

Director: *Esteban Mestre Delgado*

LA LEY

Penal

NÚMERO 161

AÑO 20 • MARZO-ABRIL 2023

ESTUDIOS MONOGRÁFICOS «NUEVAS FORMAS DE DELINCUENCIA ECONÓMICA»



WHISTLE
BLOWER

- *Whistleblowers*: la lucha contra las conductas ilícitas. Análisis de la Ley 2/2023, de 20 de febrero

- Sobre la adopción de medidas cautelares en el delito leve de hurto

LA LEY

NUEVAS FORMAS DE DELINCUENCIA ECONÓMICA

EDITORIAL

¿Sin ánimo de lucro o sinónimo de lucro?, *Esteban Mestre Delgado*

ESTUDIOS

Violencia económica contra la mujer. El impago de pensiones y la reparación integral del daño, *Judith Solé Resina*

Wardrobing: entre el delito de estafa y la obsesión por la imagen, *Laura Cristina Morell Aldana*

El nuevo delito de enriquecimiento ilícito como forma de desobediencia (art. 438 bis CP), *Jordi Miró Estradé*

LEGISLACIÓN APLICADA A LA PRÁCTICA

Whistleblowers: la lucha contra las conductas ilícitas. Análisis de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y la lucha contra la corrupción, *Ángela Casals Fernández*

Una aproximación del delito de lesa humanidad, artículo 607 bis del Código Penal, *Tania García Sedano*

La Orden Europea de protección: la protección de las víctimas, *Encarnación Martínez Rodríguez*

El terrorismo yihadista del siglo XXI y su correlación con los conflictos bélicos, *Alicja Magdalena Skokowska Nowak*

JURISPRUDENCIA APLICADA A LA PRÁCTICA

Al final, todo es cuestión de política criminal: sobre el período de seguridad regulado en la Ley penal del menor y su incompatibilidad con el principio del interés superior del menor. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 mayo de 2022, *Joan Manel Gutiérrez Albentosa*

Nulidad parcial del juicio, imparcialidad del Juez y presunción de inocencia, *Vicente Grima Lizandra*

DERECHO PROCESAL

Sobre la adopción de medidas cautelares en el delito leve de hurto, *José Francisco Ortiz Navarro*

El concepto de infracción de precepto sustantivo y el principio acusatorio como motivo de casación del art. 849.1º LECrim frente a las sentencias de apelación de la Audiencia Provincial, *Tomás Farto Piay*

DERECHO PENITENCIARIO

La prisión permanente revisable. Regulación y finalidad. Postura jurisprudencial. Críticas, *Elisa Isabel Serrano Salamanca*

PRÁCTICA PENAL

Jurisprudencia relevante sobre el acceso al correo electrónico de los trabajadores, prueba ilícita y el delito de descubrimiento y revelación de secretos, *Vicente Magro Served*

CONSULTAS DE LOS SUSCRIPTORES, POR CARMELO JIMÉNEZ SEGADO

Las reglas del concurso en los delitos de alcoholemia y conducción sin permiso

El acceso de la defensa a las actuaciones judiciales declaradas secretas para impugnar la prisión provisional

Al final, todo es cuestión de política criminal: sobre el período de seguridad regulado en la ley penal del menor y su incompatibilidad con el principio del interés superior del menor. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 mayo de 2022

Por Joan Manel GUTIÉRREZ ALBENTOSA

Magistrado suplente

Doctor en Derecho

Profesor asociado (Ayudante Doctor acreditado) en la Facultad de Derecho de la Universitat de Barcelona

Resumen: La STS, Sala 2ª, n.º 471/2022, de 17 de mayo, resolvió un recurso de casación para unificación de doctrina en materia de menores, que interpuso la defensa de un menor de 16 años de edad, autor de un delito grave cometido en grado imperfecto de ejecución, o grado de tentativa. El recurso se fundamentó en que el ámbito de aplicación del art. 10.2.b) de la Ley penal del menor no abarca a los delitos cometidos en grados imperfectos de ejecución. Finalmente, el citado menor fue condenado a una medida de internamiento en centro cerrado acompañada del período de seguridad regulado en dicho artículo. Pues bien, nuestros argumentos jurídico-educativos se sitúan en el sentido de demostrar la incompatibilidad del citado período de seguridad con el principio del interés superior del menor.

Palabras clave: Discrecionalidad judicial. Interés superior del menor. Período de seguridad. Política criminal. Proporcionalidad. Principio de flexibilidad. Principio educativo.

Abstract: The sentence from the Supreme Court, S. 2nd, No. 471/2022, from May 17, resolved a cassation appeal for the unification of doctrine in matters of children, interposed by the lawyer of a 16 years old child, author of a felony committed in an imperfect degree of execution, in degree of attempt. The appeal was based on the fact that the area of application of Art. 10.2.b) of the juvenile criminal law does not cover crimes committed in imperfect degrees of execution. Finally, the aforementioned child was sentenced to a measure of internment in a closed center accompanied by the security period regulated in the aforementioned article. Well then, our legal-educational arguments are aimed at demonstrating the incompatibility of the aforementioned security period with the principle of the best interests of the minors.

Keywords: Best interest of the child. Criminal policy. Educational principle. Flexibility principle. Judicial discretion. Proportionality. Security period.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La predeterminación legal de la medida y el período de seguridad (1) regulado en el art. 10.2.b) (2) de la *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores* (3) (en adelante LORPM), se introdujo en la legislación penal juvenil mediante las reformas incluidas en dos Leyes Orgánicas: la 7/2000, de 22 de diciembre, y la 8/2006, de 4 de diciembre (4).

La finalidad de este trabajo consiste en confrontar el citado período de seguridad con el principio del interés superior del

menor (5) . Mediante dicha confrontación, pretendemos reabrir el debate sobre la legalidad y la constitucionalidad de dicho período de seguridad entre los agentes sociales, jurídicos y doctrinales implicados en la justicia de menores; dicho debate lo zanjó el Tribunal Constitucional en el año 2012 (6) y, más recientemente, el Tribunal Supremo, a través de la sentencia N.º 471/2022, de 17 de mayo, de la que trae causa este artículo; en todo caso, estamos convencidos que reabrir el debate mencionado comportará un avance en el conocimiento y, por tanto, una mejor aplicación del Derecho penal de menores, en concreto, de la legislación penal de menores desde el prisma del citado principio del interés superior del menor.

Para conseguir dicha finalidad, aportamos razonamientos jurídico-educativos que se sitúan en la línea de cuestionar la compatibilidad del citado período de seguridad con el mencionado principio del interés superior del menor, y, como consecuencia, con la Constitución en lo referente a la reinserción social *ex art.* 25.2 CE.

El objeto de estudio de este trabajo es el redactado del citado art. 10.2.b), que dispone que:

*«Cuando el hecho sea constitutivo de alguno de los delitos tipificados en los artículos 138, 139, 178 a 183 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: (...) 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 por otra de libertad vigilada con asistencia educativa de hasta cinco años. En este supuesto sólo podrá hacerse uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida impuesta a las que se refieren los artículos 13, 40 y 51.1 de esta ley orgánica, cuando haya transcurrido al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta**» (7) .*

Como vemos en la parte resaltada en negrita, se regula la predeterminación legal de la medida junto con el período de seguridad o tramo de seguridad; dicho período de seguridad implica la imposición de la medida de internamiento en centro cerrado con una duración mínima de cumplimiento efectivo y obligatorio —sin posibilidad de modificación, suspensión, sustitución o reducción— ante la comisión de determinados delitos graves (denominados de máxima gravedad (8) , también).

Hemos de matizar que sí es posible modificar, en el sentido de suspender la medida impuesta *ex art.* 40 LORPM —y, por tanto, inaplicar el citado período de seguridad—, en caso de imponerse una de las medidas reguladas en este art. 10.2.b) LORPM *por un período inferior a dos años (a sensu contrario, la medida de internamiento no se podrá modificar , ni suspender, si dicha medida impuesta en sentencia es superior a dos años)* de acuerdo con la interpretación que realizó el Tribunal Constitucional en el año 2012, de este art. 10.2.b) LORPM; esto es, la medida suspendible, sustituible o modificable impuesta en la sentencia no ha de ser de duración superior a dos años:

«En efecto, con carácter general (art. 40) la posibilidad de suspensión queda limitada a medidas de internamiento no superiores a dos años de duración, y se acuerda en la propia sentencia, lo que significa que el menor no ingresa en el centro de internamiento si no se alza la suspensión. En consecuencia, la posibilidad de suspender la ejecución de las medidas de internamiento queda excluida, conforme a la regla general, en caso de medidas de internamiento superior a dos años» (9) .

A continuación, exponemos los antecedentes procesales que nos han llevado a la STS de 17 de mayo de 2022 (10) aquí comentada, porque esta STS nos es de utilidad, a modo de herramienta jurídica, para la consecución de la finalidad mencionada y para la profundización en nuestro objeto de estudio citado.

II. ANTECEDENTES PROCESALES

Detallamos el itinerario judicial-cronológico a través del cual ha transcurrido una sentencia del Juzgado de Menores N.º 3 de Barcelona, pasando por la Audiencia Provincial de Barcelona, S. 3ª, hasta llegar a la citada STS, Sala 2ª, N.º 471/2022, de 17 de mayo, aquí comentada.

Esta STS confirmó la legalidad y obligatoriedad de aplicación de dicho período de seguridad (11) a todos los delitos comprendidos en el art. 10.2.b) LORPM, cometidos en grado de ejecución de consumación como, del mismo modo, de tentativa; en otras palabras, en virtud de dicha STS, el ámbito de aplicación del citado art. 10.2.b) LORPM incluye a los antes citados delitos graves o de máxima gravedad cometidos en grado de imperfecta ejecución o de tentativa.

Exponemos dichos antecedentes procesales porque nuestro objeto de estudio —la regulación del período de seguridad recogida en el art. 10.2.b) LORPM— ha estado presente durante dicho itinerario de una manera relevante; así, los antecedentes procesales de la aquí comentada STS de 17 de mayo de 2022 son, expuestos sucintamente, los siguientes:

- 1) El Magistrado titular del Juzgado de Menores N.º 3 de Barcelona Ilmo. Sr. D. M. David GARCÍA ESTEBAN, dictó sentencia condenatoria, de fecha de 2 de diciembre de 2019, por un delito de agresión sexual —o violación intentada (12) — ex arts. 179 y 180.1.3º CP, en grado de tentativa ex art. 16.1 CP, cometido por un menor de 16 años de edad. El citado Magistrado tomó varias decisiones determinantes, todas ellas en la misma resolución judicial, que resumimos a continuación (13) : en primer lugar, imponer la medida de internamiento en centro cerrado, por un período de 15 meses (el primer período, de 3 meses de cumplimiento en centro en régimen cerrado, y, el segundo, de 12 meses de libertad vigilada), en virtud de los arts. 7.3 y 9.2 LORPM; en segundo lugar, suspender la citada medida, por considerarla innecesaria, de acuerdo con el informe del equipo técnico y el principio del interés superior del menor en base a los arts. 27 y 40 LORPM; y, en tercer lugar, imponer la medida de 15 meses de libertad vigilada, con regla de conducta de realización de programa formativo en material sexual, como condición suspensiva, de acuerdo con los arts. 40.2.c) y 7.1.h) 2ª LORPM; y, como más determinante, en relación con nuestro objeto de estudio, inaplicar el art. 10.2.b) LORPM —y, también y por tanto, su período de seguridad, aquí estudiado— porque entendió que este precepto está reservado para los supuestos de delito en grado de ejecución de consumación, no para los casos de delito intentado (14) , como era el que enjuició (15) , y que aquí comentamos; y lo entendió así, en virtud de los arts. 4.1 y 61 CP, y 4.2 CC, y del principio del interés superior del menor, desarrollado en, entre otros, el art. 2 de la *Ley Orgánica de Protección Jurídica del menor*; también, argumentó dicha inaplicación del citado art. 10.2.b) LORPM utilizando la fundamentación jurídica de la SAP de Tarragona de 10 de junio de 2015, en la que, a propósito del citado art. 10.2.b) LORPM, y en el contexto de un delito de homicidio en grado imperfecto de ejecución ex art. 16.1 CP, la citada Audiencia Provincial valoró que:

«... esta realidad nos lleva a tener que diferenciar una medida cuando el tipo delictivo se ha cometido en su más amplia extensión y otra cuestión distinta cuando lo es en grado de tentativa (16) , así pues, es evidente que no es lo mismo el haber causado la muerte, o como en el presente caso, que se hayan producido unas lesiones que se han restablecido en el transcurso de 30 días, si bien fue un grado de tentativa prácticamente casi acabado a la vista del tipo de lesiones, lugar donde se produjeron las mismas, en zonas vitales del organismo» (17) .

En coherencia con la argumentación y motivación jurídica-educativa detallada anteriormente, el fallo de la resolución judicial del Juzgado de Menores N.º 3 de Barcelona se concretó en el pronunciamiento siguiente:

«Que debo condenar y condeno a Jerónimo como autor de un delito intentado de agresión sexual con penetración en persona especialmente vulnerable por razón de su discapacidad del art. 179 y 180.1.3 y 16 del Código penal imputado por el Ministerio Fiscal y Acusación particular, concurriendo la atenuante de reparación del daño como muy cualificada del art. 21.5 CP, a la medida de 15 meses de internamiento en régimen cerrado (siendo el primer período de 3 meses de cumplimiento en centro en régimen cerrado y el segundo período de 12 meses de libertad vigilada); y de conformidad con lo establecido en el art. 40 LORPM, atendida la innecesidad del cumplimiento efectivo del internamiento por ser contrario al interés superior del menor en los términos señalados, en el caso de alcanzar firmeza la Sentencia, procede acordar la suspensión de la ejecución del citado internamiento quedando condicionado al correcto cumplimiento de 15 meses de libertad vigilada con regla de conducta de realización de programa formativo en materia sexual» (18) .

En dicho contexto de comisión delictiva en grado de tentativa, el citado Magistrado recurrió a las reglas generales de determinación y aplicación de las medidas ex arts. 7.3 y 9.2 LORPM —y no a las especiales del art. 10.2.b) LORPM— a la hora de, en primer lugar, imponer la citada medida de 15 meses de internamiento en centro

cerrado; en segundo lugar, suspender la ejecución de dicha medida; y, en tercer lugar, imponer los 15 meses de libertad vigilada como condición suspensiva; todo ello en virtud, como hemos dicho, de la citada normativa detallada anteriormente (CP, CC y Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor), del principio del interés superior del menor, y de la mencionada resolución judicial de la Audiencia Provincial de Tarragona.

El citado Magistrado inaplicó el mencionado art. 10.2.b) LORPM, y, como consecuencia, su período de seguridad, a la hora de tomar la decisión contenida en el fallo antes transcrito. En este sentido, recordemos que, si no hubiese inaplicado dicho artículo, esto es, si hubiese decidido interpretar que los delitos intentados están abarcados por el ámbito de aplicación del mencionado art. 10.2.b) LORPM, no hubiese podido suspender dicha medida de internamiento en centro cerrado, en virtud del interés superior del menor, y, además, hubiese estado obligado a imponer dicha medida junto con el mencionado período de seguridad «... cuando haya transcurrido al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta.», ex art. 10.2.b) LORPM; y destacamos dicha inaplicación del art. 10.2.b) LORPM positiva y favorablemente para la preservación del principio del interés superior del menor porque es la conclusión-propuesta a la que pretendemos llegar a través de este trabajo, y que detallamos en el apartado final de «Propuestas».

- 2) El Fiscal de Menores interpuso recurso de apelación contra la resolución judicial en virtud de la cual el Magistrado de Menores inaplicó el citado art. 10.2.b) LORPM; el citado recurso se basó en este razonamiento jurídico:

«Sustenta el Ministerio Fiscal su recurso en la infracción de ley por indebida aplicación del artículo 10.2 b) de la LORPM al considerar que dicho precepto es aplicable, contrariamente a lo considerado por el Juez a quo, también a los supuestos de tentativa de delito (...) recordando que "... en la jurisdicción de menores no rigen las reglas dosimétricas que en la jurisdicción de mayores se establecen en los artículos 16 y o 66 del CP, sino que las mismas, en interés del menor, se imponen atendiendo a los parámetros que figuran en la LORPM, y en este caso concreto teniendo también presente lo que dispone el artículo 10.2 de la misma, sobre la necesaria imposición como mínimo de un año de internamiento en Centro cerrado"» (19).

- 3) El recurso de apelación que interpuso el Ministerio Fiscal fue resuelto por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Tercera (20), mediante sentencia de fecha 18 de setiembre de 2020. El fallo de esta resolución judicial fue estimatorio a favor de lo interesado por el citado Fiscal de Menores y, por este motivo, la suspensión de la ejecución de la medida antes descrita, contenida en el fallo de la sentencia dictada en el mencionado Juzgado de Menores N.º 3 de Barcelona, fue revocada y, en su lugar, la mencionada Audiencia Provincial de Barcelona impuso una medida de internamiento en centro cerrado durante un año y seis meses al citado menor, complementado por una medida de libertad vigilada de un año y seis meses de duración, con regla de conducta de realización de programa formativo en materia sexual (21); así, dicho período de un año y seis meses estuvo sujeto al período de seguridad que se recoge en el citado art. 10.2.b) LORPM, que implicó cumplir la mitad de dicho período (nueve meses), sin posibilidad de modificación, suspensión o sustitución, esto es, sin posibilidad de modulación de los citados nueve meses por parte del juez de menores.

Esta sentencia de apelación se fundamentó en el hecho de que el citado art. 10.2.b) LORPM no permite la modificación, ni la sustitución, tampoco la suspensión de la ejecución de ese fallo ex art. 4º LORPM, tanto si el delito es consumado como, menos todavía, si es intentado: «En conclusión hemos de estimar la pretensión del recurrente en lo relativo a la aplicación para este particular caso de autos, del artículo 10.2 b) cuyos presupuestos concurren objetivamente, considerando que la concreta infracción penal por la que ha sido condenado el menor, aun contemplada en un grado imperfecto de ejecución, igualmente se enmarca en su ámbito de aplicación (...) concluir, que la particular regla de determinación que contiene el tantas veces citado art. 10.2.b) es de imperativa aplicación para todos los hechos susceptibles de subsumirse en los particulares delitos que contempla, entendidos estos en abstracto sin consideración al grado de ejecución» (22). Por este motivo, la mencionada Audiencia Provincial de Barcelona revocó la suspensión de la medida de internamiento que dictó el Juzgado de Menores N.º 3 de Barcelona, y, como hemos dicho, impuso una medida de internamiento en centro cerrado durante un año y seis meses al citado menor, junto con el período de seguridad, esto es, sin posibilidad de modificar, en el sentido de reducir, suspender o sustituir, dicha medida.

- 4) La defensa del menor impugnó la mencionada resolución judicial condenatoria de la Audiencia Provincial de Barcelona siguiendo el procedimiento establecido en el recurso de casación para unificación de doctrina *ex art. 42 LORPM*. El escrito en virtud del cual interpuso el citado recurso de casación se fundamentó, primero, en la existencia de sentencias dispares, dictadas por tribunales diferentes, en relación con el dilema antes descrito (esto es, si los delitos intentados están incluidos o no en el ámbito de aplicación del art. 10.2.b LORPM) (23); y, segundo, y como más importante, en el argumento nuclear siguiente:

«La decisión de la Audiencia extendiendo el ámbito de aplicación de la medida del artículo 10.2 b) LORPM a los delitos intentados, además de contradecir la de otros tribunales provinciales, infringe el mandato de interpretación restrictiva al que obliga el carácter excepcional de dicho régimen de internamiento (...) desde una lectura íntegra del precepto, y como así lo estableció la sentencia de 10 de junio de 2010 de la Audiencia Provincial de Salamanca (24), la medida de internamiento solo puede imponerse si en caso de que los delitos mencionados fueran cometidos por adultos la pena aplicable superara los quince años de prisión» (25).

- 5) El recurso de casación para unificación de doctrina fue desestimado por el Tribunal Supremo mediante su STS de 17 de mayo de 2022 aquí comentada, a la vez que confirmó la sentencia condenatoria de la Audiencia Provincial de Barcelona (sentencia que revocó la del Juzgado de Menores N.º 3 de Barcelona). Dicha desestimación se basó en el principio de legalidad (26), entre otros motivos derivados de este principio:

«Como nos recuerda el Tribunal Europeo de Derechos Humanos "el artículo 7 del Convenio consagra de forma general el principio de legalidad de los delitos y de las penas" (...) Pues bien, y como anticipábamos, la decisión recurrida por la que se considera que la regla especial de internamiento preceptivo del artículo 10.2 b) LORPM resulta aplicable a formas intentadas de los delitos expresamente mencionados en la norma, se ajusta, en términos incuestionables, a las exigencias metodológicas de interpretación derivadas de los principios de estricta legalidad y taxatividad» (27).

Así, y a consecuencia de esta desestimación, el menor hubo de cumplir la medida de internamiento en centro cerrado, junto con el período de seguridad dispuesto en el citado art. 10.2.b) LORPM, sin opción de modificación, reducción, suspensión o sustitución durante la mitad del período de la citada medida.

III. DESCRIPCIÓN DE LA PROBLEMÁTICA

Los antecedentes legales y procesales antes descritos, que dieron lugar a la STS de 17 de mayo de 2022 aquí comentada, han tenido como hilo conductor y como trasfondo problemático el período de seguridad regulado en el citado art. 10.2.b) LORPM, que constituye un problema que detallamos a continuación.

La vigente LORPM, en su Exposición de Motivos, comparte la naturaleza sancionadora-educativa de la justicia penal juvenil, naturaleza que proclamó la famosa y decisiva STC 36/1991, de 14 de febrero (28); en este sentido, la actual legislación penal de menores es consecuencia directa o tributaria de la mencionada STC. No obstante, la predeterminación legal de la medida, junto con el período de seguridad, desarrollada en el art. 10.2.b) LORPM, se introdujo en dicha legislación mediante las reformas incluidas en dos Leyes Orgánicas, la 7/2000, y la 8/2006; y la finalidad de dichas reformas fue la de limitar la discrecionalidad y la flexibilidad en la elección y aplicación de las medidas, y, a la vez, aumentar la punición en relación con las infracciones graves *ex arts. 13.1 y 33.2 CP* (también denominadas de máxima gravedad, o de especial gravedad), en concreto para las detalladas en el citado art. 10.2.b) LORPM.

Hemos de añadir que el art. 10.2.b) LORPM constituye un problema porque dificulta dar respuesta satisfactoria a las necesidades preventivo-especiales del menor infractor, esto es, a su derecho a la reinserción social *ex art. 25.2 CE* y *ex art. 55 LORPM*; en efecto, el citado art. 10.2.b) LORPM instaura un período de seguridad («... *al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta*») durante el cual la medida de internamiento impuesta no se puede modificar, reducir, suspender o sustituir en virtud de los arts. 13, 40 y 51 LORPM. En este sentido, la regulación del cumplimiento de una medida de internamiento en régimen cerrado establecida en el citado art. 10.2.b) LORPM integra

el citado período de seguridad, cuya modificación, suspensión o sustitución —y aquí radica el quid de la cuestión— está vedada, legalmente, para los delitos graves o de máxima gravedad antes descritos cometidos en grado de ejecución de tentativa —y, por supuesto, para los consumados— realizados por menores de 16 o 17 años.

Pues bien, el problema que acabamos de enunciar se manifiesta a través de las dificultades que exponemos a continuación.

1. Limitación de la discrecionalidad judicial

La discrecionalidad judicial y la flexibilidad en la elección y ejecución de las medidas son principios rectores o esenciales en la jurisdicción de menores (29) ; y son esenciales porque redundan a favor de otro principio: el educativo o interés superior del menor; pero el juez de menores no dispone de la facultad para ejercer dicha discrecionalidad, al no disponer de margen de maniobra, esto es, de la posibilidad de graduar o individualizar la consecuencia jurídica en los supuestos regulados en el citado art. 10.2.b) LORPM.

En efecto, la predeterminación legal de la medida, junto con el período de seguridad *ex art.* 10.2.b) LORPM, no permite graduar o individualizar la consecuencia jurídica al juez de menores cuando éste ha de imponer la medida de internamiento en centro cerrado; dicho precepto no se lo permite, porque, en virtud de su redactado, el juez de menores no puede tener en cuenta la situación personal y familiar del menor; tampoco el grado de ejecución alcanzado en el delito cometido; y esto último es un problema, pues puede haber diversos grados de ejecución dentro del concepto de la tentativa y, al mismo tiempo, puede haberse producido un mayor o menor peligro inherente al delito intentado o de realización imperfecta (en este contexto, la doctrina y la jurisprudencia diferencian, dentro del concepto de dicha realización imperfecta o tentativa, la acabada, la inacabada, y la inidónea punible (30) ; así, y debido a que la lesividad es diferente en función del mayor o menor peligro inherente al delito intentado, el art. 62 CP establece una mayor o menor graduación de la pena en el contexto de los delitos cometidos en grado de tentativa, en la jurisdicción común o de adultos).

Pero, a pesar de haber diversos grados de ejecución en el delito, tanto en el consumado como en el intentado, el mencionado art. 10.2.b) LORPM obliga al juez de menores a imponer la misma consecuencia jurídica, tanto a un menor que ha consumado su delito como a otro que lo ha intentado sin conseguir el resultado esperado (y dicha consecuencia jurídica es el internamiento en centro cerrado sin opción de modificar, reducir, suspender o sustituir dicha medida hasta después que el menor ha cumplido la mitad de la duración de la citada medida de internamiento).

Así, la oportunidad de modificación, suspensión o sustitución está desarrollada en los arts. 13, 40 y 51.1 LORPM para todos los delitos (excepto para los delitos graves o de máxima gravedad antes mencionados, comprendidos en el citado art. 10.2.b LORPM), y dicha oportunidad es aplicable a todos los menores (excepto a los que tengan 16 o 17 años de edad autores de dichos delitos).

Como vemos, y, en resumen, este período de seguridad está sujeto a un régimen especial de modificación, suspensión y sustitución de las medidas de internamiento en centro cerrado, régimen regulado en el art. 10.2.b) LORPM, que se sustrae al régimen general de determinación y aplicación de las medidas *ex arts.* 7.3 y 9.2 LORPM, que sí permiten estas alternaciones en la elección y ejecución de las medidas de internamiento en régimen cerrado citadas.

2. Desproporción en el período de seguridad en los supuestos de tentativa

La consecuencia jurídica que se recoge en el art. 10.2.b) LORPM, que es el internamiento en centro cerrado junto con el citado período de seguridad, sin posibilidad de modificación, es desproporcionada, al no tener en cuenta el grado de ejecución alcanzado en el delito cometido; esto es, se castiga una conducta intentada con el mismo nivel de punición que una consumada (cosa que no sucede en adultos en base al art. 62 CP). En otras palabras, a ambos grados de ejecución —a la consumación y a la tentativa— se les impone la misma carga punitiva, a pesar de que el daño o la lesión que ambos grados de ejecución han producido sobre sus víctimas es totalmente diferente, en el sentido de que el delito cometido en grado imperfecto de ejecución ha producido una lesividad en la víctima mucho menor que el delito consumado; a modo de ejemplo claramente ilustrativo: un delito de homicidio *ex art.* 138 CP, o de asesinato *ex art.* 139

CP, comporta una lesión del todo diferente para la víctima en caso de que dicho delito de homicidio o de asesinato sea consumado o sea intentado; por ello, y del mismo modo, la consecuencia jurídica a aplicar debería ser diferente (31). En este contexto, compartimos el razonamiento jurídico-educativo de la Audiencia Provincial de Tarragona, S. 2ª, en un supuesto de homicidio en grado de tentativa cuasi acabada, que, al amparo de los arts. 16 y 62 CP y de la Disposición final primer LORPM, estableció que se ha de diferenciar si estamos ante una tentativa o ante una consumación a la hora de imponer la medida de internamiento: «...consideramos que esta realidad nos lleva a tener que diferenciar una medida cuando el tipo delictivo se ha cometido en su más amplia extensión y otra cuestión distinta cuando lo es en grado de tentativa, así pues, es evidente que no es lo mismo el haber causado la muerte, o como en el presente caso, que se hayan producido unas lesiones que se han restablecido en el transcurso de 30 días, si bien fue un grado de tentativa prácticamente cuasi acabado a la vista del tipo de lesiones, lugar donde se produjeron las mismas, en zonas vitales del organismo.» (32); y, por el mismo motivo, compartimos el argumento jurídico-educativo del Magistrado de Menores del Juzgado de Menores N.º 3 de Barcelona, cuando fundamentó su fallo, en su sentencia de fecha 2 de diciembre de 2019 comentada al principio, y que llegó al Tribunal Supremo en sede de recurso de casación para unificación de doctrina ex art. 42 LORPM: «... la distinta consideración, en términos de gravedad del ataque al bien jurídico protegido, que ha de tener la infracción consumada con respecto a la intentada, siendo incuestionable que la lesión al bien jurídico siendo inferior en esta última no ha de conllevar el mismo reproche penal, siendo tal incoherencia punitiva la que provocaría el hecho de aplicar el art. 10.2 b) tanto a las infracciones consumadas como a las intentadas, pues el mínimo legal —un año de internamiento en régimen cerrado, sería legalmente admisible tanto en un caso como en el otro, abarcando comportamientos que, en la jurisdicción de mayores, podrían tener una pena de entre 3, 6, 12 y 15 años de prisión— (arts. 179 y 180 del CP)» (33).

En resumen, esta dificultad, que se manifiesta en desproporción, que hay en menores —y no en adultos gracias al art. 62 CP— a la hora de aplicar un castigo con la misma gravedad punitiva —mediante el citado período de seguridad— a un delito intentado y a uno consumado, hace al menor infractor de peor condición que al adulto (34).

3. El modelo de política criminal actual hacia los menores infractores

El problema aquí planteado se manifiesta en el período de seguridad, que tiene sus raíces en el modelo de política criminal de menores vigente desde la reforma mediante la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre; así, y según CERVELLÓ DONDERIS/COLÁS TURÉGAÑO: «nuestro legislador ha optado ante el problema de la delincuencia juvenil por la solución fácil y barata y con rentabilidad política a corto plazo: el Derecho Penal, frente a opciones más costosas y con poca rentabilidad política, pero mucho más efectivas frente al problema, como podrían ser ambiciosos programas sociales y/o educativos» (35).

En la misma línea descrita en el párrafo anterior se posicionaron cuatro, entonces, vocales del Consejo General del Poder Judicial (36), que expresaron el problema aquí expuesto, en relación con el citado período de seguridad, mediante su voto particular:

*«No alude el informe al **modelo de política criminal** que subyace en el proyecto de ley de reforma, que se sustenta en un incremento de los principios punitivos a través del aumento de la duración de las medidas, y del período de seguridad (véase el art. 10), y la respuesta carcelaria (art. 14), en detrimento de las medidas de reinserción social esenciales en una Ley de esta naturaleza como la exposición de motivos expresa en los principios, criterios y orientaciones que le informan, en concreto su naturaleza sancionadora-educativa» (37).*

Modelo de política criminal que, además, abandona principios propios y esenciales en la jurisdicción de menores, tal y como expresa SILVA SÁNCHEZ cuando afirma que «se puede hablar de una tercera velocidad, para el núcleo duro de la delincuencia juvenil: reincidencia y delincuencia de extrema gravedad, desde el momento en que se aumenta, por diversas razones, la duración de la medida de internamiento en centro cerrado, al tiempo que se pasa por encima de algunos principios considerados como esenciales en la jurisdicción de menores» (38).

Consideramos que dicho abandono de principios implica la aparición de otros principios, a través de una incorporación más activa o presente de la prevención general y de la prevención especial negativa (39), que implica, entre otras consecuencias, un endurecimiento de la respuesta que se aplica a los menores que cometen delitos (40); a modo de ejemplo, tenemos la última modificación —a peor— de la LORPM, mediante la Disposición final séptima de la Ley

Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, *de garantía integral de la libertad sexual* (Ley del «Sí es Sí»); así, y en virtud de dicha modificación, el ámbito de aplicación del período de seguridad, regulado en el art. 10.2.b) LORPM aquí estudiado, se amplía, pues hay un mayor abarcamiento de supuestos (supuestos abarcados con la modificación: los arts. 178 a 183 CP —antes de la modificación, sólo el supuesto regulado en el art. 180 CP—) en los que se puede aplicar el período de seguridad aquí estudiado; en este contexto, consideramos viable el plantear la posible inconstitucionalidad de dicha modificación en los mismos términos y por los mismos motivos que lo hizo el Juzgado Central de Menores cuando promovió Cuestión de inconstitucionalidad en relación con el período de seguridad aquí estudiado y regulado en el art. 10.2.b) LORPM (41); en este sentido, y del mismo modo, valoramos viable el plantear Cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por posible incompatibilidad de la mencionada modificación del art. 10.2.b) LORPM citado (modificación que amplía los supuestos abarcables por el citado art. 10.2.b) LORPM) con el art. 10 de la Directiva (UE) 2016/800, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, *relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales* (42).

Pues bien, sobre dicho modelo se ha posicionado el Tribunal Constitucional, también, refiriéndose a la doctrina científica, en su STC de 2012:

«A este respecto, la doctrina científica ha venido poniendo de manifiesto que con dicha reforma se introduce una línea político-criminal complementaria y parcialmente divergente a la que inspiró la Ley Orgánica 5/2000, orientada a introducir en la legislación penal de menores elementos de prevención general y prevención especial negativa (inocuidación) para supuestos delictivos de especial gravedad» (43).

IV. POSICIONAMIENTOS JURÍDICOS

1. Período de seguridad y principio de flexibilidad

Decíamos antes que hay un condicionamiento hacia la discrecionalidad judicial que va en detrimento del principio de flexibilidad en la ejecución de las medidas; pues bien, la citada discrecionalidad judicial y el principio de flexibilidad en la elección y ejecución de las medidas lo ejemplifica el art. 13.1 LORPM; en este contexto, ampliamos el problema descrito anteriormente recurriendo al posicionamiento de los operadores jurídicos y de la normativa internacional, que detallamos a continuación.

La Fiscalía General del Estado, en su Circular del 2007, afirmó: *«Acoge esta regla —se refiere a la regla establecida en el citado art. 13.1 LORPM— el denominado principio de flexibilidad en la ejecución, verdadera señal de identidad del Derecho Penal de Menores, cuya adecuada implementación distingue una ejecución ajustada a los postulados socializadores de esta rama del ordenamiento de un cumplimiento burocrático e irrespetuoso con el principio del superior interés del menor» (44)*. Del mismo modo, la Fiscalía General del Estado, en la misma Circular de 2007, admite la excepcionalidad del período de seguridad cuando se refiere a la imposibilidad establecida en el citado art. 10 LORPM a la hora de elegir la medida, por parte del juez de menores, en las infracciones graves que se desarrollan en dicho artículo: *«Esta regla introduce un régimen excepcional respecto del sistema de la LORPM, pues predetermina la medida que necesariamente ha de imponerse, optando por la más restrictiva, e introduce un período de seguridad» (45)*. La misma Fiscalía General del Estado admite otra vez, en su Circular de 2011, que el citado período de seguridad es una excepción a la flexibilidad mencionada: *«Ambos preceptos —se refiere al art. 10.1.b) LORPM, y al artículo aquí estudiado, el 10.2.b) LORPM— constituyen una excepción al principio general de flexibilidad en la elección de la medida, contemplado en el art. 7.3 LORPM, puesto que prevén, como medida a imponer inexcusablemente, el internamiento en régimen cerrado, con sujeción a unos límites mínimo y máximo» (46)*. De la misma manera, la Fiscalía General del Estado admite rigidez en su Circular de 2006, que perjudica el citado principio de flexibilidad, a la hora de elegir la medida: *«Por lo que se refiere a los de dieciséis o diecisiete años, la rigidez de la respuesta educativo-sancionadora alcanza su tonalidad más intensa. El período de seguridad de la medida de internamiento en régimen cerrado que imperativamente debe imponerse en principio se amplía, alcanzando la mitad de la duración de la medida impuesta» (47)*.

Miembros de la magistratura vocales pertenecientes al Consejo General del Poder Judicial (48), cuando debatieron el Proyecto de Ley en virtud del cual se incorporó la predeterminación legal de la medida o período de seguridad en la

vigente LORPM, manifestaron mediante su voto particular: «... con la discrecionalidad judicial muy limitada y en consecuencia no toman en cuenta el interés del menor sino la retribución en el castigo al hecho cometido (...) Pero también, se ve comprometido el interés del menor por el establecimiento de periodos de seguridad (art. 10.1.b. pº 2º y 10.2.b) que impiden al juez modular la respuesta sancionadora en interés del menor, y de valorar su evolución, privando de sentido los proyectos educativos previstos por los equipos técnicos y recogidos en la sentencia» (49) .

La magistrada del Tribunal Constitucional Excm. Sra. D.ª Adela ASUA BATARRITA, mediante su voto particular, al que se adhirió el también magistrado Fernando VALDÉS DAL-REÉ, en relación con el tema aquí planteado (el condicionamiento hacia la discrecionalidad judicial y hacia el principio de flexibilidad en la elección y ejecución de las medidas) se posicionó de la manera siguiente:

«El Juez queda totalmente limitado en su facultad de elección de la sanción más adecuada: necesariamente debe imponer una sanción de internamiento en régimen cerrado; no puede decretar un internamiento en régimen semiabierto, abierto, o cualquier otra medida del largo elenco recogido al efecto. Se impone un tiempo o "período de seguridad" de obligado cumplimiento antes de que puedan entrar en juego las instituciones propias del sistema de menores, previstas para modular y, en su caso, reducir, en lo que resulte procedente, los tiempos de internamiento, medida cuya imposición y duración debe ajustarse a criterios de ultima ratio conforme a la establecido en la Convención sobre los derechos del niño. Queda eliminada la figura de "suspensión de la ejecución del fallo" (art. 4º Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores) ya que se obliga al cumplimiento en régimen cerrado un determinado tiempo, la mitad de la sanción impuesta por el delito (...) Aun cuando el internamiento estuviera contraindicado por razones educativas para evitar contagios de influencias nocivas u otras consecuencias desocializadoras, el Juez tiene impedida su intervención para tales fines, durante ese tiempo del "período de seguridad"» (50) .

La Audiencia Provincial de Barcelona, S. 3ª (en su sentencia mediante la cual resolvió el recurso de apelación que interpuso el Fiscal de Menores contra el fallo establecido en la sentencia del Juzgado de Menores N.º 3 de Barcelona, aquí estudiada), admitió la merma en la discrecionalidad judicial, también: «... tras la reforma operada en la norma por LO 8/2006, el sistema excepcional que con mayor rigidez merma la discrecionalidad judicial en los específicos casos que contempla el citado artículo 10.1.b) y 10.2 de la LORPM» (51) .

El Tribunal Supremo admite el perjuicio sobre el principio de flexibilidad, igualmente:

«La preceptividad de la medida de internamiento en régimen cerrado durante un determinado período de tiempo, además de su acento preventivo-general, neutraliza el modelo de flexibilidad en la individualización de las medidas basado en el prioritario interés superior del menor y en la prevalencia de los fines educativos y resocializadores» (52) .

El Magistrado especialista en menores Ilmo. Sr. D. M. David GARCÍA ESTEBAN, en el contexto descrito en el párrafo anterior, expresó, del mismo modo, las limitaciones derivadas del período de seguridad contra la flexibilidad en la ejecución de las medidas:

«Como se viene señalando, el precepto no sólo establece normas especiales para determinados supuestos (que considera de especial gravedad) con imposición necesaria de medida privativa de libertad (internamiento en régimen cerrado) sino que además impone un "período de seguridad" mínimo de extensión variable en función de la extensión total de la medida (la mitad de la ejecución de la medida impuesta) que obstaculiza totalmente las posibilidades de trabajo educativo adaptado a las concretas circunstancias del menor al forzar necesariamente el trabajo con el menor desde medio cerrado cuando es posible que por las características y circunstancias específicas del menor informadas por los Equipos Técnicos Psicosociales correspondientes, tal intervención en medio cerrado no sería en absoluto necesaria» (53) .

Añadimos que la rigidez mencionada anteriormente, en relación con la restricción a la hora de modificar, reducir, suspender o sustituir la medida de internamiento, durante el citado período o tramo de seguridad, que limita la discrecionalidad judicial y el principio de flexibilidad en la elección y ejecución de las medidas, puede contradecir diversas normas internacionales (54) suscritas por el Estado español; en este sentido, mencionamos la famosa y

vinculante *Convención de los Derechos del Niño* de 1989, de acuerdo con el art. 1.2 LORPM, en concreto su art. 37 b), que prescribe: «La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.» En efecto, esta normativa internacional implica el derecho que tiene el menor a que, cuando sea privado de libertad, dicha privación: 1) ha de ser impuesta de manera excepcional; y, 2) por el mínimo tiempo posible. Pero —y aquí radica el problema—, la predeterminación legal de la medida recogida en el art. 10.2.b) LORPM, junto con el período de seguridad, imposibilita que la mencionada privación de libertad, contenida en dicho precepto, sea por el mínimo tiempo posible, puesto que, si dicho período de seguridad fuera suspendible, sustituible o reducible, sí habría la opción de internar a un menor por el mínimo tiempo posible en virtud de los arts. 13, 40 y 51 LORPM; y podría ser modificable dicho período de seguridad —y así, aplicar la medida «por el mínimo tiempo posible»— en el supuesto de menores en los que proceda suspender o sustituir la medida de internamiento en centro cerrado impuesta en base, por ejemplo, a que su delito se ha cometido con grado de ejecución de tentativa y que, además, su situación personal y familiar es normalizada (tal y como así sucedió en el caso comentado al principio, enjuiciado en el Juzgado de Menores N.º 3 de Barcelona, y plasmado en la sentencia de 2 de diciembre de 2019).

2. Período de seguridad y vulneración de principios constitucionales

La entonces magistrada del Tribunal Constitucional Excm. Sra. D.ª Adela ASUA BATARRITA expuso el conflicto aquí estudiado relativo al período de seguridad bajo los siguientes términos: «... supone sacrificar oportunidades educativas y de integración, o incluso como en el caso a quo, no impedir posibles influencias nocivas que pueden derivar de situaciones de internamiento contraproducente para el menor (...) Es esta una restricción que a todas luces impide radicalmente que operen los principios propios de la intervención sancionadora-educativa y, por ello, a mi juicio, constituye patente vulneración de los principios constitucionales ex arts. 25.2 y 39.4 CE» (55) .

La doctrina ha expuesto la problemática que se deriva del citado período de seguridad, igualmente. Así, y debido a la posible vulneración de los citados principios constitucionales ex arts. 25.2 y 39.4 CE, este art. 10.2.b) LORPM ha recibido un rechazo doctrinal fuerte y generalizado (56) , entre otros motivos, porque «... la duración del internamiento y de la libertad vigilada no se haga depender de los resultados alcanzados con el tratamiento educativo» (57) .

V. CONSIDERACIONES FINALES

Las consideraciones que detallamos a continuación son coherentes con la finalidad que pretendemos conseguir a través de este trabajo, y que recordamos: aportar razonamientos jurídico-educativos que cuestionan la compatibilidad de la disposición establecida en el art. 10.2.b) LORPM con el principio del interés superior del menor —también, reconocido como principio educativo (58) — ex art. 55 LORPM.

- Primera. Desproporción en la regulación establecida en el art. 10.2.b) LORPM

Esta regulación incurre en desproporción, al castigar un delito intentado de la misma manera que uno consumado a través de la predeterminación legal de la medida o período de seguridad, sin oportunidad de modificación; dicha desproporción se manifiesta en la misma punición, a pesar de que la lesividad infligida a las víctimas de los dos grados de ejecución, consumado o intentado, es totalmente diferente.

- Segunda. Principio de intervención mínima

Compartimos la crítica que la doctrina especializada en Derecho penal de menores ha afirmado respecto al deterioro del principio de intervención mínima por parte del aquí criticado período de seguridad ex art. 10.2.b) LORPM: «... el principio de mínima intervención en interés del menor se ve seriamente alterado» (59) .

- Tercera. La discrecionalidad judicial y la flexibilidad en la elección y ejecución de las medidas

La predeterminación legal de la medida, junto con el período de seguridad, limita o dificulta la discrecionalidad y flexibilidad, lo que, a la vez, dificulta una correcta individualización de la medida al órgano judicial. En otras palabras, el

art. 10.2.b) LORPM no deja margen de maniobra al juez de menores para que, en virtud de su discrecionalidad judicial y del principio de flexibilidad en la elección y ejecución de las medidas, pueda individualizar la medida en función del grado de ejecución alcanzado en la comisión del delito —consumado o intentado—, y, también, en función de las circunstancias personales y familiares del menor, esto es, en función del principio educativo del interés superior del menor.

- Cuarta. El art. 10.2.b) LORPM se sitúa en contra de la naturaleza sancionadora-educativa de la legislación penal de menores

La predeterminación legal de la medida y el período de seguridad *ex art. 10.2.b) LORPM* se sitúa en contra de la citada STC 36/1991, de 14 de febrero, esto es, en contra de la naturaleza sancionadora-educativa de la LORPM porque dicho período de seguridad se dirige en perjuicio de la prevención especial (60) y del propio fundamento del Derecho penal juvenil (61); en perjuicio, sobre todo, de principios esenciales en la jurisdicción de menores, como el de flexibilidad en la elección y ejecución de las medidas, el de discrecionalidad judicial, el de intervención mínima, el educativo, el del interés superior del menor, o el de resocialización (62), el de humanidad y culpabilidad (63); y, al mismo tiempo, el citado período de seguridad ha reforzado la prevención general negativa o intimidatoria (64) (a pesar de que dicha orientación o finalidad de la prevención general es, prácticamente, ineficaz en el ámbito de los menores, debido a la inmadurez, insensibilidad o el carácter refractario de éstos a la hora de ser intimidados por la norma (65), en general, y de la norma penal de menores, en particular).

- Quinta. Nuestro modelo de política criminal

El problema que aquí hemos estudiado, y que se manifiesta en el período de seguridad, tiene sus raíces en el modelo de política criminal de menores vigente desde la reforma mediante la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre; y dicha reforma ha implicado un progresivo abandono de principios básicos propios de la jurisdicción de menores, que, a la vez, comporta, entre otros aspectos, un endurecimiento de la respuesta que se aplica a los menores que cometen delitos, y una incorporación más presente de la prevención general y de la prevención especial negativa.

VI. PROPUESTAS

Para abordar los problemas descritos en las consideraciones anteriores, aportamos algunas recomendaciones jurídico-educativas, que están diseñadas para revisar el articulado relativo al período de seguridad que se contiene en el citado art. 10.2.b) LORPM; así, y con esta intención, detallamos las recomendaciones de «*lege ferenda*» siguientes:

- Primera

Sugerimos hacer valer el principio de intervención mínima en la jurisdicción de menores, en concreto, en lo relativo al período de seguridad establecido en el art. 10.2.b) LORPM, tal y como en este sentido recomienda la legislación penal juvenil: «... *haciendo al mismo tiempo un uso flexible del principio de intervención mínima, en el sentido de dotar de relevancia a las posibilidades de no apertura del procedimiento o renuncia al mismo, al resarcimiento anticipado o conciliación entre el infractor y la víctima, y a los supuestos de suspensión condicional de la medida impuesta o de sustitución de la misma durante su ejecución* (66)» (67).

- Segunda

Asumimos la propuesta de «*lege ferenda*» de MONTERO HERNANZ cuando sugiere excluir los delitos cometidos en grado imperfecto de ejecución, y, además, que el juez de menores disponga de la facultad de dejar sin efecto el período de seguridad mencionado de la disposición establecida en el art. 10.2.b) LORPM: «*En relación a los supuestos previstos en el núm. 2 del art. 10, la revisión de su contenido que se propone tendría un doble contenido. Por un lado, que quedara constancia que las limitaciones impuestas vienen referidas exclusivamente a delitos consumados, excluyendo de ellas a los delitos en grado de tentativa, y por otro atribuir al juez competente para la ejecución la facultad de dejar sin efecto este período de seguridad* (68), estableciendo un procedimiento y unos requisitos para ello» (69).

En el mismo sentido, compartimos la sugerencia del Magistrado especialista en menores Ilmo. Sr. D. M. David GARCÍA ESTEBAN: «... se evidencia un resultado de facto desproporcionado en la aplicación de la norma penal y que generalmente no atenderá al interés superior del menor. Y ello "chirría" más en los supuestos de tentativa de delito (art. 16 CP) dado que el art. 10.2.b) no excluye su aplicación en tales casos de modo que, creemos, es imperativa una interpretación de la norma conforme al principio de proporcionalidad entendiendo que tales supuestos deberían estar referidos exclusivamente a los supuestos de consumación para evitar una aplicación desproporcionada de la norma» (70).

Así, y en sintonía con esta propuesta, consideramos que debería revisarse la regulación actual contenida en el art. 10.2.b) LORPM, en el sentido de permitirse la suspensión *ex art.* 40 LORPM, y la sustitución o la reducción *ex arts.* 13 y 51.1 LORPM de la medida de internamiento y, por tanto, eliminar la aplicación del mencionado período de seguridad para los delitos cometidos en grado de ejecución de consumación, y, por supuesto, en los supuestos de tentativa. De esta manera, cuando un menor comete un delito grave —homicidio *ex art.* 138 CP, por ejemplo— en grado imperfecto de ejecución *ex art.* 16.1 CP, le serían aplicables las reglas generales de determinación y aplicación de las medidas *ex arts.* 7.3 y 9.2 LORPM, reglas que sí permiten la mencionada modificación, suspensión, sustitución o reducción de la medida de internamiento en centro cerrado (lo permiten en función de las circunstancias personales del menor o de su evolución durante la ejecución de la medida *ex art.* 7.3 LORPM), pues dichas reglas no establecen ningún período de seguridad en su articulado. Con ello, pretendemos que el juzgador esté en disposición de imponer la medida de internamiento en centro cerrado durante el tiempo que considere adecuado, en virtud de las citadas reglas generales de determinación y aplicación de las medidas *ex arts.* 7.3 y 9.2 LORPM, y con los límites derivados del principio acusatorio *ex art.* 8 LORPM y del principio de culpabilidad *ex art.* 5 LORPM. En otras palabras, consideramos que el juzgador ha de tener la facultad de imponer una medida de internamiento en centro cerrado y, a la vez, de modificarla, reducirla, suspenderla o sustituirla teniendo en cuenta:

- 1) *La edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor:* a partir de la flexibilidad que le otorga el sistema sancionador-educativo propio de la justicia penal de menores, tal y como, en esta línea se posiciona la legislación penal de menores: «... flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas aconsejadas por las circunstancias del caso concreto» (71).
- 2) *La prueba y valoración jurídica de los hechos:* en función del grado de ejecución del delito cometido; en este sentido, un delito de homicidio cometido con grado de ejecución de tentativa debería tener una medida proporcionada a la lesividad producida al bien jurídico protegido, la vida o la integridad física de la víctima, en el sentido de que dicha medida debería ser, en todo caso, menos gravosa que si dicho delito de homicidio se ha cometido con grado de ejecución consumado para ser coherentes con el principio de proporcionalidad (72), mínimamente (73).

En definitiva, el juez de menores ha de dictar sentencia «... tomando en consideración las circunstancias y gravedad de los hechos, así como todos los datos debatidos sobre la personalidad, situación, necesidades y entorno familiar y social del menor, la edad de éste en el momento de dictar la sentencia, y la circunstancia de que el menor hubiera cometido o no con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza», *ex art.* 39.1 LORPM; pero, para ello, ha de disponer de la facultad de imponer una medida de internamiento en centro cerrado y, a la vez, de modificarla, reducirla, suspenderla o sustituirla en función de la regla general de determinación judicial de las medidas desarrollada en el art. 7.3 LORPM; pero —y aquí radica el problema—, el citado art. 10.2.b) LORPM no le permite ejercer dicha facultad para así ponderar las circunstancias personales del menor infractor; en este sentido se posicionó la, entonces, magistrada del Tribunal Constitucional Excm. Sra. D.^a Adela ASUA BATARRITA, mediante su voto particular, en el contexto de la cuestión de inconstitucionalidad que se presentó por posible contravención del citado art. 10.2.b) LORPM con la Constitución: «En definitiva, la norma cuestionada impide de forma absoluta la ponderación de las circunstancias personales de los menores de edad, con radical preterición, durante un período de tiempo significativo, de la finalidad resocializadora del art. 25.2 CE y de los derechos del menor concernidos *ex art.* 39.4 CE, frente a otros fines preventivo-generales y especiales de la pena» (74).

- Una última propuesta a modo de «declaración de intenciones»

Al final, todo es cuestión de política criminal. En efecto, es evidente que estamos ante una opción de política criminal a favor de la antes comentada prevención general y especial negativa en relación con los menores infractores; un claro ejemplo de dicha evidencia es el aquí comentado período de seguridad.

No obstante, y desde el modelo de política criminal derivado de la prevención especial positiva y del interés del menor, y con la finalidad de evitar el paso prolongado del menor por centro cerrado y, de esta manera, impedir los efectos perniciosos o criminógenos de las privaciones de libertad extensas en el tiempo, reafirmamos que la intervención educativa que propugna la LORPM (75) confiere identidad y soporte teórico a esta rama especializada del Derecho penal; y confiere identidad a través de nuestro actual modelo de responsabilidad —o de justicia—, más en concreto, mediante «un modelo educativo-responsabilizador-judicializado» (76) . No obstante, e igualmente, proponemos centrar nuestra atención en proyectos legales diseñados desde posicionamientos jurídicos menos influidos por la alarma social (77) o la prevención general, o en modelos alternativos (78) diferentes o complementarios al vigente de la responsabilidad (como el de la «protección integral» (79) o el «social de responsabilidad» (80) o el de las «4 D» (81)), o, del mismo modo, en modelos educativos basados en el respeto hacia el otro (82) ; también, en nuevas técnicas y programas de intervención (83) que mejoran la eficacia de la justicia educativa de menores (tal y como, en su día representó la justicia restaurativa, a través de la mediación (84)), nuevos modelos y técnicas innovadoras que se van abriendo camino en la Justicia de Menores para dar respuesta eficaz, en el sentido de sancionadora-educativa, al fenómeno social-criminológico de la inadaptación social y de la delincuencia juvenil (85) . Por todo ello, insistimos a favor de que la prevención especial positiva, junto con el principio del interés superior del menor, continúe vigente en el Derecho penal juvenil de una manera prioritaria, y desde su condición de finalidad preferente orientadora de las consecuencias jurídicas aplicables a menores, en el sentido de que los criterios de determinación de las medidas estén basados en consideraciones relacionadas con la citada prevención especial y con el mencionado interés del menor (86) , tal y como en esta línea se posiciona la propia LORPM: «En primer lugar, asentando firmemente el principio de que la responsabilidad penal de los menores presenta frente a la de los adultos un carácter primordial de intervención educativa.» (87) , y, en el mismo sentido, los tribunales, como, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 3ª: «... la legislación penal de menores configura un sistema general de medidas basado en grandes dosis de flexibilidad y discrecionalidad judicial que prioriza el interés del menor y la respuesta educativa frente a la meramente represiva» (88) .

(1)

Dicho período de seguridad y la predeterminación legal de la medida se regula, también, en el art. 10.1.b) LORPM, pero este artículo no lo estudiamos aquí porque no tiene relación con la STS de 17 de mayo de 2022 aquí comentada. Sobre dicha predeterminación legal de la medida y el período de seguridad, véase MONTERO HERNANZ, Tomás, «El período de seguridad en la Legislación Penal Juvenil», en *Diario La Ley*, N.º 7621, mayo de 2011, pp. 1 - 6; DE LA ROSA CORTINA, J. M., *La responsabilidad penal de los menores*. Ed. Aranzadi. Pamplona. 2007, p. 266 ; Fiscalía General del Estado, Circular 1/2009, *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. 18; Fiscalía General del Estado , Circular 1/2007, *sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006*, p. 77; STC , Pleno, 20.9.2012 (MP: Excmo. Sr. D. Luis Ignacio ORTEGA ÁLVAREZ). Voto Particular de la Excmo. Sra. D.ª Adela ASUA BATARRITA, apartado 4º; Consejo General del Poder Judicial. Voto Particular de los vocales Excmo. Sr. D. Fernando SALINAS MOLINA, Excmo. Sr. D. Félix PANTOJA GARCÍA, Excmo. Sr. D. Alfons LÓPEZ TENA, y Excmo. Sra. D.ª Montserrat COMAS D'ARGEMIR I CENDRA, 2005, en relación con el Informe elaborado por la comisión de estudios e informes del CGPJ respecto del proyecto de ley de modificación de la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores, de 23 de noviembre de 2005, p.1.

[Ver Texto](#)

(2) Este artículo será modificado, próximamente, a consecuencia de la Proposición de Ley Orgánica *para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, en los delitos contra la libertad sexual, Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados el 6 de febrero de 2023; la modificación prevista en dicha Proposición de Ley no afectará al objeto de estudio de este trabajo.

[Ver Texto](#)

- (3) Para profundizar sobre esta ley, véase la importante y reciente obra CARDENAL MONTRAVETA, Sergi, *La responsabilidad penal de los menores*, Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2020.

[Ver Texto](#)

- (4) En este sentido, véase MONTERO HERNANZ, *op. cit.*, p. 1. Sobre las sucesivas reformas que se han efectuado en la LORPM, véase CARDENAL MONTRAVETA, *op. cit.*, p. 76 y ss.

[Ver Texto](#)

- (5) Sobre este principio, véase VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, «El interés superior del menor», en *Derecho de la persona*, coord. por Isaac Ravetllat Ballesté, 2011, pp. 25-50.

[Ver Texto](#)

- (6) En este sentido, véase Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 160/2012, Pleno, de 20 de septiembre de 2012. Cuestión de inconstitucionalidad 6021-2001. Planteada por el Juzgado Central de Menores, FJ 3º b) (MP: Excmo. Sr. D. Luis Ignacio ORTEGA ÁLVAREZ).

[Ver Texto](#)

- (7) La negrita es nuestra.

[Ver Texto](#)

- (8) Los delitos que nos ocupan en este trabajo, comprendidos en el art. 10.2.b) LORPM, son denominados «de máxima gravedad», en general, tal y como así los catalogan los tribunales, en concreto, la Audiencia Provincial de Barcelona, S. 3ª, 18.09.2020, FJ 1º, párrafo 3º (MP: Ilma. Sra. D.ª Myriam LINAGE GÓMEZ); o, también, de «especial gravedad», tal y como así los denomina el Tribunal Supremo, a través de su STS, S. 2ª, 17.5.2022, apartado 12º (MP: Excmo. Sr. D. Javier HERNÁNDEZ GARCÍA), y el Tribunal Constitucional; así, véase Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 160/2012, Pleno, de 20 de septiembre de 2012. Cuestión de inconstitucionalidad 6021-2001. Planteada por el Juzgado Central de Menores, FJ 3º b) (MP: Excmo. Sr. D. Luis Ignacio ORTEGA ÁLVAREZ). Para una clara delimitación entre los delitos de «máxima gravedad» *ex art.* 10.2.b) LORPM y de «extrema gravedad» *ex art.* 10.1.b) LORPM, véase Fiscalía General del Estado, Circular 1/2007, *sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores*, p. 14 y ss., también, Fiscalía General del Estado, Fiscal de Sala Coordinador de Menores, «Conclusiones de las Jornadas de Delegados de menores. Madrid, 5 y 6 de octubre de 2015.», p. 1 y ss.

[Ver Texto](#)

- (9) Véase la STC, Pleno, N.º 160/2012, de 20 de septiembre de 2012. Cuestión de inconstitucionalidad 6021-2001. Planteada por el Juzgado Central de Menores (MP: Excmo. Sr. D. Luis Ignacio ORTEGA ÁLVAREZ). Voto particular concurrente que formula el Magistrado don Manuel Aragón Reyes a la Sentencia recaída en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6021-2001.

[Ver Texto](#)

- (10) Para una profundización sobre la STS de 17 de mayo de 2022, aquí comentada, véase DOLZ LAGO, M. J., «Unificación de doctrina en menores. La cláusula del artículo 10. 2 b) de la LORPM incluye también las formas intentadas de los delitos mencionados», en *Diario La Ley*, N.º 10114, 20 de julio de 2022; ORTEGA MATESANZ, A., «La medida de internamiento en régimen cerrado en el Derecho Penal de menores español: supuestos a los que es aplicable y su duración máxima.», en *La Ley Penal*, N.º 159, noviembre de 2022, pp. 14 - 29, p. 16.

[Ver Texto](#)

(11) Este período de seguridad o de cumplimiento obligatorio ya fue reafirmado, anteriormente, en un contexto diferente del aquí estudiado, a través de la STS, S. 2ª, 12.02.2014 (MP: Excmo. Sr. D. José Ramón SORIANO SORIANO); del mismo modo, dicho período ha sido declarado compatible con la Constitución mediante la STC, Pleno, N.º 160/2012, de 20 de septiembre de 2012. Cuestión de inconstitucionalidad 6021-2001. Planteada por el Juzgado Central de Menores (MP: Excmo. Sr. D. Luis Ignacio ORTEGA ÁLVAREZ); para profundizar en esta STC, véase FEIJOO SÁNCHEZ, B., en DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO/FEIJOO SÁNCHEZ/POZUELO PÉREZ: *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*. 2ª Ed. Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor, Madrid, 2019, p. 288 y ss.

[Ver Texto](#)

(12) Según consta en STS, S. 2ª, 17.05.2022, Fundamento de Derecho Único, apartado 9º (MP: Excmo. Sr. D. Javier HERNÁNDEZ GARCÍA).

[Ver Texto](#)

(13) Para un conocimiento más detallado sobre dichas resoluciones judiciales, en concreto, sobre la motivación jurídica en virtud de la cual el citado Magistrado de Menores decidió inaplicar el citado art. 10.2.b) LORPM, véase la SAP de Barcelona, S. 3ª, 18.09.2020, FJ 2º, párrafos 4º y 5º (MP: Ilma. Sra. D.ª Myriam LINAGE GÓMEZ). Al no tener acceso a la sentencia condenatoria del Juzgado de Menores N.º 3 de Barcelona del caso que nos ocupa (porque, las sentencias dictadas por los Juzgados de Menores no se publican), hemos de utilizar la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona como guía para conocer la fundamentación jurídica de la mencionada sentencia del Juzgado de Menores N.º 3 de Barcelona.

[Ver Texto](#)

(14) En este sentido, véase SAP de Barcelona, S. 3ª, 18.09.2020, FJ 2º (MP: Ilma. Sra. D.ª Myriam LINAGE GÓMEZ).

[Ver Texto](#)

(15) Caso que nos ocupa en este trabajo, y que el Magistrado de menores plasmó en la sentencia citada de 2 de diciembre de 2019, que, tras la apelación, llegó al Tribunal Supremo, que falló a través de la STS de 17 de mayo de 2022, aquí estudiada.

[Ver Texto](#)

(16)
La negrita es nuestra.

[Ver Texto](#)

(17) Véase SAP de Tarragona, S. 2ª, 10.6.2015, FJ 1º (MP: Ilmo. Sr. D. Ángel MARTÍNEZ SÁEZ).

[Ver Texto](#)

(18) Véase la SAP de Barcelona, S. 3ª, 18.09.2020, Antecedente de hecho 1º (MP: Ilma. Sra. D.ª Myriam LINAGE GÓMEZ).

[Ver Texto](#)

(19) Véase SAP de Barcelona, S. 3ª, 18.09.2020, FJ 1º (MP: Ilma. Sra. D.ª Myriam LINAGE GÓMEZ).

[Ver Texto](#)

(20) Véase SAP de Barcelona, S. 3ª, 18.09.2020 (MP: Ilma. Sra. D.ª Myriam LINAGE GÓMEZ).

[Ver Texto](#)

(21) Véase el fallo de la SAP de Barcelona, S. 3ª (MP: Ilma. Sra. D.ª Myriam LINAGE GÓMEZ).

[Ver Texto](#)

(22) Véase la SAP de Barcelona, S. 3ª, FJ 2º (MP: Ilma. Sra. D.ª Myriam LINAGE GÓMEZ).

[Ver Texto](#)

(23) Véase la STS, S. 2ª, 17.05.2022, Antecedente de Hecho 5º (MP: Excmo. Sr. D. Javier HERNÁNDEZ GARCÍA).

[Ver Texto](#)

(24) Un comentario sobre esta sentencia, en MONTERO HERNANZ, Tomás, «*De lege ferenda*: consideraciones para la reforma de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los Menores», en *Diario La Ley*, N.º 7732, Sección Doctrina, 9 de noviembre de 2011.

[Ver Texto](#)

(25) Véase la STS, S. 2ª, 17.05.2022, Fundamento de Derecho Único, párrafo 1º (MP: Excmo. Sr. D. Javier HERNÁNDEZ GARCÍA).

[Ver Texto](#)

(26) Sobre este principio, en menores, véase GUTIÉRREZ ALBENTOSA, Joan Manel, *El principio de legalidad en la jurisdicción de menores*, Editorial JM Bosch, Barcelona, 2017; sobre este principio desde la vertiente procesal, y las garantías procesales, en general, en la jurisdicción de menores, véase PORTAL MANRUBIA, José, «El fortalecimiento de las garantías procesales en la jurisdicción penal de menores.», en *Guía práctica de responsabilidad penal de los menores* / coord. por José Portal Manrubia, Ed. Aranzadi. Pamplona. 2018, pp. 13-41, p. 24 y ss.

[Ver Texto](#)

(27) Véase la STS, S. 2ª, 17.05.2022, Fundamento Jurídico Único, apartado 3º (MP: Excmo. Sr. D. Javier HERNÁNDEZ GARCÍA).

[Ver Texto](#)

(28) Así, véase LORPM, Exposición de Motivos, apartado 5º.

[Ver Texto](#)

(29) Sobre los principios rectores de la jurisdicción de menores, véase CARDENAL MONTRAVETA, *op. cit.*, p. 105 y ss.

[Ver Texto](#)

(30) En este sentido, véase MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte General*. Ed. Reppertor. 10ª edición. Barcelona.

2016, p. 364; ROXIN, Claus. «Acerca de la punibilidad de la tentativa inidónea.», en *Revista Latinoamericana de Derecho*, pp. 289 - 307; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. «Los límites de la tentativa punible», en *Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte*, p. 153 - 168; STS, Pleno de 25 de abril de 2012, y STS, S. 2ª, 26.4.2012 (MP: Excmo. Sr. D. Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE).

Ver Texto

(31) En este sentido, véase la SAP de Tarragona, S. 2ª, 10.6.2015, FJ 1º (MP: Ilmo. Sr. D. Ángel MARTÍNEZ SÁEZ).

Ver Texto

(32) Véase la SAP de Tarragona, S. 2ª, 10.6.2015, FJ 1º (MP: Ilmo. Sr. D. Ángel MARTÍNEZ SÁEZ).

Ver Texto

(33) Véase SAP de Barcelona, S. 3ª, 18.09.2020, FJ 1º (MP: Ilma. Sra. D.ª Myriam LINAGE GÓMEZ).

Ver Texto

(34) En este sentido, véase FERNÁNDEZ MOLINA, E., «El internamiento de menores. Una mirada hacia la realidad de su aplicación en España», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2012, pp. 1 - 20, <http://criminet.ugr.es/recpc> -, p. 7.

Ver Texto

(35) Véase CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta/COLÁS TURÉGANO, Asunción, «Novedades legislativas en derecho penal del menor: el proyecto de reforma de la Ley Orgánica 5/2000. Análisis y crítica», en *Actas del II Symposium Internacional sobre Justicia Juvenil y del I Congreso Europeo sobre Programas de Cumplimiento de Medidas Judiciales para Menores* / coord. por Diego Vargas, Vol. 2, 2008 (Comunicaciones), pp. 75-84.

Ver Texto

(36) Excmo. Sr. D. Fernando SALINAS MOLINA, Excmo. Sr. D. Félix PANTOJA GARCÍA, Excmo. Sr. D. Alfons LÓPEZ TENA y Excma. Sra. D.ª Montserrat COMAS D'ARGEMIR I CENDRA.

Ver Texto

(37) Véase Consejo General del Poder Judicial. Voto Particular, *op. cit.*, p.1.

Ver Texto

(38) Véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2001, p. 163.

Ver Texto

(39) En este sentido, véase GARCÍA PÉREZ, Octavio, «La contribución de la jurisprudencia al endurecimiento de la respuesta a los menores infractores», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-25 (2019) <http://criminet.ugr.es/recpc> pp. 1 - 44, p. 3.

Ver Texto

(40) Sobre este tema, véase CANO PAÑOS, M. A., «¿Es conveniente un endurecimiento del Derecho Penal juvenil?»

una toma de posición crítica.» en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 55, Fasc. / Mes 1, 2002, pp. 287-320.

[Ver Texto](#)

(41) En este sentido, véase Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 160/2012, Pleno, de 20 de septiembre de 2012. Cuestión de inconstitucionalidad N.º 6021-2001. Planteada por el Juzgado Central de Menores, Antecedente 3, FJ 1º (MP: Excmo. Sr. D. Luis Ignacio ORTEGA ÁLVAREZ).

[Ver Texto](#)

(42) En este sentido, véase M. David GARCÍA ESTEBAN, «Comentario "de urgencia" sobre la afectación de la LO 10/2022 (Ley "Sí es sí") a la jurisdicción de menores», en *ELDERECHO.COM*, p. 6.

[Ver Texto](#)

(43) Véase Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 160/2012, Pleno, de 20 de septiembre de 2012. Cuestión de inconstitucionalidad 6021-2001. Planteada por el Juzgado Central de Menores, FJ 3º b) (MP: Excmo. Sr. D. Luis Ignacio ORTEGA ÁLVAREZ).

[Ver Texto](#)

(44) Véase Fiscalía General del Estado, Circular 1/2007, *sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006*, p. 77.

[Ver Texto](#)

(45) Véase Fiscalía General del Estado, Circular 1/2007, de 23 de noviembre, sobre *criterios interpretativos tras la reforma de la Legislación Penal de Menores de 2006*, p. 24.

[Ver Texto](#)

(46) Véase Fiscalía General del Estado, Circular 9/2011, *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en materia de reforma de menores*, p. 14.

[Ver Texto](#)

(47) Véase Fiscalía General del Estado, Circular 1/2007, de 23 de noviembre, sobre *criterios interpretativos tras la reforma de la Legislación Penal de Menores de 2006*, p. 26.

[Ver Texto](#)

(48) Excmo. Sr. D. Fernando SALINAS MOLINA, Excmo. Sr. D. Félix PANTOJA GARCÍA, Excmo. Sr. D. Alfons LÓPEZ TENA y Excmo. Sra. D.ª Montserrat COMAS D'ARGEMIR I CENDRA.

[Ver Texto](#)

(49) Véase Consejo General del Poder Judicial. Voto Particular, *op. cit.*, pp. 2-3.

[Ver Texto](#)

(50) Véase Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 160/2012, Pleno, de 20 de septiembre de 2012. Cuestión de inconstitucionalidad 6021-2001. Planteada por el Juzgado Central de Menores (MP: Excmo. Sr. D. Luis Ignacio ORTEGA ÁLVAREZ). Voto particular de la Excmo. Sra. D.ª Adela ASUA BATARRITA.

[Ver Texto](#)

(51) Véase la mencionada SAP de Barcelona, S. 3ª, FJ 2º (MP: Ilma. Sra. D.ª Myriam LINAGE GÓMEZ).

[Ver Texto](#)

(52) Véase la aquí estudiada STS, S. 2ª, 17.5.2022, Fundamento Jurídico Único, apartado 11º (MP: Excmo. Sr. D. Javier HERNÁNDEZ GARCÍA).

[Ver Texto](#)

(53) Véase M. David GARCÍA ESTEBAN, *op. cit.*, p. 4.

[Ver Texto](#)

(54) Nos referimos a la *Convención de los Derechos del Niño*, de 1989; también, a las *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad*, adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990, apartado I. Perspectivas fundamentales; del mismo modo, al art. 17.1.b) de las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores* («Reglas de Beijing»), adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985; y, también, al párrafo 79 de la *Observación General N.º 10* (2007), de la *Convención de los Derechos del Niño* de 1989, sobre *Los derechos del niño en la justicia de menores*.

[Ver Texto](#)

(55) Véase Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 160/2012, Pleno, de 20 de septiembre de 2012. Cuestión de inconstitucionalidad 6021-2001. Planteada por el Juzgado Central de Menores (MP: Excmo. Sr. D. Luis Ignacio ORTEGA ÁLVAREZ). Voto particular de la Excmo. Sra. D.ª Adela ASUA BATARRITA.

[Ver Texto](#)

(56) En este sentido, véase ORTEGA MATESANZ, *op. cit.*, p. 15

[Ver Texto](#)

(57) Véase FARALDO CABANA, Patricia, «Las prohibiciones de aproximación y comunicación aplicables a menores infractores», en *Revista de Derecho Penal y Criminología de la UNED*, N.º 1, 2009, pp. 39-101, p. 37; en el mismo sentido, LANDROVE DÍAZ, G., *Derecho penal de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 222.

[Ver Texto](#)

(58) Sobre el principio educativo, véase COUSO, J., «Principio educativo y resocialización en el Derecho penal juvenil», en *Revista UNICEF*. Ejemplar dedicado a «Justicia y Derechos del Niño», N.º 9, Madrid. 2007, pp. 219 - 232; CRUZ MÁRQUEZ, B., *Educación y prevención general en el derecho penal de menores*. Ed. Marcial Pons. Barcelona. 2006, p. 23 y ss.

[Ver Texto](#)

(59) Véase ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R., *Derecho penal de menores*, Ed. Bosch. 4ª edición. Barcelona. 2007, p. 241.

[Ver Texto](#)

(60) En este sentido, véase GARCÍA PÉREZ, Octavio, «La reforma de 2006 del sistema español de justicia penal de

menores», en *Política criminal*, N.º 5, 2008, A1-5, pp. 1-31, p. 23.

[Ver Texto](#)

(61)

Cuyo fundamento es la noción de «*necesidad de prevención*» o «*necesidad de pena*»; en este sentido, véase VIANA BALLESTER, C., «La responsabilidad penal del menor : naturaleza y principios informadores», en *Revista penal*, N.º 13, 2004, pp. 151 - 184, p. 178 y ss., GUTIÉRREZ ALBENTOSA, *op. cit.*, p. 45 y ss., MIR PUIG, *op. cit.*, p. 613; ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Tomo I*. Ed. Civitas, Madrid. 1997, p. 849.

[Ver Texto](#)

(62)

Sobre el principio de resocialización en el Derecho penal juvenil, véase CARDENAL MONTRAVETA, *op. cit.*, p. 387 y ss.

[Ver Texto](#)

(63) *Ídem*, p. 114.

[Ver Texto](#)

(64) En este sentido, véase DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, «Novedades en el sistema de justicia juvenil sobre las medidas imponibles y sus reglas de determinación», en *La Ley Penal*, N.º 36, marzo de 2007, p. 3.

[Ver Texto](#)

(65) En este sentido, véase CÁMARA ARROYO, Sergio, *Sistema penitenciario e internamiento de menores*, Colección : Premios Victoria Kent, Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado <http://publicacionesoficiales.boe.es> Tesis doctoral. Universidad de Alcalá. 2011, p. 535.

[Ver Texto](#)

(66) La negrita es nuestra.

[Ver Texto](#)

(67) Véase la LORPM, Exposición de Motivos, apartado 9º.

[Ver Texto](#)

(68)

La negrita es nuestra.

[Ver Texto](#)

(69) Véase MONTERO HERNANZ, *op. cit.*, p. 5.

[Ver Texto](#)

(70) Véase GARCÍA ESTEBAN, M. David; prólogo de la obra *Proporcionalidad y reeducación en la jurisdicción de menores*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2021 .

[Ver Texto](#)

(71) Véase LORPM, Exposición de Motivos, apartado 6º; también, los apartados 35 a 40 y arts. 7 y 10.1 de la Directiva (UE) 2016/800 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2016, *relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales*.

Ver Texto

(72) Sobre el principio de proporcionalidad en menores, véase GUTIERREZ ALBENTOSA, Joan Manel, *Proporcionalidad y reeducación en la jurisdicción de menores*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2021.

Ver Texto

(73) En este sentido, véase la SAP de Tarragona, S. 2ª, 10.6.2015, FJ 1º (MP: Ilmo. Sr. D. Ángel MARTÍNEZ SÁEZ).

Ver Texto

(74) Véase Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 160/2012, Pleno, de 20 de septiembre de 2012. Cuestión de inconstitucionalidad 6021-2001. Planteada por el Juzgado Central de Menores (MP: Excmo. Sr. D. Luis Ignacio ORTEGA ÁLVAREZ). Voto particular de la Excmo. Sra. D.ª Adela ASUA BATARRITA.

Ver Texto

(75) En este sentido, véase LORPM, Exposición de Motivos, apartado 4º.

Ver Texto

(76) Véase CANO PAÑOS, M. A., «¿Supresión, mantenimiento o reformulación del pensamiento educativo en el Derecho penal juvenil?», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N.º 13, noviembre, <http://criminnet.ugr.es/recpc/13-13.pdf> 2011, pp. 1-55, p. 7.

Ver Texto

(77) En este sentido, 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.

Ver Texto

(78) Sobre modelos alternativos al de la responsabilidad, véase CARDENAL MONTRAVETA, *op. cit.*, p. 115 y ss.

Ver Texto

(79) En este contexto, 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 *UNICEF*, ejemplar dedicado a «Justicia y Derechos del Niño», N.º 1. Madrid., 1999, pp. 9 - 22, pp. 16 - 22.

Ver Texto

(80) Así, 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.

Ver Texto

(81) Modelo de las «4 D»: descriminalización, desinstitucionalización, diversión y *due process*-proceso debido, de procedencia de los Estados Unidos de América, que compagina elementos del modelo educativo y del de bienestar con el responsabilizador; se basa en reducir la intervención penal sobre los menores todo lo que sea posible.

[Ver Texto](#)

(82) En este sentido, véase PANCHÓN I IGLESIAS, Carme, «Modelos educativos alternativos que conllevan el reconocimiento y el respeto por el otro», en *Revista de educación*, N.º 342, 2007. Ejemplar dedicado a: Violencia de género y relaciones de poder: implicaciones para la educación., pp. 147-166; GUASCH GARCÍA, Montserrat, *La actuación educativa en el ámbito judicial: un modelo socio-cognitivo de intervención en libertad*. Universidad de Barcelona, 1992.

[Ver Texto](#)

(83) En este contexto, véase BURCET, Jordi; DIEGO ESPUNY, Federico; VALLÉS HERRERO, Josep; «Mirall: programa para el abordaje de la violencia filio-parental con adolescentes en libertad vigilada y sus familias.», en *Revista de Educación Social*, N.º 29, 2019. Ejemplar dedicado a «La Educación Social en la segunda generación de leyes de servicios sociales», pp. 115-141.

[Ver Texto](#)

(84) En este sentido, véase GIMENO VIDAL, Robert, «La mediación en el ámbito penal juvenil», en *Educación social: Revista de intervención socioeducativa*, N.º 8, 1998 (Ejemplar dedicado a: Mediación y resolución de conflictos), pp. 29-35; Sánchez-Valverde Visus, C., «La mediación como manifestación de la "nueva cultura"», en *Revista de Educación Social*, 2, 2004.

[Ver Texto](#)

(85) Sobre un trabajo excelente y reciente sobre la delincuencia juvenil en España, dos importantes obras: ABADÍAS SELMA, Alfredo, *Delincuencia juvenil: Temas para su estudio*. Constitución y Leyes, Ed. Colex, Madrid, 2021; y, también, *Tratado sobre delincuencia juvenil y responsabilidad penal del menor: a los 20 años de la Ley Orgánica 5-2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores* / coord. por Alfredo Abadías Selma, Sergio Cámara Arroyo, Pere Simón Castellano, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2021.

[Ver Texto](#)

(86) En este sentido, véase CRUZ MÁRZQUEZ, *op. cit.*, p. 129 y ss.

[Ver Texto](#)

(87) Véase LORPM, Exposición de Motivos, apartado 4º.

[Ver Texto](#)

(88) Véase SAP de Barcelona, S. 3ª, 18.09.2020, FJ 2º (MP: Ilma. Sra. D.ª Myriam LINAGE GÓMEZ); en el mismo sentido, SAP de Tarragona, S. 4ª, 14.9.2015, FJ 1º (MP: Ilmo. Sr. D. Jorge MORA AMANTE).

[Ver Texto](#)