal que produce discriminación negativa para el menor: "*Sin embargo, entiendo que (…) se originaría una discriminación negativa para el menor, ya que la indefinición jurídica del párrafo 2º del Art. 18, podría dejar al arbitrio del Fiscal la apreciación de una circunstancia que, por garantía jurídica, debería reconducirse al contenido y límites de la reincidencia.*"[1140]

En segundo lugar y como más importante, la legislación concede un nivel de decisión discrecional al ministerio fiscal[1141] que puede ser desmesurado o excesivo (en concreto, en los Arts. 18, 19 y 27.4 LORPM), tal y como admite la propia FGE, bajo los siguientes términos: *"El Decreto del Fiscal por el que acuerde la conclusión de la instrucción deberá ser motivado y expresar su causa legal, con indicación del art. de la Ley en que se ampara, pues aun* ***siendo su discrecionalidad muy extensa***[1142] *y flexibles los presupuestos de su ejercicio, su facultad es de naturaleza reglada y ello obliga a hacer explícitos los motivos en que se funda con el fin de* [1143]***disipar toda sospecha de arbitrariedad****."*[1144]

Como ejemplo que ilustra la afirmación antes dicha, de que la ley concede un nivel de discrecionalidad elevado, comentamos los Arts. 17.5, 18 y 19; el ministerio fiscal "*podrá*" tomar la decisión de:

a) desistir de la acción penal, podrá no iniciar o, también, renunciar al procedimiento a través del desistimiento de la incoación, tal y como así lo establece el Art. 17.5 – durante la detención del menor- y el Art. 18 LORPM, si se observa "*corrección",* en el ámbito educativo o familiar;
b) proponer el sobreseimiento del expediente al juez de menores, si concluye que ha habido o puede haber conciliación entre el menor infractor y su víctima (Art. 19 LORPM); o que ha habido reproche en el menor, o ha transcurrido un tiempo excesivo desde que el menor pudo haber cometido los hechos (en virtud del Art. 27.4 en relación con el Art. 19.1 LORPM).

Este exceso de discrecionalidad puede vulnerar la seguridad jurídica debido a que la libertad de decisión de impulsar el procedimiento o la persecución penal, ante una acción delictiva, puede provocar arbitrariedad y, a la vez, vulneración del principio de igualdad.

1140 Véase DOLZ LAGO, "El principio…", *op. cit.*, p. 492.
1141 Véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores...,* 2001, *op. cit.*, p. 96.
1142 Negrita es mía.
1143 Negrita es mía.
1144 Véase la Circular 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.,* apartadoVI.4.A.- Desistimiento del ejercicio de la acción.

Estas facultades amplias o libertad de decisión se caracteriza por una ausencia de control judicial directo -acerca del desistimiento de la acción penal, en virtud del Art. 17.5 y del Art. 18 LORPM- (sí hay control indirecto –en sede de sobreseimiento- a través de los Arts. 19 y 27.4 LORPM). La ausencia de control o revisión directa por parte del juez de menores se produce en el Art. 18 LORPM, tal y como LÓPEZ LÓPEZ afirma, en relación con una de las modalidades del principio de oportunidad reglada, el desistimiento, en el sentido de que de todas las modalidades del mencionado principio: "… *la que se revelará estadísticamente más relevante es la que concede el Art. 18 LORPM, según el cual, el Fiscal de Menores, en los albores del procedimiento y* ***sin posibilidad de revisión judicial o administrativa alguna***[1145]*, puede desistir de la incoación del expediente de reforma si se dan los requisitos siguientes*…"[1146] En este marco JIMÉNEZ SEGADO cuestiona la "… *falta de control jurisdiccional de los Decretos de archivo y de desistimiento.*"[1147], decretos que firma el ministerio fiscal, en virtud de los Arts. 16.2, 17.5, 18 y 19.4 LORPM. Nos encontramos también, ante una ausencia de control de la acusación particular[1148]. Estas ausencias pueden ir en contra de la seguridad jurídica y, sobre todo, del principio de exclusividad jurisdiccional[1149] al existir un riesgo de arbitrariedad evidente tal y como admite la propia FGE[1150].

Resumiendo el problema, la relación entre el principio de oportunidad y el de legalidad – seguridad jurídica es pacífica, a priori, pero conflictiva al final, debido a las amplias facultades discrecionales que la LORPM concede al ministerio público[1151] en virtud del mencionado principio de oportunidad.

Para abordar dicho problema, detallamos *el objetivo* a conseguir: estudiar el principio de oportunidad como la manifestación más importante del interés superior del menor que se expresa a través de algunas disposiciones legales de la legislación penal de menores,

---

1145 Negrita es mía.

1146 Véase LÓPEZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 162.

1147 Véase JIMÉNEZ SEGADO, *op. cit.*, en el apartado 3 ("principio de oportunidad y acusación particular"), párrafo 5º.

1148 En contra de la supervisión de la acusación particular, véase FGE, Jornadas de Fiscales delegados de menores. Conclusiones. 16 y 17 de octubre de 2013. Madrid., p. 1. También, FRANCÉS LECUMBERRI, *op. cit.*, pp. 8 – 9

1149 A pesar del riesgo de vulneración del principio de exclusividad jurisdiccional, el Pleno del TC, en su Auto de 22 de junio de 2005, negó la vulneración de este principio de exclusividad jurisdiccional, Art. 117.3 CE, por la aplicación del principio de oportunidad en la LORPM, por la perspectiva de desistimiento del fiscal sin control judicial, véase JIMÉNEZ SEGADO, *op. cit.*, nota a pie de página Nº 11.

1150 Véase la Circular 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., apartado* VI.4.A.- Desistimiento del ejercicio de la acción.

1151 Véase ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*…, 2001, *op. cit.*, p. 96 cuando dicha autora señala que el principio de oportunidad, al dotar de amplias facultades al ministerio fiscal puede chocar con los principios de seguridad jurídica, legalidad, tipicidad e igualdad.

especialmente las que regulan la mediación. También debemos verificar la compatibilidad de dichas disposiciones legales con la Constitución, pues como hemos dicho, puede que estemos ante una vulneración de la legalidad y de la seguridad jurídica.

Iniciamos la verificación de tal compatibilidad comentando la afirmación relativa a la alta discrecionalidad que dispone el ministerio fiscal a través de la argumentación jurídica de un juzgado de menores, en sede de cuestión de inconstitucionalidad; también mediante el detalle de parte de la memoria de la FGE del año 2007, y de la misma manera, con la opinión de la doctrina especializada en Derecho penal juvenil que enunciamos a continuación.

Juzgado de menores. El TC resuelve una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el magistrado titular del juzgado de menores Nº 1 de Valencia contra diversos artículos de la LORPM; este magistrado - juez de menores consideró que el Art. 18 LORPM vulneraba la legalidad y la seguridad jurídica al dispensar una discrecionalidad excesiva al ministerio fiscal, tal y como se desprende de la lectura del antecedente 3 d) de la citada STC[1152].

Fiscalía General del Estado. En la memoria de la FGE del año 2007, se puede observar cierta superioridad de las facultades del ministerio público por encima de la capacidad de maniobra del órgano judicial y de la acusación particular[1153]; esta superioridad se manifiesta a la hora de desistir de la continuación del expediente y, después, por solicitar el archivo por sobreseimiento de las actuaciones al juez de menores en virtud del Art. 33.c), en relación con el Art. 19.4 y con el Art. 27.4 LORPM[1154].

Doctrina. Según CERVELLÓ / COLÁS[1155], la LORPM realiza concesiones amplias al ministerio fiscal en virtud del principio de oportunidad. Según GIMENO SENDRA[1156], el fiscal puede ocasionar la finalización del proceso a través de la solicitud de sobreseimiento ex Art. 33.c) LORPM y mediante la conformidad ex Arts. 32 y 36.2 LORPM (que puede comportar la suspensión de la pena juvenil privativa de libertad según lo establecido en el Art. 40 LORPM).

En base a todo lo anterior podemos *concluir* lo siguiente: la causa del problema se halla en la regulación establecida en la LORPM, que concede amplias facultades discrecionales

1152 Véase la STC, Pleno, 5.7.2012, Antecedente 3 d), (MP: Excmo. Sr. D. Luis Ignacio ORTEGA ÁLVAREZ).
1153 Sobre la negativa de los fiscales de menores a la posibilidad de intervención de la acusación particular en los supuestos de archivo por sobreseimiento, véase FGE, Jornadas de Fiscales delegados de menores. Conclusiones. 16 y 17 de octubre de 2013. Madrid. Conclusión 1ª, Aspectos relativos a la acusación particular., p. 1.
1154 Véase la Memoria de la FGE del año 2007, apartado 6. Fiscal de Sala Coordinador en materia de Menores, p. 737 – 738.
1155 Véase CERVELLÓ / COLÁS, *op. cit.*, p. 47.
1156 Véase GIMENO SENDRA, "El principio…", *op. cit.*, Apartado 2 B) b).

a favor del ministerio fiscal en virtud del principio de oportunidad. Estas facultades pueden vulnerar el derecho fundamental a la legalidad penal en su manifestación de seguridad jurídica, pueden promover arbitrariedad, pues en unos casos, se sobreseen las actuaciones y en otros no –siendo la misma infracción penal-, en función de si un fiscal de menores insta el sobreseimiento y otro decide no instarlo al juez de menores.

3.4. Límites legales al principio de oportunidad.

El principio de oportunidad vigente en la LORPM es reglado, lo que significa que su desarrollo y ejercicio práctico en la jurisdicción de menores se halla regulado mediante condiciones rígidas establecidas en la legislación[1157].

El propio articulado de la LORPM, que en general, permite y regula la oportunidad, es al mismo tiempo el que la limita, a través de algunos artículos en particular, otorgando vigencia así a la legalidad penal, en el sentido de conferirle carácter reglado a la mencionada oportunidad. Ampliamos esta argumentación añadiendo que de la lectura conjunta de los Arts. 17.5 y 18 (desistimiento) y 19 junto con el 27.4 (sobreseimiento) LORPM, se desprende que la oportunidad no será aplicable en los siguientes supuestos y motivos:

- Supuestos relativos al menor autor del delito. El principio de oportunidad no será de aplicación –de una manera directa- a los menores que han cometido hechos de la misma naturaleza con anterioridad[1158], en virtud del Art. 18, párrafo 2º LORPM. No obstante, este límite es flexible, ya que la oportunidad –en concreto, la mediación- sí podrá ser de aplicación -de una manera indirecta- a los menores que han cometido otros hechos similares o de la misma naturaleza con anterioridad, en virtud de dicho Art. 18 en relación con el Art. 27.4 LORPM[1159]: el Art. 18 obliga por un lado, al ministerio fiscal a incoar expediente a los menores que han cometido otros hechos –sin opción por tanto a la oportunidad-. Por otro lado permite (en relación con el Art. 27.4) el desistimiento en la continuación del expediente al ministerio fiscal para instar el sobreseimiento al juez de menores, acerca del hecho cometido por ese menor que cometió otros similares o de la misma naturaleza.

1157 Véase FGE, Instrucción 10/2005, *sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil*, apartado 7.1. Posibilidades de derivación y descriminalización. 7.1.1. El desistimiento en la incoación de expediente.
1158 Véase MÁRQUEZ BONVEHÍ, *op. cit.*, p. 9.
1159 En este contexto, se posiciona MÁRQUEZ BONVEHÍ, *op. cit.*, p. 17.

Desde esta perspectiva el ministerio fiscal podrá proponer –en virtud de la oportunidad- "… *no continuar la tramitación del expediente en interés del menor.*" (Art. 27.4 LORPM), siempre y cuando se den los siguientes requisitos legales:

a) ausencia de violencia o intimidación grave durante la realización de la infracción penal;

b) que el menor haya podido conciliarse con la víctima o, como mínimo, haya intentado reparar;

c) igualmente, que el hecho delictivo por el que el menor viene siendo acusado sea menos grave o leve –antigua falta-[1160] (Art. 19.1 LORPM).

A los requisitos legales anteriores hay que añadir las dos exigencias siguientes: a) que se haya manifestado reproche al menor durante la instrucción o trámites practicados; b) o que se valoren como inadecuadas más intervenciones para el menor infractor, "… *dado el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos."* (Art. 27.4 LORPM).

Por tanto el ministerio fiscal podrá decidir si aplicar la oportunidad o no a menores autores de delitos anteriores al presente que se juzga.

- Supuestos relativos a la víctima. El principio de oportunidad no tendrá eficacia cuando la víctima no acepte las disculpas del menor infractor, en caso de que éste participe en un programa de mediación - conciliación, tal y como en este sentido lo exige el Art. 19.2 LORPM; en la misma línea, se posiciona MÁRQUEZ BONVEHÍ[1161].

No obstante, este límite es flexible, ya que el principio de oportunidad sí que adquiriría vigencia –a la hora de que el ministerio fiscal inste el sobreseimiento de las actuaciones penales al juez de menores- en interés del menor infractor (aunque la víctima no acepte las disculpas del menor infractor): la oportunidad sí será aplicable si se presentan los requisitos establecidos en el Art. 27.4 LORPM[1162], que son los comentados antes: "… *haber sido expresado suficientemente el reproche."*

[1160] Los delitos leves son las infracciones penales reguladas en el Art. 13.3 CP, las antiguas faltas.
[1161] Véase MÁRQUEZ BONVEHÍ, *op. cit.*, p. 14.
[1162] *Loc. ult. cit.*

- Supuestos relativos al tipo de delito. La oportunidad no se podrá aplicar en:

a) delitos graves[1163]. No obstante este límite es flexible, ya que la oportunidad, a través de la mediación está permitida ante delitos graves o de extrema gravedad, a efectos de que si la participación del menor infractor en un programa de mediación es activa o positiva, le puede beneficiar al final del proceso a la hora de la imposición de la pena juvenil que, según MÁRQUEZ BONVEHÍ, *"… permitirá fomentar la conformidad posterior."*[1164];

b) delitos relativos al acoso escolar[1165]. La oportunidad no tiene lugar cuando el hecho criminal se ha producido mediante acoso en el contexto escolar.
Pero este límite es flexible también, puesto que, el principio de oportunidad sí será de aplicación, a través del desistimiento, en este tipo de delitos "… *siempre que no sean supuestos de gravedad.*"[1166];

c) delitos no prescritos[1167]. El ministerio fiscal deberá continuar la investigación de los hechos –sin poder desistir de la acción penal- cuando los hechos no hayan prescrito. Este límite no admite ninguna flexibilidad.

- Supuestos relativos al procedimiento. Los límites –que impiden la aplicación del principio de oportunidad- relativos al procedimiento (en los supuestos de delitos graves, delitos relativos al acoso escolar, y cuando el menor ha cometido hechos de la misma naturaleza con anterioridad) son tres; en concreto, dicho procedimiento:

a) no podrá finalizar de una manera anticipada (el fiscal de menores no podrá desistir ni sobreseer el expediente judicial);

b) deberá acabar mediante sentencia (que podrá ser absolutoria o condenatoria);

c) se podrá iniciar de oficio (no es necesario, por tanto que el juez de menores espere a la intervención del ministerio fiscal): "… *se admite unánimemente la posibilidad de iniciación de*

[1163] Sobre la regla general establecida en los Arts. 18 y 19 LORPM de excluir los delitos graves del ámbito de cobertura del principio de oportunidad, véase MÁRQUEZ BONVEHÍ, *op. cit.*, p. 4.
[1164] Véase MÁRQUEZ BONVEHÍ, *op. cit.*, p. 17.
[1165] Véase FGE, Instrucción 10/2005, *sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil.*
[1166] Véase MÁRQUEZ BONVEHÍ, *op. cit.*, p. 12. También, FGE, Instrucción 10/2005, Apartado 7.1.1-El desistimiento de la incoación del expediente, p. 34.
[1167] Acerca del período de prescripción de los delitos cometidos por menores, véase el Art. 15 LORPM y el Art. 84 del reglamento. Sobre la aplicación de la institución de la prescripción en la jurisdicción de menores, a efectos del desistimiento, véase MÁRQUEZ BONVEHÍ, *op. cit.*, p. 7.

oficio del procedimiento."[1168]; la legalidad penal –como límite a la oportunidad de la que goza el ministerio fiscal- opera como límite a dicha oportunidad permitiendo o dando protagonismo o iniciativa al juez de menores para iniciar el procedimiento de oficio (evitando así la posible no iniciación del procedimiento por parte del fiscal).

- Un último límite a la oportunidad: la acusación particular ex Art. 25 LORPM[1169].

[1168] Véase DE LA ROSA CORTINA, "Los principios…", *op. cit.*, p. 23. Véase, también, FGE, Circular 1/2000, apartado VI.2.A.- Recepción de la *notitia criminis*. Incoación de las Diligencias Preliminares. Condiciones de procedibilidad.

[1169] En este contexto, véase FRANCÉS LECUMBERRI, *op. cit.*, pp. 8 – 9. En contra de la intervención de la acusación particular en relación con el principio de oportunidad, véase FGE, Conclusiones de las Jornadas de Fiscales Delegados de Menores. Madrid, 16 y 17 de octubre de 2013, p. 1.