

Joan Manel Gutiérrez i Albentosa

El principio de legalidad en la jurisdicción de menores

PRÓLOGO

Josep Niubò i Claveria

JIB
BOSCH EDITOR

El principio de legalidad constituye el pilar del Estado de Derecho en Europa y, podría afirmarse que, también, en toda la humanidad, siendo el mayor protector de la libertad individual en el contexto del Derecho penal. En el Derecho penal juvenil, el principio del interés superior del menor es otro pilar fundamental que sostiene toda la edificación legislativa, judicial y socioeducativa.

La finalidad de esta obra es el valorar la compatibilidad del articulado que representa el interés del menor con la Constitución, y, para ello, hemos confrontado el principio del interés del menor con el de legalidad. Se hace necesario valorar la relación entre ambos principios a la luz de la Constitución debido a que, en el Derecho penal juvenil, suele tolerarse cierto nivel de "flexibilización de garantías" o relativización de los principios penales tradicionales en virtud o con fundamento en el interés del menor. Como consecuencia de tal flexibilidad, se produce un desequilibrio en la balanza de principios que sustentan el Derecho penal juvenil: en un plato de la balanza, el principio del interés superior del menor –a favor del cual se decanta la balanza- y, en el otro, los principios del Derecho penal, en particular el de legalidad. Consecuencia de ese desequilibrio, podemos afirmar la existencia de una relación conflictiva entre garantías penales y el concepto del interés del menor.

Proponemos algunas soluciones para abordar dicha relación conflictiva. Entre dichas soluciones, sugerimos la reconversión del principio del interés superior del menor en derecho fundamental a la educación aplicado en el contexto de la justicia juvenil.

JIB
BOSCH EDITOR

ISBN: 978-84-946436-5-1



9 788494 643651

JOAN MANEL GUTIÉRREZ I ALBENTOSA

Doctor en Derecho

El principio de legalidad en la jurisdicción de menores

PRÓLOGO DEL

Ilmo. Sr. D. Josep Niubò i Claveria

Magistrado de la Sección IIIª de la Audiencia de Barcelona

2017



BOSCH EDITOR

© ENERO 2017 JOAN MANEL GUTIÉRREZ I ALBENTOSA

© ENERO 2017



Librería Bosch, S.L.

<http://www.jmboscheditor.com>

<http://www.libreriabosch.com>

E-mail: editorial@jmboscheditor.com

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN papel: 978-84-946436-5-1

ISBN digital: 978-84-946436-6-8

D.L.: B1538-2017

Diseño de portada: Black Concepts

<https://www.behance.net/BlackConcepts>

contactoblackconcepts@gmail.com

Diseño interior y maquetación: Cristina Payà (cspaya@sbeditorialdesign.com)

Printed in Spain – Impreso en España

Índice

| | |
|----------------------|----|
| Nota preliminar..... | 15 |
| Abreviaturas..... | 19 |
| Prólogo..... | 23 |
| Introducción..... | 27 |

PRIMERA PARTE **LEGALIDAD, SEGURIDAD JURÍDICA** **Y DERECHO PENAL JUVENIL**

CAPÍTULO I

| | |
|--|-----|
| FUNDAMENTO Y NATURALEZA | 45 |
| 1. Fundamento..... | 45 |
| 2. Naturaleza jurídica vigencia de las garantías penales en la materia | 50 |
| 2.1. La indudable naturaleza jurídico-penal de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los meno- res (LORPM) | 60 |
| 2.2. Naturaleza del proceso | 69 |
| 2.3. Naturaleza de las consecuencias jurídicas | 72 |
| 2.4. Toma de postura..... | 81 |
| 3. Situación del Derecho penal juvenil en la actualidad | 83 |
| 3.1. Debates en la jurisdicción común y en la de menores..... | 86 |
| 3.1.1. El equilibrio entre el interés del menor y las garantías penales..... | 94 |
| 3.2. Algunas consideraciones sobre la crisis de las garantías penales | 97 |
| 4. Recapitulación | 104 |

CAPÍTULO II

| | |
|---|-----|
| PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA. CONCEPTOS BÁSICOS | 107 |
| 1. Principio de legalidad..... | 107 |
| 1.1. Principio de oportunidad. Fundamento..... | 112 |
| 1.2. Legalidad y oportunidad | 115 |
| 2. Principio de seguridad jurídica..... | 120 |
| 2.1. El principio de legalidad y el de seguridad jurídica | 121 |
| 2.1.1. Posicionamientos jurídicos | 122 |
| 3. Consecuencias relevantes de la legalidad penal y de la seguridad jurídica: el contenido garantizador..... | 125 |
| 3.1. Las garantías derivadas de la legalidad penal: garantía criminal, penal, jurisdiccional y de ejecución | 126 |
| 3.1.1. Especial consideración de la garantía criminal | 137 |
| 3.1.1.1. Taxatividad, cláusula general y concepto jurídico indeterminado..... | 138 |
| 3.1.1.2. Propuestas de mejora | 145 |
| 3.2. « <i>Non bis in ídem</i> »..... | 146 |
| 3.2.1. Dimensión material y procesal del « <i>non bis in ídem</i> »..... | 152 |
| 3.2.2. Propuestas de mejora..... | 159 |
| 3.3. Especial consideración de las leyes penales en blanco..... | 164 |
| 3.3.1. Definición de ley penal en blanco..... | 167 |
| 3.3.2. Ley penal en blanco y Constitución | 169 |
| 4. Recapitulación y enunciado de las garantías penales exigibles | 173 |

SEGUNDA PARTE**GARANTÍAS E INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR****CAPÍTULO III**

| | |
|---|-----|
| ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR..... | 177 |
| 1. El interés superior del menor y su relación con la Constitución | 177 |
| 1.1. El interés superior del menor y su indeterminación jurídica .. | 182 |
| 1.1.1. Causas y consecuencias de la problemática..... | 184 |

| | |
|--|-----|
| 1.1.2. Propuestas de mejora..... | 188 |
| 2. Colisión interés superior del menor-seguridad jurídica | 191 |
| 2.1. Propuestas de mejora..... | 194 |
| 3. El interés superior del menor como principio prioritario..... | 195 |
| 3.1. Causas y consecuencias de la problemática..... | 199 |
| 3.2. Propuestas de mejora..... | 206 |
| 4. El interés superior del menor y el principio de flexibilidad | 211 |
| 4.1. Posicionamientos jurídicos | 213 |
| 4.2. Propuestas de mejora..... | 216 |
| 5. El interés superior del menor y la necesidad de un fundamento jurídico..... | 216 |
| 5.1. Con la intervención de la Convención de los Derechos del Niño..... | 218 |
| 5.2. De los principios generales del Derecho penal | 220 |
| 5.3. De la reinterpretación del interés del menor como derecho fundamental | 223 |
| 6. Del interés superior del menor al derecho fundamental a la educación | 223 |
| 6.1. Derecho a la educación..... | 226 |
| 6.1.1. Derecho a la educación y a la resocialización..... | 233 |
| 6.2. Toma de postura..... | 235 |
| CAPÍTULO IV | |
| INDIVIDUALIZACIÓN DE LA CONSECUENCIA JURÍDICA | 237 |
| 1. La individualización de la consecuencia jurídica..... | 237 |
| 1.1. Fundamento y finalidad..... | 240 |
| 1.2. La individualización en la LORPM y el equipo técnico | 241 |
| 2. La decisión judicial discrecional..... | 253 |
| 2.1. Fundamento y finalidad..... | 259 |
| 2.2. Límites a la decisión judicial discrecional..... | 260 |
| 2.2.1. Las disposiciones establecidas en la LORPM | 261 |
| 2.2.1.1. La proporcionalidad | 264 |

| | |
|--|-----|
| 2.2.1.2. La taxatividad | 267 |
| 3. El principio de oportunidad y el fiscal de menores | 267 |
| 3.1. Fundamento y finalidad..... | 270 |
| 3.2. El principio de oportunidad en la legislación penal de menores..... | 271 |
| 3.2.1. La mediación, reparación, conciliación | 273 |
| 3.3. La relación entre oportunidad y legalidad | 276 |
| 3.4. Límites legales al principio de oportunidad | 282 |

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..... | 289 |
| 1. La problemática del quebrantamiento. Cuestiones básicas | 289 |
| 1.1. Las consecuencias jurídicas no privativas de libertad..... | 295 |
| 2. Ausencia de definiciones básicas en la LORPM..... | 297 |
| 2.1. Definición y diferenciación entre incumplimiento, quebrantamiento y evolución desfavorable..... | 300 |
| 2.1.1. Definición de incumplimiento (Art. 50.2 LORPM).... | 300 |
| 2.1.1.1. El incumplimiento como «incidencia» en la fase de ejecución | 305 |
| 2.1.1.2. Propuestas de mejora. | 306 |
| 2.1.2. Definición de quebrantamiento (Art 50.3 LORPM)... | 311 |
| 2.1.2.1. En la legislación penal común | 316 |
| 2.1.2.1.1. En el Art. 49 CP | 320 |
| 2.1.2.2. Propuestas de mejora. | 322 |
| 2.1.3. Definición de «evolución desfavorable» (Art. 51.1 y 2 LORPM) | 322 |
| 2.1.3.1. Propuestas de mejora. | 325 |
| 2.2. Definición del requisito «Excepcionalmente»..... | 325 |

| | |
|--|-----|
| 2.2.1. Propuestas de mejora..... | 326 |
| 3. El Art. 50.2 LORPM: norma penal en blanco sui géneris..... | 329 |
| 4. Las garantías penales en la valoración del incumplimiento..... | 332 |
| 4.1. Garantía penal y garantía de ejecución..... | 333 |
| 4.2. Garantía jurisdiccional | 334 |
| 4.2.1. Posicionamientos jurídicos | 336 |
| 4.2.1.1. Tribunal Constitucional..... | 337 |
| 4.2.1.2. Fiscalía General del Estado | 339 |
| 4.2.1.3. Otros posicionamientos | 341 |
| 4.2.2. Propuestas de mejora..... | 346 |
| 4.3. Regla del « <i>Non bis in ídem</i> » | 349 |
| 4.3.1. Posicionamientos jurídicos | 350 |
| 4.3.2. Propuestas de mejora..... | 353 |
| 4.3.2.1. Desistimiento de la acción penal | 353 |
| 4.3.2.2. Prejudicialidad penal..... | 356 |
| 4.3.2.3. Otras propuestas | 357 |
| 4.4. Derecho fundamental a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes..... | 358 |
| 4.5. Toma de postura..... | 360 |

CAPÍTULO VI

| | |
|--|-----|
| OTROS PROBLEMAS RELATIVOS A LA SEGURIDAD JURÍDICA .. | 363 |
| 1. Infracción del principio de seguridad jurídica..... | 363 |
| 1.1. Arbitrariedad judicial y seguridad jurídica..... | 363 |
| 1.1.1. Amplitud excesiva de algunos marcos penales..... | 369 |
| 1.2. Arbitrariedad judicial y derecho a un proceso debido..... | 374 |
| 1.3. Concepto jurídico indeterminado y seguridad jurídica..... | 376 |

CAPÍTULO VII

| | |
|--|-----|
| LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA EN EL REGLAMENTO..... | 387 |
| 1. Infracción del principio de reserva de ley..... | 387 |
| 1.1. Incumplimiento y reserva de ley..... | 390 |

| | |
|--|-----|
| 1.1.1. Algunas soluciones en el Código penal | 392 |
| 1.2. Concepto jurídico indeterminado y reserva de ley..... | 395 |
| 1.3. Relaciones de sujeción especial y reserva de ley..... | 395 |
| 1.3.1. Toma de postura..... | 398 |
| CONCLUSIONES | 403 |
| BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA | 411 |

Prólogo

Por fin alguien se toma en serio la jurisdicción de menores, pensé cuando quien resultó ser Joan Manel, se interesó por el auto que habíamos dictado en la Sección III^a promoviendo una cuestión de inconstitucionalidad en relación con la LORPM. Cansados de comprobar el desinterés, cuando no rechazo, respecto a nuestra actividad jurisdiccional en relación con los menores, a los cuatro magistrados de la Sección nos sorprendió positivamente el interés de Joan Manel por nuestra resolución, resolución de la que ignorábamos cómo tuvo conocimiento.

Como ponente que fui del auto en cuestión, atendí a Joan Manel, quien en pocos minutos me convenció de que sabía mucho más que yo sobre «la ley de menores» y de que tenía una inteligente sensibilidad por la materia. Desde aquel momento y de forma discontinua pero siempre atenta e inteligente, fue contactando conmigo siempre en relación a la temática que había motivado el primer encuentro, hasta que por fin se me presentó con un aparente, completo y brillante libro que contenía su muy trabajada tesis doctoral, sabiamente dirigida por la ilustre catedrática y mi –de antiguo– amiga Mercedes García Aran, tesis cuya temática no podía ser otra que la que había motivado nuestro conocimiento y posterior amistad.

Como miembro del órgano único en Barcelona especializado en el conocimiento en segunda instancia de las resoluciones dictadas por los jueces de menores de su territorio, he tenido oportunidad en los más de quince años que allí ejerzo –prácticamente desde la entrada en vigor de la LORPM– de conocer prácticamente de toda clase posible de recursos y de comprobar cómo para muchos de quienes profesionalmente se relacionan con dicha jurisdicción, la consideran una «jurisdicción menor», parodiando su nombre. Concienciado por quien optó por la asunción de la competencia exclusiva al tener que atribuirse ésta a una Sección Penal, he comprobado la trascendencia que para quienes son sus sujetos principales, los menores, tiene todo lo que hacemos. Una simple amonestación cuando se considera

ha sido injustamente impuesta, remueve las entrañas de los menores, indignados ante lo que consideran un atropello. Por ello, el tratamiento de los recursos ha de ser responsable, cauteloso e impregnado de toda la atención que dedicarse pueda. También a la jurisdicción de menores se extienden todas las garantías constitucionalmente reconocidas a quienes son llevados ante un juzgado o tribunal.

Es precisamente esa voluntad de demostrar que desde el ejercicio de la potestad jurisdiccional se respetan esas garantías, lo que llevó al tribunal en el que estoy integrado a promover la cuestión de inconstitucionalidad a la que con tanta dedicación y acierto se ha volcado Joan Manel, primero en un brillante artículo, y después en su no menos brillante tesis doctoral. La que se nos planteó como una aparente inconstitucionalidad de los artículos 50.2 y 51.1 de la LORPM, sigue preocupándonos en las escasas ocasiones que debemos resolver recursos contra sustituciones de medidas impuestas en sentencias firmes, si las sustituciones se nos aparecen como más gravosas que las medidas a sustituir. La sentencia es un título de ejecución, que asegura, a su destinatario por excelencia, cuál será la consecuencia definitiva que se deriva de los hechos por los que ha sido juzgado. Enmascarar la sustitución en un pretendido interés del menor, puede suponer un engaño a éste y, por encima de todo, generar la tan temida y detestable inseguridad jurídica. Donde jurídicamente se ha dicho digo, no debería poderse decir después Diego.

Tal vez si en la sentencia se impusiera la medida más severa legalmente posible, siempre con plena observancia de la exigible proporcionalidad, y ya en ella se hiciera la sustitución supeditada al cumplimiento de unas exigencias, no se crearía esa sensación de inseguridad y el posible cambio de medida a cumplir no supondría para el menor una trágica sorpresa.

Es loable el generoso y muy bien orientado esfuerzo hecho por el autor de esta obra que humildemente prologo, para plasmar la preocupación sentida por él mismo y otros operadores en el campo de la justicia juvenil, para que esta alcance el máximo rango de excelencia en interés precisamente de los menores, pero también de la sociedad en general, porque ella se ha de beneficiar de los logros que se consigan administrando sabiamente la justicia sobre aquellos que en edades tempranas se enfrentan al rigor de la *dura lex* por la comisión de actos ilícitos que van más allá de los que son propios de la irreflexión adolescente.

Joan Manuel Gutiérrez nos ha regalado una trabajada obra, un profundo análisis de una importante y trascendente ley, y una lúcida reflexión sobre cómo puede mejorarse ésta. Moltes gràcies Joan Manel!

Josep Niubò i Claveria

Magistrado de la Sección III^a de la Audiencia de Barcelona,
única competente en materia de jurisdicción de menores.

Diciembre de 2016

Introducción

Este trabajo tiene su motivación inicial en el interés por dar respuesta a los problemas aplicativos planteados en el contexto del quebrantamiento de las penas juveniles no privativas de libertad impuestas a menores delinquentes. En efecto, la regulación contenida en la Ley orgánica 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 marco de dicho quebrantamiento, dudas relacionadas con la legalidad penal y la seguridad jurídica junto con el derecho a un proceso debido o proceso justo con todas las garantías que han producido discrepancias judiciales y una inseguridad jurídica importante.

Sin embargo, pronto pudimos comprobar que la cuestión del quebrantamiento –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.

Objeto del estudio. Por la razón indicada en los párrafos anteriores, pronto fue necesario ampliar el objeto de estudio de nuestra investigación llevándolo hasta el análisis de la compatibilidad de la legislación penal del menor¹ –en concreto, de su principio rector, el interés superior del me-

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

nor²— con los principios aquí estudiados (legalidad y seguridad jurídica junto con el derecho a un proceso con todas las garantías), en su condición de límites al ejercicio de la intervención punitiva del Estado³. Así, el objeto de estudio se enmarca en el interés superior del menor y su relación con aquellos principios.

Hemos seleccionado esos principios (legalidad y seguridad jurídica) y ese derecho fundamental (proceso debido) porque son los que más dificultades presentan a la hora de aplicarlos de una manera acorde con la Constitución en la jurisdicción de menores. De esas dificultades, surge el problema a resolver en esta investigación.

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 jurisprudence 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 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.

Planteamiento del problema. En la jurisdicción de menores, suele tolerarse una cierta «flexibilización de garantías»⁴ o relativización de los mencionados principios constitucionales⁵ 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, los principios del Derecho penal, en particular el de legalidad y el de seguridad jurídica y, en el otro lado, el interés superior del menor –a favor de este principio se inclina la balanza de la jurisdicción de menores, en estos momentos–. En efecto, como no puede ser de otro modo, la clásica tensión entre garantías o legalidad y eficacia⁶ 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 eficiencia (o resocialización, que representa el interés del menor) de la jurisdicción penal juvenil.

La mencionada eficiencia, también eficacia, 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 GARCÍA PÉREZ, O., «... la eficacia

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.

*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 resocialización⁹, 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 eficiente¹², en términos socioeducativos y, también, en término de política criminal desde la orientación de la prevención especial positiva.

La finalidad principal es el dar respuesta al problema descrito, a través de identificar y estudiar supuestos concretos de la legislación penal de menores en los que se observa la mencionada flexibilización de garantías, con la pretensión de comprobar si, a partir de dichos supuestos, el fundamento

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://criminnet.ugr.es/recpc/12/recpc12-12.pdf> 2010, pp. 1-36, p. 12 y ss.

8 Negría es mía.

9 Sobre la relación entre el concepto eficiencia e interés del menor y el concepto de resocialización, véase GARCÍA PÉREZ, O., *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 Negría 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.

de dicha flexibilización, que es el interés superior del menor, es compatible con la Constitución, especialmente, con el principio de legalidad y con el de seguridad jurídica.

La hipótesis de trabajo: la aplicación inadecuada del interés del menor comporta dificultades de incompatibilidad de algunos artículos de la legislación penal de menores con la Constitución, que se traducen en problemas legales con trascendencia práctica para los tribunales¹³ y en vulneración de derechos fundamentales (legalidad penal y seguridad jurídica) que afecta a menores infractores. Las causas de dicha vulneración cabe situarlas en la ambigüedad y vaguedad¹⁴ del concepto jurídico indeterminado que acoge el principio del «interés superior del menor», junto con la prioridad excesiva que se otorga a dicho principio en detrimento de las garantías.

Las premisas básicas o puntos centrales que –junto con la hipótesis de trabajo que hemos planteado– han guiado esta investigación y han ayudado a conseguir la finalidad mencionada 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; es decir, 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.

13 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.

14 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.

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 penales básicas¹⁵, 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 febrero¹⁶), 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

- 15 La doctrina se posiciona claramente a favor de la irrenunciabilidad de las garantías penales; en este sentido, véase HUERTA TOCILDO, S., «Principios básicos del Derecho penal y Art. 325 del Código penal», en *Revista Penal*, N° 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.
- 16 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*, N° 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.

es reconocido unánimemente por la doctrina¹⁷ y por el TC¹⁸. 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 adultos¹⁹ y, en este sentido,

- 17 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.
- 18 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.
- 19 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.

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 TC²⁰.

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: 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 penales²¹. 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 el proceso con todas las garantías) 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.»²² Con lo dicho, esperamos poder mantener la afirmación siguiente: no cabe eficacia y eficiencia (o interés del menor) sin legalidad y garantismo.

20 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.

21 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.

22 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.

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 libertad²³ 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.

La sexta premisa se basa en el hecho de que se imponen consecuencias jurídicas que son verdaderas penas juveniles²⁴ 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 momento histórico en el que se observa una progresiva desformalización de las soluciones jurídicas y se incrementa la individualización judicial de la respuesta penal, disminuyendo la seguridad jurídica al mismo tiempo, lo que discurre en paralelo también a la crisis general del principio de legalidad.

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

23 Orientación extensible a todas las consecuencias jurídicas establecidas en la LORPM, en virtud de otra declaración general, también, la establecida en el Art. 1.2 LORPM.

24 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.

en la jurisdicción de menores de una manera prioritaria; desde esta perspectiva, consideramos que dicho fundamento –la necesidad de prevención–, confiere identidad y soporte teórico 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»²⁵ (así, hemos de destacar, también, modelos nuevos como el de «social de responsabilidad»²⁶ –que recogen lo más eficaz de los anteriores– y que se van abriendo camino en la justicia juvenil).

Estructura de este libro. 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 tres 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 esta investigación. Así, no estudiaremos la situación de la justicia juvenil desde la perspectiva del Derecho comparado²⁷; tampoco, su pasa-

25 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° 1. Madrid., 1999, pp. 9-22, pp. 16-22.

26 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.

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, *op. cit.* Sobre la condición penal del Derecho de menores en Alemania, véase ALBRECHT, *op. cit.*, p. 94; PRITTWITZ, C., «La justicia penal de menores en Alemania», en *Tendencias de la justicia penal de*

do²⁸ como, por ejemplo, las instituciones de «protección»²⁹ (así, los «Toribios de Sevilla»³⁰), la legislación de protección³¹ o las instituciones de «reforma»³²

menores (una perspectiva comparada). Enrique Anarte Borralló (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*, N° 13, noviembre, <http://criminnet.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 menors 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 Lator, promulgada el 12 de agosto de 1904; en este contexto, véase PANCHÓN IGLESIAS, *op. cit.*, p. 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*, N° 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 Es-*

(así, El Padre de Huérfanos –*Fuge et Pare d’Orfens*³³). Tampoco, entraremos en la dimensión histórica o los orígenes del principio de legalidad³⁴; ni insistiremos en su condición de principio informador del Estado de Derecho³⁵, declaraciones todas ellas ya incuestionables en nuestra cultura jurídica. Por el mismo motivo, tampoco profundizaremos en el papel que desarrolla el principio de legalidad penal en el contexto internacional³⁶, en las medidas de

paña (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*, N° 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, p. 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. N° 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, S., *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*. N° 24. Ed. Cizur Menor. Aranzadi Thomson Reuters. Navarra. 2010, p. 269 y ss.
- 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; NIETO MARTÍN, A., «Fundamentos constitucionales del sistema europeo de Derecho penal», en *Estudios de derecho judicial*, N° 61, 2004 (Ejemplar dedicado a: «El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica»), pp. 13-104; OLLÉ SESÉ, M., «El principio de legalidad en el Derecho penal internacional: su aplicación por los tribunales domésticos»,

seguridad³⁷, 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 judicial³⁹.

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, Ederesa, 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, p. 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.

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 más adelante, donde plasmamos a la vez que resolvemos –proponiendo alternativas– el problema de fondo de esta investigación, 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. Después, hemos considerado oportuno recoger las comprobaciones formuladas en los análisis anteriores profundizando en la tensión entre garantías penales e interés superior del menor.

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). Específicamente y desde una visión dogmática, comprobamos la aplicación y adaptación de los principios constitucionales a las peculiaridades de la legislación penal de menores, perspectiva dogmática en la que lógicamente, predominan las fuentes doctrinales.

Junto a este elemental planteamiento teórico, hemos pretendido también tener presente el pensamiento problemático y la perspectiva práctica, acudiendo a textos aplicativos como resoluciones judiciales, sentencias del Tribunal Constitucional, del Supremo, de las Audiencias Provinciales y de los Juzgados de menores, así como Circulares de la Fiscalía General del Estado.

Dentro de este apartado metodológico, añadimos las técnicas de trabajo utilizadas: hemos planteado premisas básicas –las principales, enunciadas anteriormente– junto con hipótesis de partida –la principal, enunciada anteriormente, más otras derivadas de ésta, que se destacan al principio de algunos epígrafes–, de las que se extraerán las conclusiones oportunas.

Concluyo esta introducción afirmando el propósito que ha guiado nuestro trabajo, que ha sido el avanzar en el conocimiento sobre el actual De-

recho penal juvenil, porque –pese a existir algunos⁴⁰– son pocos los estudios que confrontan los repetidos principios constitucionales con el concepto del interés superior del menor, en el contexto de la legislación penal 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, ORNO-SA 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.