

Joan Manel Gutiérrez Albentosa

**PROPORCIONALIDAD
Y REEDUCACIÓN
EN LA JURISDICCIÓN
DE MENORES**

PRÓLOGO DE

Ilmo. Sr. D. Mariano David García Esteban

JIB
BOSCH EDITOR

En esta obra, analizamos el principio de proporcionalidad en el contexto educativo del Derecho penal de menores. De dicho análisis, concluimos que dicho principio es interpretado y aplicado de una manera sui generis en el mencionado contexto educativo; esa manera diferente de aplicar la proporcionalidad en menores precisa de una explicación –que aportamos a través de esta obra–, en el sentido que se hace necesario el exponer una justificación o fundamentación respecto al por qué la proporcionalidad es diferente en el ámbito de la jurisdicción de menores en comparación con la jurisdicción de adultos. Dicha fundamentación se halla en el principio educativo o interés superior del menor; así, y en virtud de dicho principio, podremos responder a las cuestiones siguientes de una manera coherente con el Derecho penal, y, prioritariamente, con el Derecho penal de menores: ¿proporcionalidad o educación?, ¿retribución o educación?, ¿pena o educación?, ¿castigar o educar? Respondemos a estas cuestiones huyendo de un falso dilema, porque, estas preguntas pueden surgir de un planteamiento ficticio o erróneo: dichas cuestiones pueden ser un falso dilema producto de inercias provenientes de nuestra tradición tutelar en el ámbito de menores; de dicha tradición, y, por tanto, equivocadamente, situamos la proporcionalidad y la reeducación como elementos antagónicos, sin aportar soluciones a este problema. Por ello, proponemos modificaciones de la legislación penal de menores, para abordar dicho problema, modificaciones que se sitúan en la dirección siguiente: el principio educativo es un fin, y, según aquí proponemos, la proporcionalidad es un medio al servicio de dicho fin, en la jurisdicción de menores.

Analizamos, también, el principio de seguridad jurídica, por tener una relación directa con el mencionado principio de proporcionalidad, y, a partir de este contexto, porque, hemos observado que es mejorable la aplicación de la seguridad jurídica en la legislación penal de menores, mejora que repercutiría en el menor infractor favorablemente, al menos con esta intención sugerimos las propuestas de mejora.



JOAN MANEL GUTIÉRREZ ALBENTOSA

Doctor en Derecho

**PROPORCIONALIDAD
Y REEDUCACIÓN
EN LA JURISDICCIÓN
DE MENORES**

PRÓLOGO DE

Ilmo. Sr. D. Mariano David García Esteban

Magistrado - juez de menores
del Juzgado de Menores Nº 3 de Barcelona

Barcelona
2021



BOSCH EDITOR

© JUNIO 2021 JOAN MANEL GUTIÉRREZ ALBENTOSA

© JUNIO 2021



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: 978-84-123809-6-5

ISBN digital: 978-84-123809-7-2

D.L.: B 9891-2021

Diseño portada y maquetación: CRISTINA PAYÁ  +34 672 661 611

Printed in Spain – Impreso en España

Índice

Nota preliminar.....	15
Prólogo.....	17
Abreviaturas.....	27
Introducción.....	31
CAPÍTULO I	
EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	43
1. La proporcionalidad en sentido amplio	62
1.1. Juicio de idoneidad.....	64
1.2. Juicio de necesidad	67
1.2.1. Principio del bien jurídico protegido.....	71
1.2.2. Principio de intervención mínima	76
1.2.3. Principio de necesidad de pena	78
2. Juicio de proporcionalidad en sentido estricto	79
2.1. Criterios de proporción	83
2.1.1. El principio de culpabilidad	84
2.1.1.1. La culpabilidad en menores.....	85
2.2. Ejercicio de ponderación.....	88
2.2.1. Entre la gravedad del delito y la gravedad de la pena ...	89
2.2.2. Entre el medio y el fin.....	92
2.3. Regla de solución de conflictos y de interpretación.....	99
3. La proporcionalidad en sentido abstracto	102
4. La relación entre la proporcionalidad en sentido estricto y abstracto	105

CAPÍTULO II

LA PROPORCIONALIDAD A LA LUZ DE LOS FINES DE LA PENA EN MENORES 109

1. Proporcionalidad y retribución..... 117
2. Proporcionalidad y prevención general 125
 - 2.1. La prevención general 145
 - 2.1.1. La prevención general fundamenta la proporcionalidad 146
 - 2.1.2. La proporcionalidad es prescindible 151
 - 2.1.3. La proporcionalidad no erosiona la prevención 153
3. Proporcionalidad y prevención especial..... 156
 - 3.1. La prevención especial..... 169
 - 3.1.1. Prevención especial positiva y principio educativo 172
 - 3.1.2. La prevención especial fundamenta la proporcionalidad 174
4. Prevención especial, prevención general y principio educativo 177
5. La proporcionalidad según los operadores jurídicos..... 180
6. Toma de postura 191

CAPÍTULO III

LA REGULACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DESDE EL PRISMA DE LA PROPORCIONALIDAD..... 195

1. Análisis estadístico del incumplimiento 198
 - 1.1. Posicionamientos jurídicos 202
 - 1.2. Juicio de proporcionalidad..... 208
 - 1.3. Toma de postura..... 216

CAPÍTULO IV

PROPORCIONALIDAD, SEGURIDAD JURÍDICA Y PRINCIPIO EDUCATIVO 219

1. Seguridad jurídica y principio educativo 224
2. Antecedentes legislativos 227

3. Argumentos jurídicos y educativos	233
4. Concreción de la propuesta y excepciones.....	238
Conclusiones y propuestas de mejora	245
Bibliografía utilizada	249

Nota preliminar

Expuse mi tesis doctoral, en la Facultad de Derecho de la Universitat Autònoma de Barcelona¹, el 30 de setiembre de 2016, publicada bajo el título *El principio de legalidad en la jurisdicción de menores*, en enero de 2017. Durante la redacción de dicha tesis, profundicé, también –por su relación directa con el principio de legalidad– en el principio de proporcionalidad en el contexto de menores (profundización que se materializó en casi 200 folios); no obstante, dicha profundización no la incluí en la tesis doctoral ni, tampoco, en el título mencionado, porque, la proporcionalidad en menores no es tema pacífico ni, por tanto, fácil de exponer con una mínima calidad científica; así, dichos folios requirieron una segunda lectura de revisión, antes de ponerlos al alcance de los profesionales y de los apasionados por la justicia juvenil; la lectura de revisión mencionada la he podido realizar estos últimos meses, al disponer de un poco más de tiempo libre.

La finalidad implícita de esta obra es avanzar en el conocimiento sobre el Derecho penal de menores, y, como consecuencia, conseguir una mejor aplicación de este Derecho especial y especializado. En el contexto de dicha finalidad y en el ámbito de la justicia de menores, creo haber aportado elementos innovadores; entre otros elementos, menciono el siguiente: como es sabido, la proporcionalidad es diferente en la legislación penal de menores en comparación con la que se aplica en adultos, pues, la carga punitiva o retributiva que se contiene en las consecuencias jurídicas de menores es inferior respecto a la que se contiene en las penas de la jurisdicción común

1 Tesis dirigida por la catedrática de Derecho penal de la Universitat Autònoma de Barcelona Sra. Mercedes GARCÍA ARÁN.

o de adultos; pues bien, el fundamento de dicha proporcionalidad diferente o sui generis en la justicia de menores se halla en los fines legítimos de la pena, en concreto, en la prevención general y en la prevención especial positiva.

Este trabajo ha podido ver la luz gracias a la ayuda y colaboración del Sr. D. Javier BOSCH BOLÍBAR-J. M. Bosch, editor, por el soporte concedido en la publicación de este trabajo, y del Ilmo. Sr. D. Mariano David GARCÍA ESTEBAN, Magistrado-Juez de Menores del Juzgado de Menores N° 3 de Barcelona, por haber mejorado la calidad de esta obra enormemente con la redacción del prólogo.

El autor

Prólogo

Me pide mi amigo, profesor y compañero en la actividad jurisdiccional de menores Joan Manel Gutiérrez i Albentosa (él en la perspectiva de la Fiscalía, yo en la perspectiva judicial) que escriba el prólogo de su nuevo trabajo titulado *Proporcionalidad y reeducación en la jurisdicción de menores*. Concretamente me hace dicho ofrecimiento con la posibilidad de declinar la oferta si la misma «no me entusiasmaba». Por supuesto que acepté *entusiasmadamente* el reto propuesto pues su obra se ubica en la temática que a ambos nos apasiona, la Justicia Juvenil.

El profesor G. Albentosa ya ha publicado otras obras sobre esta temática de Justicia Juvenil, de hecho, como señala en su Introducción, este trabajo tiene su origen en uno de los capítulos de su tesis doctoral, la cual posteriormente se concretó en el volumen *El principio de legalidad en la jurisdicción de menores*, a cuya presentación pública (a cargo del compañero Magistrado Ilmo. Sr. Niubó i Claveria) tuve el honor y la oportunidad de asistir.

Como en aquella obra, el Profesor G. Albentosa va desgranando con científica y analítica sistemática todas las caras del prisma llamado «principio de proporcionalidad».

Así inicia su trabajo tratando el concepto del referido principio, tanto en sentido amplio como en sentido estricto, extrayendo importantes reflexiones como la antinomia que refiere entre eficacia de derechos fundamentales y la ausencia de proporcionalidad y en el ámbito específico de menores, la contradicción existente entre «castigar o educar», y así perfila el principio de proporcionalidad sobre doctrina constitucional (STC 22/5/1986) como un límite del *ius puniendi*. En este sentido la Ley Orgánica reguladora de

la Responsabilidad Penal de los Menores contempla una de las principales manifestaciones de la proporcionalidad en su art. 8.2 configurándose como una garantía para el menor expedientado. Y es que no puede olvidarse que uno de los mayores logros de la citada LO 5/2000 es la declaración de su art. 1.2 al señalar que «*Las personas a las que se aplique la presente Ley gozarán de todos los derechos reconocidos en la Constitución y en el ordenamiento jurídico, particularmente en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, así como en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y en todas aquellas normas sobre protección de menores contenidas en los Tratados válidamente celebrados por España*», que es la plasmación legal del pronunciamiento contenido en la Sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991, de 14 de febrero que puso fin al sistema tutelar y abrió la puerta a la instauración del actual Sistema de responsabilidad o mixto.

Conforme sostiene el Prof. G. Albentosa la proporcionalidad que se predica en el sistema de menores no es sustancialmente diversa de la referida a los adultos, se trataría de una proporcionalidad *sui generis* que viene determinada por la responsabilidad específica exigible a los sujetos del ámbito de aplicación de la LORRPM.

El Capítulo II, ya dedicado a la proporcionalidad en el ámbito de menores, se inicia llamando la atención a la clamorosa contradicción que se aprecia entre lo proclamado en la Exposición de motivos de la Ley y lo que se establece en el articulado imperativo de la misma. Así la referida Exposición en su II.7 señala «...*al pretender ser la reacción jurídica dirigida al menor infractor una intervención de naturaleza educativa, aunque desde luego de especial intensidad, rechazando expresamente otras finalidades esenciales del Derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma, se pretende impedir todo aquello que pudiera tener un efecto contraproducente para el menor, como el ejercicio de la acción por la víctima o por otros particulares*». Tal declaración ni era exacta en el momento de su inicial promulgación ni es cierta en el momento actual tras las reformas operadas en la LORRPM a los largo de sus 21 años de vida y para ello no hay más que mirar otra Exposición de motivos, en este caso la de la LO 8/2006, de 4 de diciembre por la que se modificaba la LO 5/2000 en la que se señalaba «*La disposición adicional sexta de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los*

menores, introducida por el apartado tercero de la disposición final segunda de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, prevé que el Gobierno impulsará las medidas orientadas a sancionar con más firmeza y eficacia los hechos delictivos cometidos por personas que, aun siendo menores, revistan especial gravedad,...». Aquella inicial declaración en lo referido a la acusación particular ya había sido también revocada a través de la Disposición Final 2ª de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modificaba la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal por la que se introducía, precisamente, dicha figura procesal en el procedimiento de menores.

Y así, aquello que inicialmente se entendía como «efecto contraproducente para el menor» ha resultado, con el devenir de los años como imperativo para el mismo.

No obstante, el principio de proporcionalidad en el ámbito de menores estaba presente a través del art. 7.3 LORRPM al señalar en su redacción originaria *«Para la elección de la medida o medidas adecuadas, tanto por el Ministerio Fiscal y el letrado del menor en sus postulaciones como por el Juez en la sentencia, se deberá atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, puestos de manifiesto los dos últimos en los informes de los equipos técnicos y, en su caso, de las entidades públicas de protección y reforma de menores emitidos conforme a lo dispuesto en el artículo 27 de la presente Ley. El Juez deberá motivar la sentencia, expresando con detalle las razones por las que aplica una determinada medida, así como el plazo de duración de la misma, a los efectos de la valoración del mencionado interés del menor»*, de modo que si bien, especialmente, debía atenderse a las circunstancias del menor, también debía observarse la gravedad de los hechos (prueba y valoración jurídica de éstos), determinando esa *ponderación* el núcleo de la exigida proporcionalidad respecto del interés (superior) del menor y conforme al catálogo de medidas establecido en el art. 7.1 ordenadas *según la restricción de derechos que suponen* (esto es, con nuevo parámetro de proporcionalidad), y ello conforme a las reglas de aplicación del art. 9 que distingue se trate de delito leve, menos grave o grave, según tenga más o menos de 16 años y según concurriera violencia, intimidación o riesgo para la vida o integridad

de la víctima. Estas previsiones fueron ampliadas, como se ha dicho, por la LO 8/2006 que incidió en el principio retributivo y de prevención general, haciendo uso del principio de proporcionalidad.

Sin embargo, como sostiene el autor, dicho principio no debe operar con la misma intensidad en la jurisdicción de menores que en la ordinaria de adultos, pues no es equivalente a «retribución» sino que únicamente puede vincularse en el ámbito juvenil con una finalidad «educativa», de prevención especial positiva, rechazando expresamente, o cuanto menos minorando, otras finalidades que se predicán de las penas como la prevención general negativa.

Ello engarza con la Convención de derechos del niño de 1989 así como, en nuestro ámbito territorial, con las orientaciones marcadas por el Consejo de Europa a través de sus Directrices sobre Justicia Adaptada a los Niños de 17 de noviembre de 2010 que en sus Principios Fundamentales señala sobre E) Estado de Derecho «2. *Los elementos del debido proceso, como los principios de legalidad y proporcionalidad, la presunción de inocencia, el derecho a un juicio justo, el derecho a asesoramiento legal, el derecho a acceder a los tribunales y a apelar, deben ser garantizados para los niños y las niñas de la misma manera que lo son para los adultos, y no ser minimizados o denegados bajo el pretexto del interés superior del niño o la niña. Esto debe aplicarse en todos los procedimientos judiciales, no judiciales y administrativos*», entendiéndose por *Justicia adaptada a los niños* se está haciendo referencia a los sistemas de justicia que garantizan el respeto y la efectiva implementación de todos los derechos de los niños y las niñas al más alto nivel posible, teniendo presentes los principios que se detallan en dichas directrices, mirando la consideración debida al nivel de madurez y comprensión del niño o niña y las circunstancias del caso. Esto supone, en particular, que es una justicia accesible, apropiada la edad del niño la niña, rápida, diligente, adaptada a y centrada en las necesidades y derechos del niño o la niña respetando sus derechos, incluido el derecho al proceso debido, a participar en ir a comprender los procedimientos, a que se respete su vida privada y familiar y a la integridad y dignidad. En igual sentido, pero en el contexto de la Unión Europea (así la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea ex art. 49.3) se puede referir la Directiva 2016/800 del Parlamento y del Consejo relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los

procesos penales (debió ser transpuesta antes del 11 de junio de 2019 y que lo ha sido sólo parcialmente) que incide en el tratamiento de los derechos y garantías procesales desde esta perspectiva en los diferentes aspectos que contempla más referidos al ámbito procedimental pero que encontramos en su art. 10.1 «*Limitación de la privación de libertad. 1. Los Estados miembros velarán por que la privación de libertad de los menores en cualquier fase del proceso sea por el menor tiempo posible. Deberán tenerse debidamente en cuenta la edad y situación individual del menor, así como las circunstancias particulares del caso*», lo que debe entenderse como una concreción (aun en sentido abstracto o general, como criterio orientador pero vinculante indirectamente) de la proporcionalidad en justicia de menores.

Así el autor analiza, con impecable técnica científico-jurídica, en los Capítulos III y IV el principio de proporcionalidad en la legislación de menores así como en relación con la seguridad jurídica y el principio educativo, sosteniendo argumentativamente cómo la proporcionalidad se presenta como una limitación del principio educativo en el Sistema de responsabilidad y ahora se invoca, precisamente, como freno o barrera para evitar la expansión del mismo (muchas veces como manifestaciones del modelo neocorreccional y del agravamiento punitivo que se pretende hacia las conductas típicas, antijurídicas y culpables cometidas por los sujetos menores de edad sometidos a la norma penal juvenil). Es decir, el propio principio de proporcionalidad en su finalidad limitativa en el ámbito de menores debe servir para evitar su aplicación ampliada a las conductas de los menores por su a veces demagógica comparación con la Justicia de adultos.

El Profesor G. Albentosa analiza y concreta su estudio de este principio en los artículos de la Ley del menor que se refieren específicamente al mismo (v.g. 7.1, 7.3, 8, 9, 10,...) donde se distingue claramente entre menores de 14 y 15 años, de un lado, y menores de 16 y 17 años por otro, lo que determina no sólo la extensión de la medida a imponer, sino también la propia naturaleza privativa/no privativa de libertad, con referencia a supuestos específicos de especial gravedad (ex art. 10.1.b, inciso 2º, considerándose *ex lege* en todo caso uno de tales supuestos los de reincidencia, –nueva concreción de la proporcionalidad en su visión retributiva–) y a los especiales del art. 10.2 y dedica un estudio especial a la problemática de suscita la posibilidad jurídica prevista en el art. 50.2 LORRPM, esto es, la habilitación legal

para sustituir, aun excepcionalmente, una medida no privativa de libertad por una privativa de libertad; y en tal sentido propone interpretaciones limitativas a dicha posibilidad en consonancia con lo manifestado por el Auto del Tribunal Constitucional nº 33/2009, de 27 de enero.

El autor concluye, y comparto, que el núcleo de la ponderación debe fundamentarse en el principio educativo y el interés superior del menor, siendo tales parámetros sobre los que debe estructurarse el principio de proporcionalidad en el ámbito de Justicia de menores.

Finalmente, me gustaría referirme en estas palabras que sirven de prólogo a dos fenómenos que se producen en la jurisdicción que confrontan con el principio de proporcionalidad en el sentido apuntado en su relación con el Derecho penal de adultos (en sentido amplio, por cuanto que se refieren a su fase ejecutiva): de un lado, el supuesto del art. 10.2.b) LORRPM; de otro, una peculiaridad en el supuesto del art. 14 LORRPM.

Por lo que se refiere al art. 10.2.b) debemos poner de manifiesto el «peor trato» que reciben los menores (que iría en contra de la finalidad que subyace en el art. 8.2 LORRPM) en la referida fase ejecutiva de la medida de internamiento en régimen cerrado impuesta de conformidad con lo establecido en dicho precepto en el que se señala «2. Cuando el hecho sea constitutivo de alguno de los delitos tipificados en los artículos 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 del Código Penal, o de cualquier otro delito que tenga señalada en dicho Código o en las leyes penales especiales pena de prisión igual o superior a quince años, el Juez deberá imponer las medidas siguientes: a) ...; 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».

La constitucionalidad de dicha previsión fue expresamente admitida por el Tribunal Constitucional en su Sentencia nº 160/2012, de 20 de septiembre (como expone y analiza el autor en su obra), señalando que no es contrario al art. 25.2 CE y que la finalidad de prevención general es

también predicable respecto de determinados delitos de especial gravedad referidos a los mayores de 16 años a los que se refiere la norma.

Ahora bien, a salvo lo anterior, no puede dejar de contrastarse con el sistema de adultos donde no encontramos una previsión similar en el Código penal y solo ya es en sede de la ejecución donde se introducen expedientes de tratamiento de la pena impuesta y así en el régimen de suspensión de penas, arts. 80 y siguientes del Código penal se permite la suspensión de la ejecución de la pena cuando el conjunto de penas privativas de libertad no supere los 2 años (art. 80.2 CP) o excepcionalmente cuando las diversas penas individualmente consideradas no superen dicho límite (art. 80.3 CP) o el supuesto especial de dependencia a tóxicos que fija el límite de la posibilidad de suspensión en 5 años (art. 80.5 CP), mientras que en jurisdicción de menores el art. 40 LORRPM fija el límite para cualquier medida en 2 años y su aplicación, como hemos visto, queda excluida expresamente en dichos supuestos hasta, al menos, la mitad del cumplimiento de la medida de internamiento en régimen cerrado (considerada como una medida de naturaleza jurídica específica según venía manteniendo la Fiscalía General del Estado en Circular 9/2011, de 16 de noviembre cuya interpretación fue avalada por la Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo nº 699/2012, de 24 de septiembre) y por otro lado, y ya en sede de ejecución material de la pena privativa de libertad, esto es, en sede penitenciaria, sólo podría relacionarse con un régimen de mayor libertad (semilibertad por tratarse del tercer grado) con la previsión establecida en el art. 36.2 párrafo 2º del Código penal al disponer «*Cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, el juez o tribunal podrá ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta*», es decir, que se establece como posibilidad a valorar por el órgano de enjuiciamiento y únicamente referido a penas impuestas superiores a cinco años. Ese es el régimen general, que cuenta con excepción en los delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, así como en el caso de la prisión permanente revisable, ex art. 78 bis CP. En el caso de los menores de edad, la posibilidad de flexibilidad de ejecución se excluye para todos los delitos referidos en el expresado artículo 10.2.b LORRPM sin posibilidad de valoración por el tribunal de enjuiciamiento o de ejecución.

Y así, mientras que en el sistema configurado en la Ley de Menores 5/2000 la imposición de la medida de internamiento en régimen cerrado ha de imponerse necesariamente con la duración mínima de un año sin que exista posibilidad de suspensión o modificación de la medida hasta transcurrido al menos la mitad de la medida impuesta, en el sistema de adultos de ejecución de pena no se establece un periodo mínimo determinado (periodo de seguridad) sino que los arts. 63 y 72 Ley Orgánica General Penitenciaria no hace referencia a un periodo mínimo, sino sólo «suficiente» según se desprende de los arts. 103 y 104 del reglamento Penitenciario (específicamente se refiere el 104.3 RP a los supuestos en que no se haya superado el $\frac{1}{4}$ de cumplimiento), y a salvo las excepciones señaladas anteriormente (delitos de terrorismo, etc...). Por el contrario, como se ha expresado, en el caso de los menores, por aplicación del mencionado artículo, se deberá producir necesariamente el ingreso en Centro de menores y por un periodo, como mínimo de 6 meses (en el caso de imposición de la medida su extensión mínima prevista), de modo que no será hasta transcurrida la mitad de la medida cuando pueda «modificarse» a un régimen de mayor libertad (v.g. régimen semiabierto o abierto, equivalentes a un tercer grado) adaptándose a las particularidades del joven (que ya habrá rebasado en la mayoría de los casos la mayoría de edad). Si se tiene en cuenta que en muchas ocasiones dicha medida se aplica a los «menores» (o jóvenes en la terminología inicialmente establecida en la LORRPM por haber rebasado los 18 años en el momento de la ejecución) cuando sus circunstancias nada tendrán que ver a las que concurrían en el momento de la comisión de los hechos, 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.

El segundo supuesto al que me refería, relacionado materialmente en muchas ocasiones con el anterior debido a la extensión de la ejecución de la medida en el tiempo, es la posibilidad establecida en el art. 14 LORRPM

de ejecución de la medida de internamiento en régimen cerrado (ésta y sólo esta) en Centro Penitenciario conforme a las previsiones de la Ley Orgánica General Penitenciaria, manteniendo el Juez de menores la competencia para la ejecución de la medida exclusivamente para decidir sobre la pervivencia, modificación y sustitución de la medida (ex art. 44.3 LORRPM) correspondiéndole al Juez de Vigilancia la competencia para el resto de cuestiones e incidencias de la ejecución conforme a la LOGP.

Con independencia de las reticencias constitucionales (que se plantearon en su tramitación legislativa) que suscita que una consecuencia jurídica impuesta (medida juvenil a cumplir en Centro específico de menores) conforme a una normativa específica (LORRPM) cambie sustancialmente de régimen jurídico de cumplimiento (pena de prisión en Centro Penitenciario conforme a las previsiones del LOGP), que daría por sí solo para un artículo doctrinal específico, lo que me gustaría resaltar es el supuesto «paralelo» al analizado por el Profesor G. Albentosa en su obra respecto del art. 50.2 LORRPM en los casos de quebrantamiento. Me refiero a la posibilidad de sustitución de la medida inicialmente impuesta por otra diversa a que se refiere el art. 51 LORRPM «...*por tiempo igual o inferior al que reste para su cumplimiento siempre que la nueva medida pudiera haber sido impuesta inicialmente atendiendo a la infracción cometida*».

Y es que el art. 51.2 LORRPM establece no sólo la posibilidad de que la medida de internamiento en régimen cerrado pueda sustituirse por la de régimen semiabierto, sino es que se contempla el supuesto inverso, esto es, que la medida de internamiento en régimen semiabierto impuesta al menor pueda ser sustituida por la de internamiento en régimen cerrado cuando el menor evolucione desfavorablemente en el cumplimiento de la anterior y el hecho delictivo cometido sea de los previstos en el art. 9.2 LORRPM (esto es, *hechos tipificados como delito grave; si se tratare de delito menos grave, en su ejecución se haya empleado violencia o intimidación en las personas o se haya generado grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas; o hechos tipificados como delito se cometan en grupo o el menor pertenezca o actuare al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades*). De modo que podría darse legalmente la circunstancia de que una medida impuesta de internamiento en régimen semiabierto conforme a la normativa de menores se termine

ejecutando como pena de prisión en Centro Penitenciario conforme a la normativa penitenciaria general.

Para tales supuestos entiendo que serían aplicables los mismos criterios interpretativos conforme al principio de proporcionalidad que propone el autor en su obra a propósito de los supuestos del art. 50.2 LORRPM, y añado dicha interpretación restrictiva exigida conforme al mencionado principio a la referida posibilidad de derivación en la ejecución en tales supuestos a Centro penitenciario conforme a las previsiones del mencionado art. 14 LORRPM.

Aquí acabo mis «prólogos» palabras hacia tu trabajo, querido Joan Manel, sólo lamentando el tiempo «desproporcionado» que he tardado en cumplir con el encargo que me hiciste pues, aunque ciertamente me entusiasmó la tarea encomendada (utilizando tus palabras en el inicial e-mail que me remitiste), tal entusiasmo ha chocado con la concurrencia de diversas obligaciones jurisdiccionales que me han restado el tiempo requerido para haber cumplimentado en menor tiempo mi labor. No obstante, estoy convencido que este tiempo de mi tardanza lo habrás aprovechado para preparar una nueva obra que espero no te haya inspirado yo teniendo como tema «las dilaciones indebidas en la jurisdicción de menores».

Te deseo todo el éxito en ésta y las demás tareas doctrinales y profesionales que emprendas y estoy seguro de que en alguna de ellas coincidiremos. Un abrazo, de los fuertes.

Barcelona, a 2 de mayo de 2021

Ilmo. Sr. D. Mariano David García Esteban

Magistrado - juez de menores
del Juzgado de Menores Nº 3 de Barcelona



Joan Manel GUTIÉRREZ ALBENTOSA

se licenció en Derecho en la Universitat Pompeu Fabra, de Barcelona, en el año 2003. Doctor en Derecho, por la Universitat Autònoma de Barcelona, Bellaterra, desde el año 2017.

En el año 2004, pasó a ejercer diversas profesiones jurídicas en calidad de sustituto: Juez; Abogado de la Generalitat en el Gabinete Jurídico de la Generalitat de Catalunya, en el equipo penal, donde ejerció la representación y defensa de la Generalitat en los juzgados de menores de Barcelona; fiscal sustituto de menores adscrito en el Juzgado de Menores de Tarragona, y, actualmente, fiscal sustituto en la Fiscalía Provincial de Tarragona.

Compagina la profesión jurídica con la actividad docente: profesor en el Instituto de Seguridad Pública de Catalunya, de la Generalitat de Catalunya;



profesor en la Facultad de Derecho de la Universitat de Barcelona, donde imparte la asignatura «Justicia de menores»; en junio de 2021, impartió el curso titulado «El interés superior del menor: su aplicación en la intervención en justicia juvenil y en protección de menores», dirigido a profesionales de la educación especializada –inadaptación social y del trabajo social, organizado por la Escola Balear d'Administració Pública– Conselleria d'Administracions Públiques i Modernització, del Gobierno Autónomo de las Illes Balears. Igualmente, ha presentado ponencias sobre menores en Congresos internacionales.

Ha participado en obras colectivas, la más reciente ha sido en el *Tratado de Delincuencia juvenil: A los 20 años de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Ed. Wolters Kluwer. Ha publicado *El principio de legalidad en la jurisdicción de menores* (2017), y *El principio del interés del menor: A propósito de la estancia de menores, junto con sus madres reclusas, en centros penitenciarios* (2019), a través de esta editorial JM Bosch; también, ha publicado varios artículos doctrinales sobre la justicia juvenil en la revista jurídica *La Ley* y en la *Ley Penal*.

