

# La contribución de la jurisprudencia al endurecimiento de la respuesta a los menores infractores\*

**Octavio García Pérez**

*Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Málaga*

---

GARCÍA PÉREZ, Octavio. La contribución de la jurisprudencia al endurecimiento de la respuesta a los menores infractores. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2019, núm. 21-25, pp. 1-44.

<http://criminet.ugr.es/recpc/21/recpc21-25.pdf>

RESUMEN: Las sucesivas reformas de la Ley de responsabilidad penal del menor han endurecido la respuesta a los menores infractores. Este trabajo tratará de acreditar que la jurisprudencia recaída sobre algunos aspectos ha contribuido a que los menores que cometen delitos reciban una respuesta más dura. Para ello se ha efectuado una selección de sentencias sobre algunas temáticas que tienen en común asegurar la condena o una sanción más grave, contraviniendo los fines perseguidos por el sistema de justicia juvenil e incluso en ocasiones principios constitucionales.

PALABRAS CLAVE: Justicia juvenil, principio de proporcionalidad, proceso penal juvenil, internamiento, registro de delincuentes sexuales.

TITLE: **The contribution of the case law to the toughening of the response to juvenile offenders**

ABSTRACT: The criminal response to juvenile offenders has been progressively toughened by successive amendments in the Organic Law on the Criminal Liability of Minors. This paper attempts to show that the case law on some issues has contributed to increase the severity of that response. For this purpose, rulings on certain items have been gathered and selected where securing either conviction or a more severe punishment in breach of the goals pursued by the juvenile justice system, and sometimes even in violation of constitutional principles, is common ground.

KEYWORDS: juvenil justice, principle of proportionality, juvenil criminal proceeding, deprivation of liberty of children, sex offenders Register.

Fecha de publicación: 30 diciembre 2019

Contacto: [ogarcia@uma.es](mailto:ogarcia@uma.es)

*SUMARIO: 1. Introducción. 2. El alcance del principio de proporcionalidad. 3. La configuración de la medida de internamiento en régimen cerrado en el art. 10 LORRPM. 4. Cuestiones procesales. 5. El Registro Central de delincuentes sexuales. 5.1 Las directrices internacionales. 5.2 La incorporación de la normativa internacional al Derecho interno. 5.3 Los problemas que suscita la interpretación de la regulación. 5.4 Los problemas de constitucionalidad de la normativa nacional; 6. Conclusiones. Bibliografía.*

---

\* Trabajo realizado en parte en el marco del proyecto de investigación DER2015-67512-P sobre “*La influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las decisiones del Tribunal Constitucional*”, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad. Este proyecto también forma parte de una Red de Excelencia del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad de referencia DER 2016-81752-REDIT, “*Justicia Civil: Análisis y prospectiva*” del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica. También se ha realizado en parte en el proyecto UMA18-FEDERJA-175 sobre Derechos y garantías de las personas vulnerables en el Estado de Bienestar, financiado por la Junta de Andalucía con fondos FEDER.

## 1. Introducción

Desde que se aprobó la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante LORRPM), ha sido reformada en varias ocasiones, llevándose a cabo la primera durante su *vacatio legis* por medio de las Leyes Orgánicas 7/2000, de 22 de diciembre, y 9/2000, de 22 de diciembre. Posteriormente esta Ley se ha visto afectada por Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y del Código Civil sobre sustracción de menores, así como por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/95, de 23 de noviembre del Código Penal. La Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, ha venido a realizar una profunda reforma que ha afectado casi a la mitad de sus preceptos. Posteriormente se ha efectuado otra reforma a través de la Ley Orgánica 8/2012, de 27 de diciembre, de medidas de eficiencia presupuestaria en la Administración de Justicia, por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial<sup>1</sup>.

Aunque aparentemente no se han producido más modificaciones en el sistema de justicia juvenil, lo cierto es que no se puede pasar por alto la importante incidencia que la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, ha tenido en el mismo. En efecto, esta Ley ha añadido un apartado quinto al art. 13 de la Ley en virtud del cual no se puede acceder o ejercer las profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con

<sup>1</sup> En su disposición adicional segunda se introduce un nuevo párrafo en el art. 2.4 con el siguiente contenido: “Corresponderá igualmente al Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional la competencia para conocer de los delitos cometidos por menores en el extranjero cuando conforme al artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y a los Tratados Internacionales corresponda su conocimiento a la jurisdicción española”.

menores si no se cuenta con un certificado negativo del Registro central de delincuentes sexuales. Y en la Disposición final decimoséptima se prevé la “organización del Registro Central de delincuentes sexuales en el Registro Central de Penados y en el Registro Central de Sentencias de Responsabilidad Penal de los Menores, integrándose en el sistema de registros de apoyo a la Administración de Justicia”.

Si por algo se caracteriza la política criminal en el Derecho penal juvenil es por el endurecimiento de la respuesta que se da a los menores que cometen hechos delictivos. Así, se ha incrementado considerablemente la duración de las sanciones, especialmente de la de internamiento, y se ha ampliado muchísimo el ámbito de aplicación de su modalidad en régimen cerrado. También hay que destacar que se ha anticipado notablemente la edad en la que un sujeto puede terminar de cumplir la sanción de internamiento en régimen cerrado en un centro penitenciario, a los 21 años e incluso a los 18, y se han fijado los supuestos en los que esto puede acaecer. Otro aspecto a subrayar ha sido la sustitución del principio de la medida única salvo excepciones tanto para la comisión de un hecho único como para el concurso de infracciones por el de acumulación de medidas que se recoge ahora en el art. 7.4. En el ámbito procesal se ha introducido la acusación particular, se ha reconocido el riesgo de atentar contra bienes jurídicos de la víctima como circunstancia que permite decretar una medida cautelar y se ha aumentado la duración del internamiento cautelar que ahora es de seis meses más una prórroga de tres meses<sup>2</sup>.

Pues bien, este trabajo va a tratar de poner de relieve que la jurisprudencia con su interpretación de la normativa también ha contribuido a asegurar la condena o a ofrecer una respuesta más severa a los menores infractores. Como veremos, las soluciones jurisprudenciales han venido a profundizar en la perversión de los fines declaradamente perseguidos por la Ley y en algunas ocasiones son contrarias a principios constitucionales. Desde esta óptica, me centraré en el alcance del principio de proporcionalidad en el Derecho penal juvenil, la configuración del internamiento en régimen cerrado en los casos más graves previstos en el art. 10, la posibilidad de que los jueces de menores puedan rechazar la petición de sobreseimiento

<sup>2</sup> GARCÍA PÉREZ, O.: “La reforma de 2006 del sistema español de justicia penal de menores”, en *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, nº 5, 2008, págs. 1 y ss.; OLAIZOLA NOGALES, I.: “La medida de internamiento en régimen cerrado en la LORPM. ¿Estamos ante un Derecho penal de la seguridad?”, en *Revista Penal*, nº 31, 2013, págs. 193 y ss.; GÓMEZ RIVERO, C.: “Una vuelta de tuerca más: la LO 8/2006, modificadora de la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, en Anarte Borrallo, E.: *Tendencias de la justicia penal de menores (una perspectiva comparada)*. Iustel, Madrid, 2010, págs. 97 y ss.; BARQUÍN SANZ, J.: “Ley penal de menor: una historia de reformas”, en *El menor como víctima y victimario de la violencia social (Estudio jurídico)*. Dykinson, Madrid, 2010, págs. 23 y ss.; CANO PAÑOS, M. A.: “¿Supresión, mantenimiento o reformulación del pensamiento educativo en el derecho penal juvenil? Reflexiones tras diez años de aplicación de la Ley penal del menor”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº. 13, 2011, págs. 22 y ss.; POZUELO PÉREZ, L.: “Delincuencia juvenil: distorsión mediática y realidad”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 21, 2013, págs. 132 y ss.; JIMÉNEZ DÍAZ, M. J.: “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de los menores”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Nº. 17, 2015, págs. 3 y ss.

del Fiscal, las medidas cautelares, la declaración del menor ante el equipo técnico y la creación del registro central de delincuentes sexuales por parte de la Ley 26/2015. Se trata de una selección de temas que aun cuando pueda ser discutible, a mi juicio, afectan a cuestiones de gran trascendencia y permiten vislumbrar la posición que ha asumido la jurisprudencia.

## 2. El alcance del principio de proporcionalidad

El art. 8.2 dispone que la duración de las medidas privativas de libertad no podrá exceder “del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se le hubiere impuesto por el mismo hecho, si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable, de acuerdo con el Código penal”. La doctrina ha venido considerando, con razón, que estamos ante una acuñación del principio de proporcionalidad<sup>3</sup>.

La primera cuestión que plantea el art. 8.2 LORRPM es si este precepto es de aplicación solo a las medidas privativas de libertad, tal como indica su tenor literal, o lo es a todas las sanciones. Algunas Audiencias Provinciales se han inclinado por la primera alternativa. Así, por ejemplo, la Sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de enero de 2010, en un caso en que el Juzgado de Menores había condenado por una tentativa de robo con fuerza en las cosas a una medida de internamiento en régimen semiabierto de 6 meses seguida de otra de libertad vigilada de 6 meses, señala que “el art. 8 de la LORRPM se refiere a las medidas privativas de libertad contempladas en el art. 7.1 a), b), c), d) y g) del art. 7.1, -es decir, internamiento en régimen cerrado, internamiento en régimen semiabierto, internamiento en régimen abierto, internamiento terapéutico en régimen

<sup>3</sup> Así, por ejemplo, TAMARIT SUMALLA, J. M.: “El nuevo Derecho Penal de menores: ¿creación de un sistema penal menor?, en *Revista Penal*, 2001, nº 8, pág. 77; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: “La nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor”, en *Actualidad Penal*, 2000, nº 33, págs. 720 y s.; GÓMEZ RIVERO, Mª C.: “Algunos aspectos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor”, en *Actualidad Penal*, 2001, nº 10, pág. 173; GONZÁLEZ CUSSAC/CUERDA ARNAU: “Derecho Penal de Menores: criterios generales de aplicación de las medidas”, en *Justicia penal de menores y jóvenes*. Tirant lo blanch, Valencia, 2002, pág. 102; GARCÍA ARÁN, M. en MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN: *Derecho penal*. PG. *Op. Cit.*, págs. 669 y s.; ABEL SOUTO, M.: “La reforma de 25 de noviembre de 2003 en materia de principio acusatorio y la proporcionalidad garantizada por la Ley penal del menor”, en *Estudios penales y criminológicos*, Nº. 24, 2002-2003, pág. 30; JERICÓ OJER, L. “La relevancia práctica del principio acusatorio (mejor denominado, principio de proporcionalidad), en la LORRPM (art. 8 párrafo segundo): ¿aplicación obligatoria de las medidas de internamiento al menor cuando, por idéntica infracción, el CP no prevé pena privativa de libertad para el adulto?”, en *Revista Penal*, nº 31, 2013, pág. 145; 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, 2019, págs. 250 y ss. OLAIZOLA NOGALES, I.: *La medida*. *Op. Cit.*, pág. 190, señala que, si en la versión originaria de la ley la proporcionalidad se entendía en el sentido del art. 8, tras la reforma operada en 2006, habrá que entenderla “como aquella que debe existir entre el hecho y la sanción correspondiente –a mayor gravedad del hecho, mayor gravedad en la sanción–”.

cerrado, semiabierto o abierto, y permanencia de fin de semana-, solo debe tenerse en cuenta la medida de internamiento en régimen semiabierto, pero no la de libertad vigilada, sin que la primera supere la pena prevista en el art. 240, en relación con el art. 62, ambos del CP”<sup>4</sup>. Más claramente una Sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de junio de 2005 señala que “sin que sea de aplicación el párrafo segundo del artículo 8 mencionado ya que se refiere a las medidas privativas de libertad, entre las que no se encuentra la medida de índole educativa impuesta”<sup>5</sup>.

En cambio, la Sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Álava de 10 de junio de 2009 estima que “aunque esta norma se refiere a las medidas privativas de libertad, entendemos que debe extenderse igualmente a todas las medidas, sean o no privativas de libertad, aunque tal criterio se puede matizar en ocasiones, porque no se puede establecer un término de comparación entre una medida y la pena que refleja un tipo para una determinada conducta antijurídica, si bien podemos añadir que para verificar tal comparación pueden servir de referencia las previsiones contenidas en el Código Penal con relación a la gravedad de las penas”<sup>6</sup>.

La situación no es muy distinta en la doctrina. Así, por ejemplo, De la Rosa Cortina estima que el límite establecido en art. 8.2 LORRMP no afecta a las sanciones no privativas de libertad. Y ello porque “parte el legislador de que las medidas no privativas de libertad, básicamente cimentadas sobre sus contenidos educativos, no son homologables a las penas previstas en el CP”<sup>7</sup>.

Ornosa Fernández ofrece una opinión más dubitativa al considerar que “la proporcionalidad debe ser un criterio informador y orientador de todo tipo de medidas, tal como ha determinado la STC 61/1998, de 17 de marzo”. No obstante, entiende que “este criterio podía derivar en la consecuencia de un automatismo contrario a los principios básicos de la justicia de Menores y que incluso podría hacer innecesaria la existencia de una jurisdicción especializada”. Estas son las razones que, a su entender, podrían explicar la limitación del art. 8.2 LORRPM a

<sup>4</sup> Roj: SAP B 63/2010.

<sup>5</sup> Roj: SAP M 7532/2005.

<sup>6</sup> Roj: SAP VI 477/2009. En el mismo sentido, Sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Álava de 9 de enero de 2019 (Roj: SAP VI 112/2019); Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria de 10 de julio de 2015 (Roj: SAP GC 1726/2015). También parece asumir este planteamiento, la Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Burgos de 7 octubre de 2011 (Roj: SAP BU 858/2011).

<sup>7</sup> DE LA ROSA CORTINA, J. M. en DE URBANO CASTRILLO/DE LA ROSA CORTINA: *La responsabilidad Penal de los Menores*. Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pág. 86. En este sentido, SALA DONADO, C.: *Proceso penal de menores: especialidades derivadas del interés de los menores y opciones de política criminal*. Pág. 54 (tesis doctoral consultada en <https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/7683/tcsd.pdf?sequence=3&isAllowed=y>); FERNÁNDEZ MOLINA, E./BERNUZ BENEITEZ, Mª J.: *Justicia de menores*. Editorial Síntesis, Madrid, 2018, pág. 109; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J. A.: *Comentario a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. J. M. Bosch, 2015, pág. 82.

las medidas privativas de libertad<sup>8</sup>. Para Boldova Pasamar, la restricción recogida en dicho artículo se podría extender en virtud de una analogía in bonam partem respecto de las restantes sanciones que tienen su paralelo en el Código penal (como las prestaciones en beneficio de la comunidad, la privación del permiso de conducir y la inhabilitación absoluta), “pues no hay que olvidar que en el espíritu de la ley anida la idea –coherente con el interés superior del menor- de que, en ocasiones, excepcionalmente, al menor se le puede exigir tanta responsabilidad penal como al adulto, pero no más”. En cambio, este autor entiende que cuando hay que comparar dos sanciones “de contenido diverso, ya que al no existir pautas para establecer equivalencias entre las medidas y las penas, en principio la duración de la medida puede ser superior a la de la pena del Código penal, aunque en aquellos supuestos en los que se dedujeran grandes diferencias de tiempo el juez debería llevar a cabo una ponderación con el objeto de evitar un posible efecto aflictivo superior para el menor que para el adulto”<sup>9</sup>.

En cambio, Abel Souto estima que “la aplicación a un joven de cualquier medida más grave que la que le correspondería si fuese mayor está viciada de inconstitucionalidad”. Por ello considera que la limitación del art. 8.2 LORRPM debe extenderse asimismo a las sanciones ambulatorias<sup>10</sup>.

A mi entender, para abordar esta temática debemos partir de dos ideas. En primer lugar, la LORRPM, tal como ya sienta su propio título, se ocupa de la regulación del sector del Derecho penal que tiene por objeto los delitos ejecutados por los menores de 14 a 18 años. Y, en segundo lugar, aunque el principio de proporcionalidad no ha sido recogido explícitamente por la Constitución, es pacífica la opinión de que implícitamente lo ha reconocido. En efecto, el Tribunal Constitucional lo deduce del modelo de Estado y el valor de la justicia del art. 1.1 CE, así como de la dignidad de la persona del art. 10.1 CE o de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3)<sup>11</sup>. El TC vincula el principio de proporcionalidad en materia penal al principio de legalidad penal consagrado en el art. 25.1 CE. En este sentido ha indicado que “la desproporción afectará al tratamiento del derecho cuyo ejercicio queda privado o restringido con la sanción. El

<sup>8</sup> ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R.: *Derecho penal de menores*. 4ª ed. Bosch, Barcelona, 2007, pág. 229.

<sup>9</sup> BOLDOVA PASAMAR, M. A.: “Principales aspectos sustantivos del nuevo Derecho penal juvenil español”, en M. A. Boldova Pasamar (editor): *El nuevo Derecho penal juvenil español*. Monografía de la Revista Aragonesa de Administración Pública. Zaragoza, 2002, pág. 58.

<sup>10</sup> ABEL SOUTO, M.: La reforma. *Op. Cit.*, pág. 39. En este sentido se manifiestan también, JERICÓ OJER, L.: “El impacto (probablemente no previsto) de la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo en el Derecho penal de menores”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2018, núm. 20-24, pág. 22, quien señala que “la aplicación de los límites derivados del principio de proporcionalidad debe ser mantenida en relación con todas las medidas, dada su importancia como garantía de seguridad jurídica y la preservación del interés del menor”. Asume la posición de esta autora, MONTERO HERNANZ, T.: *La privación de libertad de menores y los estándares internacionales*. Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pág. 361.

<sup>11</sup> SSTC 65/1986, de 22 de mayo; 150/1991, de 4 de julio; 85/1992; 111/1993, de 25 de marzo; 50/1995, de 23 de febrero; 55/1996, de 28 de marzo; 111/1996, de 24 de junio.

contexto sancionador nos va a conducir con naturalidad del ámbito de la libertad personal (art. 17 C.E.) —cuando, como es ahora el caso, la pena sea privativa de libertad— al ámbito del principio de legalidad en materia sancionadora (art. 25.1 C.E.) (SSTC 55/1996, 161/1997 y 61/1998)<sup>12</sup>, sin que, en conexión también con él, quepa descartar que quede también lesionado el derecho cuyo ejercicio quedaba implicado en la conducta prohibida<sup>13</sup>. Por ello no es de extrañar que este órgano constitucional, respecto de las normativas anteriores a la Ley Orgánica 5/2000, haya recordado en algunos pronunciamientos que “junto con la necesaria flexibilidad de que ha de disponer el Juez en la apreciación de los hechos y de su gravedad, también es preciso que se sujete a determinados principios que operan como límites a esa discrecionalidad, reconocidos en algunos casos en la propia LTTM<sup>14</sup> -las medidas impuestas no pueden exceder de la mayoría de edad civil-, y en otros implícitos en la imposición de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales, como son la proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la medida impuesta o la imposibilidad de establecer medidas más graves o de una duración superior a la que correspondería por los mismos hechos si de un adulto se tratase”<sup>15</sup>.

Llegados a este punto, podemos abordar el problema de si es admisible una interpretación del art. 8.2 que solo tenga en cuenta su tenor literal que es el único argumento a favor de restringir el alcance de la proporcionalidad a las medidas privativas de libertad. En mi opinión, la respuesta debe ser negativa. Y ello porque, como recuerda el art. 5.1 de Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, “la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”. Pues bien, la exégesis del art. 8.2 debe tener presente que un principio básico del Derecho sancionatorio es el de proporcionalidad. El Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que a las sanciones administrativas son aplicables los principios derivados del art. 25.1 CE, entre los que se

<sup>12</sup> ROCA TRÍAS/AHUMADA RUIZ: “Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española”, en Conferencia “Trilateral” Italia/Portugal/España, Roma, 24 a 27 de octubre de 2013, pág. 11, (consultado en <http://www.tribunalconstitucional.es/es/actividades/Documents/XV%20Trilateral/PONENCIA.pdf>) entienden, no sin razón, que esa integración del principio de proporcionalidad de la pena en el de legalidad del art. 25 es fruto de una jurisprudencia “todavía no desprovista de ambigüedad”, recordando que también hay alguna sentencia del Tribunal Constitucional, como la 65/1986, de 22 de mayo, que niega rotundamente que el principio de proporcionalidad se pueda derivar del de legalidad.

<sup>13</sup> 136/1999, de 20 de julio. Más recientemente reitera este planteamiento en la Sentencia 60/2010, de 7 de octubre.

<sup>14</sup> Se refiere el Tribunal Constitucional a la Ley de Tribunales Tutelares de Menores.

<sup>15</sup> STC 36/1991, de 14 febrero. Reitera esta idea la STC 61/1998, de 17 de marzo.

incluye el de proporcionalidad<sup>16</sup>. La interpretación que se está haciendo del art. 8.2 vendría a suponer que mientras este principio es de aplicación tanto al Derecho penal de adultos como al Derecho administrativo sancionador, solo lo sería parcialmente a un subsector del Derecho penal como es el de menores. Y ello pese a que muchas de las sanciones no privativas de libertad son idénticas o similares a las previstas en el Código penal. De este modo, mientras las prestaciones en beneficio de la comunidad deben ser proporcionadas cuando se imponen a un adulto, esta misma sanción no está sujeta a este límite cuando su destinatario es un menor. Y lo mismo cabría decir respecto de la libertad vigilada, la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima u otras personas, la privación de derecho de conducir o la inhabilitación absoluta<sup>17</sup>. Semejante resultado estaría en línea con lo que ha sido tradicional en el ámbito de la justicia de menores: a estos se les han aplicado las mismas sanciones que a los adultos, pero sin respetar las garantías previstas para estos. Y todo ello con la idea de que estaríamos actuando en defensa del interés del menor. Esto no es más una reminiscencia del pensamiento del modelo tutelar en el que las medidas para los menores se concebían como un bien, a diferencia de las penas previstas para los adultos que constituían un mal. Desde esta perspectiva, mientras las garantías son esenciales para estos últimos, cuando de lo que se trata es de hacer algo bueno para los menores, educarlos, y, por ello, se actúa en “su interés” no se atisba a ver la relevancia de las mismas. Sin embargo, es preciso recordar que la naturaleza de las sanciones penales no cambia en función de los fines que les asignemos: prevención general o especial, pues siempre son restricciones de derechos que en todo caso reclaman límites como el de la proporcionalidad, pues el fin no siempre justifica los medios. Por ello también para la actual legislación siguen teniendo plena vigencia las afirmaciones efectuadas por el Tribunal Constitucional a propósito de la antigua Ley de Tribunales Tutelares de Menores, en las que se exigía que la medida no fuera desproporcionada<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Así, por ejemplo, STC 54/2003, de 24 de marzo de 2003(RTC 2003/54), al señalar lo siguiente: “la reiterada doctrina de este Tribunal, desde la STC 18/1981, de 8 de junio (FJ 2), que ha declarado, no solo la aplicabilidad a las sanciones administrativas de los principios sustantivos derivados del art. 25.1 CE, considerando que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación con ciertos matices al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, sino que también ha proyectado sobre las actuaciones dirigidas a ejercer las potestades sancionadoras de la Administración las garantías procedimentales ínsitas en el art. 24.2 CE, no mediante su aplicación literal, sino en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto. Ello, como se ha afirmado en la STC 120/1996, de 8 de julio (FJ 5), “constituye una inveterada doctrina jurisprudencial de este Tribunal y, ya, postulado básico de la actividad sancionadora de la Administración en el Estado social y democrático de Derecho”.

<sup>17</sup> Por ello señala FEIJOO SÁNCHEZ, B. en Comentarios. *Op. Cit.*, págs. 250 y s., que al menos “allí donde existan equivalencias (como, por ejemplo, los trabajos en beneficio de la comunidad y las prestaciones en beneficio de la comunidad, la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o personas afines, la privación de licencias administrativas o la inhabilitación absoluta) las sanciones para menores nunca pueden ser superiores al equivalente que se le podría imponer a un adulto”.

<sup>18</sup> En este sentido, COLÁS TURÉGANO, A.: *Derecho penal de menores*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 242. Para FEIJOO SÁNCHEZ, B. en Comentarios. *Op. Cit.*, pág. 251, el art. 8.2 “como principio general,

Ahora bien, el Tribunal Constitucional parece mencionar dos límites diferentes: “la proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la medida impuesta o la imposibilidad de establecer medidas más graves o de una duración superior a la que correspondería por los mismos hechos si de un adulto se tratase”. En realidad, el segundo aspecto no es más que el caso más claro de infracción del principio en cuestión. En efecto, siempre que se trate al menor peor que al adulto, estaremos ante una medida desproporcionada. Por eso, a los menores no se les debe imponer una medida más grave que la prevista para un adulto y su duración tampoco puede exceder de la prevista para este. En consecuencia, estamos ante un límite válido para cualquier sanción que se pueda aplicar a los destinatarios de la Ley Orgánica 5/2000.

Cuestión diversa es que de lo anterior no cabe inferir que siempre que a los menores les demos el mismo tratamiento que a los adultos estemos ante una respuesta proporcionada. En verdad, el punto de partida debería ser el de que aplicar a un menor una medida de la misma naturaleza y duración que la prevista en el Código penal ya es desproporcionado, pues supondría tratar igual a dos personas que por su diferente grado de madurez no lo son. Como es sabido, la Ley Orgánica 5/2000 distingue de cara a fijar las sanciones y su duración dos tramos de edad. Y ello se justifica por las diferencias existentes entre los sujetos pertenecientes a uno y a otro. Así, por ejemplo, el Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de ley por el que se modifica la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, de 22 de diciembre de 2009, señalaba que “el hecho de escalonar los límites máximos de la medida en función de dos tramos edad (entre catorce y dieciséis años, y entre dieciséis y dieciocho) puede estimarse acertado en la medida en que la proporcionalidad que por esta vía se introduce responde sin duda, al margen de consideraciones atinentes al presunto grado de discernimiento, a una percepción que podría calificarse como de sentido común, sin necesidad de ser experto en psicología infantil o juvenil, y es que, desde cualquier punto de vista que se quiera adoptar, un preadolescente o adolescente de hasta dieciséis años no es lo mismo que un joven de diecisiete o dieciocho. Y no es, sobre todo, igual la capacidad de intervención del Poder Público en la personalidad y la conducta de quien acaba de salir de la infancia, por relativamente elevado que sea su grado personal de madurez, que en quien ronda ya la mayoría de edad”. Si esto es así, como mucha mayor razón cabría concluir que ninguno de los dos tramos de edad que distingue la LORRPM podría ser tratado como los adultos a la vista de las diferencias existentes entre estos y los menores de edad<sup>19</sup>.

marca una pauta para la individualización judicial de las medidas que excede el ámbito exclusivo de las privativas de libertad”.

<sup>19</sup> En este sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, B. en Comentarios. *Op. Cit.*, pág. 254, señala que “el límite establecido en el art. 8 se queda corto desde una perspectiva constitucional. En la medida en la que existe un amplio acuerdo en que el menor siempre tiene una responsabilidad inferior –o, al menos distinta- a un adulto en

Problema diverso es el de determinar si la pena que le correspondería al adulto hace referencia a la pena abstracta o concreta. Se trata de una cuestión que se ha resuelto a favor de la segunda opción, por lo que el término de comparación debe ser la pena resultante de aplicar grados de ejecución, grados de participación, eximentes incompletas, así como atenuantes y agravantes que concurran en el hecho<sup>20</sup>.

### **3. La configuración de la medida de internamiento en régimen cerrado en el art. 10 LORRPM**

El art. 7.2 dispone que “las medidas de internamiento constarán de dos períodos: el primero se llevará a cabo en el centro correspondiente..., el segundo se llevará a cabo en régimen de libertad vigilada, en la modalidad elegida por el Juez. La duración total no excederá del tiempo que se expresa en los artículos 9 y 10. El equipo técnico deberá informar respecto del contenido de ambos períodos, y el Juez expresará la duración de cada uno en la sentencia”.

La diferenciación de dos periodos en la medida de internamiento es coherente con la finalidad de prevención especial que predomina en la LORRPM. Con ello la Ley busca, con buen criterio, que la incorporación del condenado a internamiento a la sociedad sea paulatina, evitando el paso brusco de la situación de encierro a la de libertad mediante su sujeción a un control de sus actividades durante un tiempo<sup>21</sup>.

Sin embargo, la interpretación del art. 7.2 está planteando problemas a la vista de lo dispuesto en el art. 10 LORRPM. En el apartado 1.b de este precepto se dispone que para los menores de 16 y 17 años que hayan cometido alguno de los delitos mencionados en el art. 9.2 cuando su caso revista extrema gravedad, “el

situaciones equivalente, la restricción de derechos que sufra el menor para ser proporcional debería ser inferior que la pena le correspondería a un mayor de edad en las mismas circunstancias”.

<sup>20</sup> La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 12 julio de 2001 (ROJ: SAP MA 3002/2001) llega a esta conclusión a la vista de lo declarado por las Sentencias del Tribunal Constitucional 36/1991 y 61/1998, declarando la imposibilidad de que la pena pueda “superar la que a ese mismo caso concreto (con todas sus circunstancias particulares) correspondería caso de ser mayor de edad, por ello se debe analizar la posible pena (no ya medida como es la que se fija en la Jurisdicción especializada de menores) que correspondería caso de ser mayor de edad, y para ello se deben tener en cuenta la concurrencia (que para el mayor, se llaman atenuantes y agravantes) de las circunstancias que se producen en el caso concreto”. En el mismo sentido, se había pronunciado también la Circular 1/2000, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores, en su apartado V2. En la doctrina, se han pronunciado a favor de este criterio, por ejemplo, DE LA ROSA CORTINA EN DE URBANO CASTRILLO/DE LA ROSA CORTINA: La responsabilidad. *Op. Cit.*, págs. 86 y s.; SANZ HERMIDA, A. M. en GÓMEZ RIVERO, M. C. (coord.): *Comentarios a la Ley penal del menor*. Iustel, Madrid, 2007, pág. 132; JERICÓ OJER, L.: La relevancia práctica. *Op. Cit.*, pág. 141.

<sup>21</sup> En este sentido, la Circular de la Fiscalía General del Estado 9/2011, de 16 de noviembre, señala que con ello la Ley acoge “las opiniones que previamente propusieron la conveniencia de adoptar la libertad vigilada como medida puente tras un internamiento, con el fin de preparar la adaptación social del menor a la vida en libertad”. También BENÍTEZ ORTÚZAR, I.: M.: “Medidas susceptibles de ser impuestas a los menores y reglas generales de determinación de las mismas. Alcance del artículo 7 de la LORPM”, en *El menor como víctima y victimario de la violencia social (Estudios jurídico)*. Dykinson, Madrid, 2010, pág. 234.

Juez deberá imponer una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a seis años, complementada sucesivamente con otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de cinco años. Solo podrá hacerse uso de lo dispuesto en los artículos 13 y 51.1 de esta Ley Orgánica una vez transcurrido el primer año de cumplimiento efectivo de la medida de internamiento.” Por su parte, en el apartado 2 ha previsto para los delitos de homicidio, asesinato, agresiones sexuales agravadas o cualesquiera otros castigados con penas de 15 o más años una medida obligatoria de internamiento en régimen cerrado complementada en su caso con una libertad vigilada<sup>22</sup>. Estas medidas de libertad vigilada, además, han de ser ratificadas mediante un auto, previa celebración de una comparecencia.

En virtud de lo dispuesto en el art. 10.1.b y 10.2, hay autores que interpretan que en los supuestos previstos en este precepto la duración del internamiento en régimen cerrado se refiere al periodo que el menor ha de pasar en el centro, pues el tiempo que ha de cumplir en libertad vigilada ya viene fijado por la propia Ley<sup>23</sup>. Estos autores ponen de relieve que, a diferencia de lo que acontece en el art. 7.2, al menos para los casos del art. 10.2 la libertad vigilada es facultativa<sup>24</sup>.

Este planteamiento es el que acoge la Circular de la Fiscalía General del Estado 9/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en materia de reforma de menores. La Fiscalía entiende que el art. 7.2 no rige para los casos de los arts. 10.1b y 10.2. “Y ello resulta de la propia literalidad de esos artículos, pues el 10.1.b prevé que la medida de uno a seis años de internamiento cerrado que establece será complementada sucesivamente con otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de cinco años. Por su parte, el art. 10.2 dispone que los internamientos en régimen cerrado que contempla, en sus diversos supuestos, sean complementados en su caso por una medida de libertad vigilada, fijando el plazo máximo de duración de esta en tres o cinco años, según se trate de menores o mayores de dieciséis años”<sup>25</sup>. Para la Fiscalía las reglas del art. 10 “tienen un carácter especial y excepcional en cuanto al régimen de

<sup>22</sup> Si se trata de menores de 14 o 15 años la privación de libertad es de 1 a 5 años y la libertad vigilada asciende a tres años. En el caso de los de 16 o 17 años, el internamiento será de 1 a 8 años y la libertad vigilada de hasta 5 años.

<sup>23</sup> DE LA ROSA CORTINA, J. M. EN DE URBANO CASTRILLO/DE LA ROSA CORTINA: La responsabilidad. *Op. Cit.*, pág. 73; CERVELLÓ DONDERIS, V.: *La medida de internamiento en el Derecho Penal del menor*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 98. Apuntaba a esta posibilidad de interpretación, pero sin acogerla, en relación a la versión de la Ley Orgánica 5/2000 previa las reformas de 2003 y 2006, BOLDOVA PASAMAR, M. A.: Principales aspectos. *Op. Cit.*, pág. 56 nota 48.

<sup>24</sup> DE LA ROSA CORTINA, J. M. EN DE URBANO CASTRILLO/DE LA ROSA CORTINA: La responsabilidad. *Op. Cit.*, pág. 73.

<sup>25</sup> Según la Fiscalía, “esa libertad vigilada complementaria del art. 10 tiene otras dos peculiaridades más que la distinguen de la libertad vigilada como fase final de un internamiento contemplada en el art. 7.2 LORPM. Ambas aparecen recogidas en el art. 10. 4 LORPM. La primera, la exigencia de que sea ratificada mediante auto motivado al finalizar el internamiento. Y la segunda, su ejecución corresponde a las instituciones públicas encargadas del cumplimiento de las penas, a diferencia del resto de los supuestos de libertad vigilada cuya ejecución corresponde a la llamada entidad pública de reforma o protección”.

determinación de las medidas, por lo que el período de internamiento en centro cerrado que fijan tiene una duración mínima de un año en todo caso, no alcanzando a esos supuestos la previsión general del artículo 7.2". Ello significa que cuando se aplique el art. 10, "la libertad vigilada, que pueda preverse en la sentencia, se configurará en todo caso como una medida diferenciada, posterior, complementaria y sucesiva al período de internamiento en centro cerrado".

A favor de su tesis, la Fiscalía alega que esta es además la interpretación que se ha consolidado en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, citando a título de ejemplo "las SSAP Asturias, secc. 2ª, nº 322/09, de 5 de enero de 2010<sup>26</sup>; Barcelona, secc. 3ª, nº 426/2009, de 11 de mayo<sup>27</sup>; Vizcaya, secc. 1ª, nº 9/2009, de 22 de marzo<sup>28</sup>; Cádiz, secc. 4ª, nº 75/2009 de 16 de marzo<sup>29</sup>; Sevilla, secc. 3ª, nº 137/2009, de 9 de marzo<sup>30</sup>; o Madrid, secc. 4ª, nº 7/2008, de 23 de enero<sup>31</sup>". Sin embargo, hasta donde alcanzo a ver ninguna de estas sentencias se pronuncia sobre el alcance del art. 7.2, pues el objeto de la apelación tiene que ver con cuestiones probatorias o de calificación de los hechos. Lo único que permiten afirmar estas sentencias es que, al menos, algunos de los Juzgados de Menores que han dictado las sentencias apeladas siguen esta interpretación. Ciertamente no cabe desconocer que en algún caso, como en la Sentencia de la Sección segunda de la Audiencia Provincial de Tarragona de 18 de diciembre de 2009, se mantenía la tesis que defendía el Ministerio Fiscal<sup>32</sup>.

El Tribunal Supremo en un recurso de casación para la unificación de doctrina ha asumido el planteamiento defendido por la Fiscalía General Del Estado<sup>33</sup>. Desde una perspectiva gramatical entiende que el art. 10.2 es un precepto "especial y dispone una formulación específica para una situación especial, cual es la gravedad del hecho objeto del enjuiciamiento y del reproche contenido en la sentencia... Se trata de una "regla especial de aplicación y duración de las medidas" que por su especialidad se sustrae a la regla general prevista en los arts. 7 y 9 de la L. Orgánica de responsabilidad penal de menores (L.O. 5/2000 en la redacción dada por L.O. 8/2006 de 4 de diciembre). Así, frente al supuesto general en el que la medida de internamiento se divide en dos periodos, ...en los supuestos de especial gravedad, la norma a tener en cuenta es la del art. 10.2 al que "deberán imponerse las medidas siguientes", uno de internamiento, con la variación permanente que se establece en

<sup>26</sup> Roj: SAP O 26/2010

<sup>27</sup> Roj: SAP B 5596/2009.

<sup>28</sup> Roj: SAP BI 384/2009.

<sup>29</sup> Roj: SAP CA 534/2009

<sup>30</sup> Roj: SAP SE 698/2009

<sup>31</sup> Roj: SAP M 4503/2008

<sup>32</sup> Roj: SAP T 1607/2009. En esta sentencia se concluía que "los supuestos a los que se refiere el art. 10.2 LORPM contemplan dos medidas una de internamiento y, otra de libertad vigilada con asistencia educativa. La primera contiene un límite mínimo de un año hasta 8 años y, la segunda contiene un límite de duración de hasta cinco años".

<sup>33</sup> Sentencia de 24 de septiembre de 2012 (ROJ: STS 6293/2012).

función de la edad del infractor, y otra que complementará "en su caso" de libertad vigilada. Esa complementación está sujeta a varias precisiones. En primer lugar, es facultativa o, al menos, debe examinarse en cada caso su procedencia, y debe ratificarse al término de la ejecución de la medida de internamiento, para valorar su procedencia. Ese es el sentido que debe darse a la expresión "en su caso", señalando la ley un procedimiento en el que debe adoptarse esa ratificación. Además, está sujeta a un régimen especial de sustitución, suspensión y modificación de las medidas que se sustrae al régimen general que posibilita estas alteraciones".

Junto al argumento gramatical, el Tribunal Supremo alega en su favor uno de lógica jurídica: "no es plausible una ejecución de un reproche concebido en términos de sanción en el que primero es internamiento, luego una libertad vigilada "en la modalidad exigida por el Juez" y, a continuación, otro periodo de libertad vigilada con un contenido educativo. No parecen lógicos esta sucesión de medidas de libertad vigilada con contenidos, en principio, distintos. Si la medida de libertad vigilada se presenta como una oportunidad de acomodar el paso de un internamiento a una libertad, no es procedente tantos supuestos de libertad vigilada con un contenido diverso, sino que, en atención a cada supuesto, habrá que examinar la procedencia de la medida de libertad en cada caso, atendiendo también a la duración del internamiento".

Frente a estas posturas de la Fiscalía General del Estado y el Tribunal Supremo, otros autores no reconocen excepciones a lo dispuesto en el art. 7.2. Ello les permite afirmar que no se exige en la Ley, ni siquiera para las medidas más graves de internamiento, que el menor pase un tiempo mínimo en cada periodo, por lo que la cuestión se deja en manos del Juez<sup>34</sup>. En efecto, la LORRPM solo impide para los casos de mayor gravedad en los que se vean implicados menores de 16 o 17 años (art. 10.1.b segundo inciso y 10.2.b) que se haga uso de las facultades de reducción de su duración, sustitución o cese de la medida prevista en los art. 13 y 51.1. De este modo, el art. 7.2 permitiría paliar la dureza de las medidas previstas en el art. 10, al posibilitar que la estancia en centro se vea reducida por la vía de ampliar el periodo de libertad vigilada<sup>35</sup>.

En mi opinión, si bien es verdad que el argumento gramatical podría avalar la argumentación que hacen la Fiscalía General del Estado y el Tribunal Supremo, es difícil llegar a la misma conclusión desde una interpretación sistemática y teleológica. Desde la primera, el art. 7 lleva por rúbrica "Definición de las medidas sus-

<sup>34</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B. en Comentarios. *Op. Cit.*, pág. 220. SERRANO TÁRRAGA, M. D.: "Medidas susceptibles de imposición a los menores", en VÁZQUEZ GONZÁLEZ/SERRANO TÁRRAGA (editores): *Derecho penal juvenil*, 2ª ed. Dykinson, Madrid, 2007, pág. 448, tras indicar que la introducción de la libertad vigilada como segundo periodo de la medida es un acierto, considera que esto no debiera haberse contemplado para los supuestos de internamiento en régimen abierto, puesto que "el menor cumple la medida en libertad, en los servicios normalizados del entorno, y solo acude al centro de internamiento a dormir, por lo que no hay ruptura con su vida en libertad".

<sup>35</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B. en Comentarios. *Op. Cit.*, pág. 221.

ceptibles de ser impuestas a los menores y reglas generales de determinación de las mismas” y se ocupa de la configuración de cada una de las medidas y de los criterios para concretar las sanciones. El art. 9 tiene por título “Régimen general de aplicación y duración de las medidas” frente al art. 10 que se refiere a las reglas especiales. Pues bien, el art. 10 lo que hace es establecer una excepción al régimen de duración general previsto en el art. 9 y fijar la obligatoriedad del internamiento en régimen cerrado para ciertos supuestos (extrema gravedad de los hechos recogidos en el 9.2 y ciertos delitos graves mencionados en el art. 10.2)<sup>36</sup>. Dicho de otro modo, frente a los tipos básicos contenidos en el art. 9, el art. 10 contendría los tipos agravados<sup>37</sup> y, en consecuencia, estamos ante un precepto especial respecto del art. 9, pero quedando intacto el contenido del art. 7.2. En efecto, el art. 9 empieza diciendo que su contenido viene a limitar las reglas contenidas en los apartados tercero y cuarto del art. 7 y el art. 10, a su vez, formula expresamente una excepción para el art. 9.2. Por tanto, si el art. 9 representa un límite expreso respecto del art. 7.3 y 4 y el art. 10 es una excepción al 9.2, no hay base sistemática alguna que justifique la conclusión a la que llegan la Fiscalía General del Estado y el Tribunal Supremo<sup>38</sup>.

Desde un punto de vista teleológico, si, como se reconoce, la libertad vigilada como segundo periodo del internamiento constituye una etapa de transición desde la privación de libertad hacia la plena reincorporación en la sociedad y, por tanto, se orienta a la prevención especial, pues su objetivo es facilitar la reinserción social del que ha estado privado de libertad, no parece razonable afirmar que un interna-

<sup>36</sup> En la misma línea dice FEIJOO SÁNCHEZ, B. en Comentarios. *Op. Cit.*, pág. 309 que “el art. 10 no redefine lo que es la medida de internamiento, sino que sólo establece reglas especiales sobre la determinación de la sanción concreta a imponer”.

<sup>37</sup> El Tribunal Constitucional en su Sentencia 160/2012, de 20 de septiembre, consideró constitucional el establecimiento de un periodo de seguridad que, entre otras cosas, impide acudir a la suspensión del fallo hasta que no se haya cumplido la mitad del internamiento en régimen cerrado cuando se trata de menores de más de 16 años con una argumentación poco convincente, pues se limita a trasladar al sistema de justicia juvenil las consideraciones que sobre los fines de la pena se han venido efectuando por el Tribunal Constitucional en relación al Código penal. Y ello pese a reconocer que “una de las particulares características del sistema penal de menores, que lo diferencia del de adultos, radica precisamente en la prioridad que el legislador ha otorgado al cometido de resocialización y reinserción social frente a otras finalidades que pueda conllevar la aplicación de sus medidas, las cuales —como establece la exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2000— «fundamentalmente no pueden ser represivas, sino preventivo-especiales, orientadas a la efectiva reinserción y el superior interés del menor»”. El problema, como muy bien destacó el voto particular emitido por Adela Asúa Batarrita y al que se adhirió Fernando Valdés Dal-Ré, es que esa orientación viene impuesta por la Convención de los derechos del niño de 1989 en sus arts. 37 y 40. A ello habría que sumar todas las reglas de Naciones Unidas y del Consejo de Europa cuya relevancia para la interpretación constitucional ha destacado el propio Tribunal Constitucional en su Sentencia 36/1991, de 14 de febrero. Por ello los derechos de los menores infractores deberían ser interpretados con base en estas directrices internacionales en virtud de lo dispuesto en el art. 10.2 de la Constitución, por lo que a ellos no les son trasladable sin más las consideraciones efectuadas sobre los fines de la pena en el ámbito de los adultos. Sobre esta sentencia, cfr. ampliamente FEIJOO SÁNCHEZ, B. en Comentarios. *Op. Cit.*, págs. 288 y ss.

<sup>38</sup> Así, GARCÍA PÉREZ, O.: *Las medidas y su ejecución en el sistema de justicia penal juvenil*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 56.

miento seguido de dos libertades vigiladas<sup>39</sup> es algo que carece de lógica cuando lo que sí parece carente de esta es la conclusión a la que llega el Tribunal Supremo<sup>40</sup>: dado que la libertad vigilada a la que alude el art. 10 es facultativa, se puede pasar directamente a un régimen absoluto de libertad sin ningún periodo intermedio después de haber pasado muchos años cumpliendo el régimen del internamiento que mayor aislamiento social provoca. Si nos preguntáramos si puede haber casos en los que tras una larga privación de libertad y, en consecuencia, de separación social no haga falta esa etapa intermedia que representada la libertad vigilada, la respuesta sería que no<sup>41</sup>. Pero con la interpretación que hace el Tribunal Supremo habría que dejar casos sin este periodo de adaptación so pena de convertir en obligatorio, lo que, como bien dice, es facultativo. En realidad, no se alcanza a ver la falta de lógica a que la Ley haya previsto en la sanción de internamiento dos periodos y que, una vez concluidos los dos, se pueda acordar, si fuere necesario, una medida de libertad vigilada adicional. Dado que esta es facultativa, la LORRPM está indicando que si, tras el cumplimiento de la medida internamiento cuyo último periodo consiste en una libertad vigilada, se detectara la necesidad de prolongar el control sobre el menor o joven, en ese caso se podría ejecutar otra medida de la misma índole.

Por otro lado, el problema que plantea el art. 7.2 es que obliga al Juez de Menores a fijar en la sentencia la duración de los dos periodos, lo cual en ese momento es muy difícil de precisar, pues ni existe todavía el proyecto individualizado de ejecución ni se puede prever la evolución que va a tener el menor. Por eso, Feijoo

<sup>39</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B. en Comentarios. *Op. Cit.*, pág. 311, interpreta que la Ley contempla dos tipos distintos de libertad vigilada: la primera es la que forma parte del internamiento y la otra sería la libertad vigilada cuya ejecución le corresponde a la Administración Penitenciaria.

<sup>40</sup> Para FEIJOO SÁNCHEZ, B. en Comentarios. *Op. Cit.*, pág. 312, “la interpretación de la FGE y del Tribunal Supremo puede acabar siendo contraria a los fines generales de la ley y al interés del menor en aquellos supuestos en los que el cumplimiento en el centro no sólo se muestra como innecesario sino también como contraproducente, junto con el hecho de que el menor no pueda mejorar su situación personal si evoluciona favorablemente. Alargar en demasía los tramos temporales a la hora de ir recibiendo recompensas derivadas de una evolución positiva frustra la eficacia de las medidas”.

<sup>41</sup> Esta necesidad se ve acrecentada porque se trata de jóvenes que, además de salir tras un largo periodo de aislamiento social, lo van a hacer con un subsidio por desempleo, lo cual sin un adecuado seguimiento puede incrementar los problemas de inserción social. En efecto, el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, contempla en su art. 205.3 que la protección por desempleo se extienda a los liberados de prisión y el art. 215 en su apartado d) menciona como beneficiarios del subsidio de desempleo a quienes, entre otros, se encuentren en la siguiente situación: “Haber sido liberado de prisión y no tener derecho a la prestación por desempleo, siempre que la privación de libertad haya sido por tiempo superior a seis meses.

Se entenderán comprendidos en dicha situación los menores liberados de un centro de internamiento en el que hubieran sido ingresados como consecuencia de la comisión de hechos tipificados como delito, siempre que, además de haber permanecido privados de libertad por el tiempo antes indicado, en el momento de la liberación sean mayores de dieciséis años.

Asimismo, se entenderán comprendidas en dicha situación las personas que hubiesen concluido un tratamiento de deshabituación de su drogodependencia, siempre que el mismo hubiera durado un período superior a seis meses y hayan visto remitida su pena privativa de libertad en aplicación de lo previsto en el artículo 87 del Código Penal.”

Sánchez ha propuesto que en la sentencia no se fije la duración exacta de ambos periodos sino unos mínimos y unos máximos, concretándose ulteriormente en función de la evolución del sujeto<sup>42</sup>. En cualquier caso, como ha indicado la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2000, hay que tener presente que es perfectamente factible anticipar por medio del art. 13 la conclusión del periodo de cumplimiento en centro y el inicio del de la libertad vigilada, no siendo, en cambio, admisible que se prolongue aquel más allá de lo inicialmente previsto en la sentencia.

#### 4. Cuestiones procesales

También en el ámbito procesal podemos encontrar jurisprudencia que contribuye a endurecer la respuesta que se da a los menores infractores. El primer tema que voy a abordar se refiere a lo dispuesto en el art. 27.4 LORRPM que dispone lo siguiente: “Asimismo podrá el equipo técnico proponer en su informe la conveniencia de no continuar la tramitación del expediente en interés del menor, por haber sido expresado suficientemente el reproche al mismo a través de los trámites ya practicados, o por considerar inadecuada para el interés del menor cualquier intervención, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos. En estos casos, si se reunieran los requisitos previstos en el artículo 19.1 de esta Ley, el Ministerio Fiscal podrá remitir el expediente al Juez con propuesta de sobreseimiento, remitiendo, además, en su caso, testimonio de lo actuado a la entidad pública de protección de menores que corresponda, a los efectos de que actúe en protección del menor”.

La cuestión que se suscita es si, asumida por el Ministerio Fiscal la propuesta del equipo técnico de no continuar con la tramitación del expediente, el Juez de Menores puede rechazar la solicitud de sobreseimiento. La Audiencia Provincial de Valladolid<sup>43</sup> entiende que efectivamente el Juez de Menores puede rechazar el sobreseimiento<sup>44</sup> sin que ello suponga vulnerar el principio acusatorio ni el derecho a un juez imparcial. En efecto, la Audiencia Provincial señala lo siguiente: “No existe vulneración del principio acusatorio, pues no nos encontramos en la fase de audiencia, sino en la fase de instrucción, y en esta conforme ya hemos expuesto el Juez de Menores puede acceder o no a la petición de sobreseimiento, distinto sucede una vez abierta la fase de audiencia. Tampoco existe vulneración del dere-

<sup>42</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B. en Comentarios. *Op. Cit.*, págs. 220 y s.

<sup>43</sup> Auto 127/2005 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valladolid de 31 marzo de 2005 (Roj: AAP VA 241/2005).

<sup>44</sup> El equipo técnico había basado su propuesta en lo siguiente: “los expedientados son estudiantes y se encuentran estructurados dentro de sus ámbitos familiares, con práctica además de deporte. Se indica el interés de las familias de los menores expedientados, en contactar con la familia del sujeto pasivo, al objeto de resolver el problema planteado e incluso su interés de que por la Dirección del Colegio se actuase de forma más activa para poder llegar a una solución en los hechos objeto del procedimiento.”

cho a un Juez imparcial, pues el Juez de Menores no entra a resolver sobre cuestiones relativas a valoración de la prueba, sino exclusivamente si en el contenido del informe del Equipo Técnico estima que concurren los requisitos necesarios para acceder o no a la propuesta de sobreseimiento del Ministerio Fiscal”.

En mi opinión, el razonamiento no es convincente, pues todo se hace girar en torno a la idea de que estamos en fase de instrucción, ya que si se hiciera en el juicio oral sería inadmisibile. A mi entender, el Tribunal decide que el Ministerio Fiscal tiene que seguir manteniendo la acusación. Y ello lo hace con el siguiente razonamiento: “Tiene razón el Juez de Menores, cuando manifiesta que partiendo de esto último, quizás el Equipo Técnico debió haber llevado su actuación a un ámbito mucho más amplio, intentando lograr una conciliación o reparación a los efectos de aplicar el artículo 19 de la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores. Mas junto a todo ello, hay una cuestión que llama poderosamente la atención a este Tribunal, cual es la entidad de los hechos objeto del procedimiento, agresión a un escolar por un grupo de otros cinco escolares, golpeándole uno de éstos en un ojo y otro en una pierna y que junto a tales hechos se manifieste en el informe del Equipo Técnico, que los menores no admiten su participación en los hechos y que consideran injusto el tener que pasar por este trámite procesal. Precisamente estas circunstancias que acabamos de exponer, son las que nos llevan a la misma convicción que obtuvo el Juzgado de Menores, esto es, del informe del Equipo Técnico no consideramos que, con lo actuado, esto es declaraciones de los menores y sometimiento al informe del Equipo Técnico se haya producido reproche suficiente para los mismos”. Como se puede observar, parece que al Juez de Menores le hubiese gustado que se optara por otra de las manifestaciones del principio de oportunidad, la del art. 19 LORRPM, mientras que la Audiencia Provincial hace hincapié en la gravedad de los hechos objeto del procedimiento y en la consideración de que no comparte que a los menores se les haya reprochado suficientemente los hechos. Pero con ello lo que están diciendo es que los menores merecen una respuesta mayor a la propuesta por el Ministerio Fiscal a instancia del equipo técnico. Y desde esta perspectiva, ni se respeta el principio acusatorio, puesto que se está exigiendo una respuesta más contundente de lo que propone la acusación, ni la imparcialidad, dado que lo anterior solo es entendible desde la perspectiva de que los órganos judiciales entienden que los menores han cometido unos hechos de cierta entidad y merecen un mayor reproche.

Otra cuestión de enorme trascendencia se refiere a la interpretación del art. 28.1, párrafo segundo, cuando establece que las medidas cautelares pueden “consistir en internamiento en centro en el régimen adecuado, libertad vigilada, prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez, o convivencia con otra persona, familia o grupo educativo”. El primer problema que se ha planteado es si estamos ante una enume-

ración abierta o cerrada. Para González Pillado estamos ante una enumeración abierta, pues se utiliza la expresión “podrán consistir” y en la enumeración faltan algunas de gran trascendencia como “a privación del permiso de conducir ciclomotores o vehículos, la retención del pasaporte o la citación cautelar”. Por ello se inclina por entender que la enumeración de medidas cautelares personales es meramente ejemplificativa, pudiéndose aplicar todas las previstas en la LECrim siempre que sean idóneas. A favor de esta tesis cita dos argumentos. En primer lugar, “la redacción del art. 7.1 h) LORMP, en lo que respecta a la libertad vigilada, en cuanto al enumerar las reglas de comportamiento que puede imponer el Juez de Menores, se refiere, en el nº 7, a “cualesquiera otras obligaciones que el mismo estime adecuadas para la reinserción social del menor. Sin duda, esta cláusula abierta permite la adopción de medidas no expresamente previstas en el art. 28.1 LORRPM.

De otro lado, y este es el argumento fundamental de la exégesis que se defiende, la aplicación supletoria de la LECrim, que permitirá la adopción de órdenes de protección en relación al menor imputado en supuestos graves de violencia doméstica (art. 544 ter LECrim) o, ya con carácter general, la citación cautelar del menor, entendiendo aplicable supletoriamente el art. 487 LECrim”<sup>45</sup>. Junto a estos argumentos García-Rostán sostiene que “si expresamente se ha permitido el internamiento..., no debería haber obstáculo alguno para adoptar cualquiera otra medida que incidiera en igual o menor proporción en los derechos del imputado, siempre que fuera idónea para los fines perseguidos”<sup>46</sup>.

A mi juicio, si estamos ante medidas restrictivas de derechos fundamentales, estas deben estar expresamente previstas en la Ley, lo cual en el plano penal viene exigido por el propio principio constitucional de legalidad<sup>47</sup>. Además, si las medidas contempladas para los menores son distintas que las estipuladas para los adultos, no podemos aplicar supletoriamente lo regulado en esta materia por la LECrim. En efecto, la Disposición Final Primera solo permite la supletoriedad tanto del Código penal como de la LECrim “para lo no previsto expresamente en esta Ley Orgánica” y siempre que además las normas de estos textos legales no se opongan

<sup>45</sup> GONZÁLEZ PILLADO, E.: Las medidas cautelares en el proceso penal de menores en España”, en *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, núm. 24, 2009, pág. 58. En el mismo sentido, GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G.: *El Proceso Penal de Menores*. Thomson- Aranzadi, 2007, págs. 117 y ss. Estima que es posible la adopción de otras medidas cautelares a las expresamente recogidas en el art. 28, TOMÉ GARCÍA, J. A.: *El procedimiento Penal del Menor*. Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2003, págs. 132 y s. El Auto de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Huelva, de 31 de mayo de 2018 (JUR 2018\267274), acuerda un internamiento cautelar en régimen semiabierto complementado con un tratamiento psicológico sin plantearse si el tratamiento ambulatorio puede constituir una medida cautelar.

<sup>46</sup> GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G.: *El Proceso*. *Op. Cit.*, pág. 118.

<sup>47</sup> Entiende también que se trata de un catálogo cerrado, VALBUENA GARCÍA, E.: *Medidas Cautelares en el Enjuiciamiento de Menores*. Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 85. Así parece entenderlo también MORILLAS CUEVA, L.: “Medidas cautelares aplicables a menores”, en *El menor como víctima y victimario de la violencia social (Estudio jurídico)*. Dykinson, Madrid, 2010, pág. 440.

a los principios que rigen el proceso de menores. Si la Ley contiene una enumeración de medidas cautelares, falta el presupuesto habilitador: la falta de regulación. Por ello cuando la Ley ha regulado expresamente algún aspecto y, no obstante, se pretende aplicar también alguna cuestión prevista en el Código penal o en la LE-Crim, lo ha dicho explícitamente. Así ha acontecido con los plazos tanto de la detención donde, tras formular una regulación específica, añade que en los casos de terrorismo es de aplicación lo dispuesto en el art. 520bis LECrim como de la prescripción del delito donde se hace una remisión a lo previsto en el Código penal para los delitos muy graves. Este planteamiento lo viene a corroborar la propia reforma de 2006. Si la enumeración hubiese sido simplemente ejemplificativa, no hubiera hecho falta modificar la Ley para introducir nuevas medidas que se echaban en falta. Si esto es así, la imposición de medidas como las previstas en el art. 544bis LECrim carece de cobertura legal y supondría una violación del principio de legalidad sin que ello se pueda solventar con el argumento *ad maiore ad minus*<sup>48</sup>.

El segundo problema que se plantea en materia de medidas cautelares se refiere a su duración. El art. 28.1 disponía inicialmente que la medida cautelar podría mantenerse hasta la celebración de la audiencia o durante la sustanciación de los eventuales recursos. En la reforma de 2006 se ha corregido esto y ahora dispone más correctamente que “la medida cautelar adoptada podrá mantenerse hasta que recaiga sentencia firme”.

Sin embargo, el art. 28.3 dispone que “el tiempo máximo de la medida cautelar de internamiento será de seis meses, y podrá prorrogarse, a instancia del Ministerio Fiscal, previa audiencia del letrado del menor y mediante auto motivado, por otros tres meses como máximo”. Por tanto, está claro que cuando hay privación de libertad, la medida se ha de alzar como máximo a los nueve meses aunque no se haya dictado la sentencia firme.

El problema que se suscita es que el art. 28 no fija explícitamente ningún plazo máximo para las restantes medidas cautelares, esto es, para las no privativas de libertad. Por regla general, muchos autores se limitan a señalar que en este caso su duración solo conoce el límite al que se hace referencia en el art. 28.1, es decir, solo se podrán mantener hasta que recaiga sentencia firme<sup>49</sup>. Se trata de una idea

<sup>48</sup> Cfr. los razonamientos de la Sentencia del Tribunal Constitucional 169/2001, de 16 de julio y la Consulta 3/2004, de 26 de noviembre, de la FGE sobre la posibilidad de adoptar la medida cautelar de alejamiento en el proceso de menores.

<sup>49</sup> Así, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. en Comentarios. *Op. Cit.*, pág. 494; GONZÁLEZ PILLADO, E.: “Las medidas cautelares en el proceso penal de menores en España”, en *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, nº 24, 2009, pág. 61, consultado en [www.redalyc.org/pdf/2932/293222968004.pdf](http://www.redalyc.org/pdf/2932/293222968004.pdf); DE URBANO CASTRILLO, E. en DE URBANO CASTRILLO/DE LA ROSA CORTINA: Comentarios. *Op. Cit.*, pág. 186; SANZ HERMIDA, A. M.: “De las medidas cautelares”, en *Comentarios a la Ley Penal del Menor*, Iustel, 2007, pág. 277; NOYA FERREIRO, M. L.: “Las medidas cautelares en el proceso penal del menor”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, 2006, pág. 206; MORENILLA ALLARD, P.: *El proceso penal del menor*. Colex, Madrid, 2007, pág. 138; DOLZ LAGO, M. J.: *Comentarios a la Legislación Penal de Menores*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 196; LÓPEZ

que también es defendida por la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2000, señalando que “estas medidas, de ser estimadas, no tienen fijado un plazo límite de duración y podrán prolongarse hasta la sentencia sin necesidad de prórroga expresa”.

Esto viene a suponer que frente a las medidas definitivas que tienen una duración máxima predeterminada, las cautelares, con la excepción de la medida de internamiento, tienen una indeterminada, pues el plazo por el que se pueden mantener dependerá de lo que dure el procedimiento. De hecho, en un estudio se comprobó que en Cataluña los procedimientos de menores en primera instancia duran alrededor de 14,2 meses<sup>50</sup>. A ello habría que sumarle lo que dura la apelación, por lo que la situación normal es que las medidas cautelares no privativas de libertad puedan tener una duración media superior a los dos años. Es importante remarcar que el Consejo General del Poder Judicial ofrece datos sobre la duración de los procesos penales de menores<sup>51</sup>.

**Tabla 1. Duración de los procesos penales de menores**

Años	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Duración en meses	6,9	6,1	5,7	5,7	5,6	5,7	6,2	6,6

Fuente: CGPJ

Sin embargo, estos datos, además de ser una estimación<sup>52</sup>, sólo recogen el tiempo que dura el procedimiento ante el juez de menores sin tener en cuenta la duración de la fase de investigación en la que normalmente se habrá solicitado y acordado la adopción de la medida cautelar. Por ello si estamos hablando de que las medidas cautelares podrían durar todo lo que dure el procedimiento penal, no nos

LÓPEZ, A. M.: *La instrucción del Ministerio Fiscal en el procedimiento de menores*. Comares, Granada, 2002, pág. 174.

<sup>50</sup> CAPDEVILA CAPDEVILA/PUIG FERRER Y otros: *El tiempo en la justicia de menores*. Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada (CEJFE) de la Generalitat de Catalunya. 2013 (consultado en [http://cejfe.gencat.cat/web/.content/home/recerca/catalog/crono/2013/tiempoJusticiaMenores\\_ES.pdf](http://cejfe.gencat.cat/web/.content/home/recerca/catalog/crono/2013/tiempoJusticiaMenores_ES.pdf)), págs. 69 y ss., poniendo de relieve que de ese tiempo casi la mitad, en concreto de media unos 210 días, es lo que dura la instrucción del procedimiento y la fase judicial se situaría en los 199,6 días, transcurriendo unos 14 días desde la comisión del hecho hasta que este llega a conocimiento de la Fiscalía. Estos datos del estudio, referidos al año 2008, acreditan que la duración de los procedimientos se ha incrementado respecto del año 2005 en algo más de un mes.

<sup>51</sup> Los datos que se recogen a continuación se pueden consultar en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Transparencia/ch.Estimacion-de-los-tiempos-medios-de-duracion-de-los-procedimientos-judiciales.formato1/?idOrg=26&anio=2018&territorio=Espa%C3%B1a&proc=ASUNTOS>

<sup>52</sup> Así lo indica el Consejo General Del Poder Judicial en la página citada en la nota anterior, diciendo que “Se han utilizado estimaciones de las duraciones medias de los asuntos terminados en cada año, independientemente de su forma de terminación. Estas estimaciones se han obtenido por medio de un modelo matemático a partir de las cifras de asuntos ingresados, resueltos y en trámite al comienzo de cada periodo. Los datos han sido facilitados por la Estadística Judicial del Consejo General del Poder Judicial. La duración se expresa en meses”.

sirven los datos que únicamente incluyen una parte de éste, la que tiene lugar ante el juez de menores y no la que se lleva a cabo ante el fiscal de menores. De hecho los estudios revelan que la fase de investigación dura aproximadamente lo mismo que las actuaciones ante el juez de menores<sup>53</sup>.

El único matiz que se hacía a la duración indeterminada de las medidas cautelares no privativas de libertad deriva del hecho de que, dado su carácter provisional e instrumental, solo se pueden mantener en tanto persistan las circunstancias que motivaron su adopción<sup>54</sup>. Más allá de ello, Aguilera Morales entendía que a la vista del nivel de injerencia en los derechos del menor por parte de alguna de las medidas no privativas de libertad podía resultar excesiva a la vista de su duración ilimitada<sup>55</sup>.

El Tribunal Supremo ha rechazado este planteamiento con la siguiente argumentación: “es de lógica aplastante estimar que una medida cautelar no puede tener una duración superior al tope máximo legal de la medida definitiva. Esta conclusión del recurrido puede ser compartida. Incluso puede extenderse al procedimiento penal de mayores: aunque no existan limitaciones temporales específicas, las medidas cautelares personales diferentes a la prisión (con plazos propios legalmente fijados) han de tener como duración irrebasable el máximo de la pena de igual naturaleza anudada al delito. Una medida cautelar de privación del permiso de conducir (art. 529 bis LECrim), no solo por un básico sentido común, sino también en virtud de una interpretación sistemática de la ley, no puede prolongarse nunca más allá de ocho años (art. 33.3.d) CP); ni en concreto más allá del máximo previsto para el delito que se imputa (v.gr. cuatro años si es un delito del art. 152 CP). Si el legislador no ha establecido explícitamente esos límites temporales, es porque da por supuesto que un procedimiento nunca se va a prolongar tanto tiempo (en previsión tan idílica y desmentida por la praxis como la contenida en el art. 324.1 LECrim). La clausura temporal de un establecimiento en el caso de personas jurídicas imputadas adoptada como medida cautelar (art. 33 párrafo final CP en relación con el art. 544 ter LECrim) tampoco puede rebasar el tiempo máximo previsto para esa pena como ha hecho notar la doctrina. No existe un bloqueo temporal explícito, pero sí uno inmanente a la propia provisionalidad de la medida y a su relación con las penas ("medidas" en el caso del procedimiento de menores), con las que se

<sup>53</sup> CAPDEVILA CAPDEVILA/PUIG FERRER Y otros: El tiempo. *Op. Cit.*, pág. 75. En esta línea apuntan también los datos del estudio de PÉREZ JIMÉNEZ, F.: *Menores infractores: Estudio empírico de la respuesta penal*. Tirant lo blanch, Valencia, 2006, págs. 331 y ss.

<sup>54</sup> Así, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. en Comentarios. *Op. Cit.*, pág. 494; GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G.: El Proceso. *Op. Cit.*, pág. 110; NOYA FERREIRO, M. L.: Las medidas cautelares. *Op. Cit.*, pág. 2006. En este mismo sentido, la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/2000, recuerda que “los Sres. Fiscales evitarán su prolongación innecesaria, instando su alzamiento tan pronto desaparezca la causa justificado era de las mismas.”

<sup>55</sup> AGUILERA MORALES, M.: “Las medidas cautelares en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor (o crónica de un despropósito)”, en *Tribunales de justicia: Revista española de derecho procesal*, Nº 3, 2003, pág. 23.

relacionan (arts. 58 y 59 CP y art. 28.5 LORRPM). Si esas penas y/o medidas definitivas atienden a criterios de proporcionalidad y legalidad, quedarían pulverizados ambos principios de rango constitucional si admitiésemos duraciones superiores de una medida, cuyo contenido es idéntico, por la puerta falsa y paradójica de establecerlas con carácter "provisional". Constituiría una burla. El principio de legalidad se vulneraría por la imposición de una pena que sobrepase en un solo día la duración prevista en el Código Penal; pero no habría obstáculo alguno para una duración mayor cuando la medida, sustancial y materialmente idéntica, es cautelar. Es contradictoria la razón de que como en este caso es "cautelar", su duración puede rebasar todos los máximos legales. Como es "provisional" puede prolongarse mucho más tiempo que la "definitiva". No es asumible esa tesis".

No obstante, en la medida en que el art. 10 LORRPM permite que las medidas puedan rebasar los dos años de duración, el Tribunal Supremo estima que cuando se trate de los delitos contemplados en el art. 9.2 (delitos graves, menos graves cometidos con violencia o intimidación y delitos cometidos en grupo o con pertenencia a una organización delictiva) cabría admitir que las medidas cautelares tuvieran una duración superior. El único requisito que exige en este caso es que se convoque una comparecencia específica para discutir la conveniencia de ampliar el plazo de los dos años y adoptarse una resolución ad hoc en la que se justifique la necesidad de mantener la medida cautelar más allá de este límite. De no hacerse, la medida cesa automáticamente al cumplirse los dos años<sup>56</sup>.

A mi entender, la respuesta del Tribunal Supremo supone un avance respecto de la interpretación que se ha venido manteniendo hasta ahora. En efecto, conforme a esta, como acabo de indicar, se admiten medidas cautelares de duración indeterminada, puesto que el límite de la sentencia firme depende del tiempo que tarde el procedimiento. De este modo, mientras que ninguna medida sancionatoria puede durar por regla general más de dos años salvo en los casos del art. 10, esa misma medida, impuesta como cautelar, podría perfectamente superar esa duración si el proceso se retrasara. Ello no solo supone tratar a los menores peor que a los adultos, lo cual es indicio de una infracción del principio de proporcionalidad, sino que, además, implica que aquello que no puede hacer el Derecho penal, puede hacerlo el instrumento para su realización, el Derecho procesal. Esta situación supone una vulneración del principio de legalidad, dado que se infringe el mandato de certeza de este al no estar predeterminada su duración máxima. Además, la interpretación que se planteaba lejos de tratar de limitar las dilaciones indebidas, venía a favorecerlas. Por mucho que se retrasara el procedimiento, siempre se podía mantener una medida cautelar sobre el menor, ciertamente no el internamiento, pero sí cabía la convivencia en grupo educativo que incluso se ha concebido en alguna sentencia

<sup>56</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 14 de febrero de 2014 (Roj: STS 864/2014).

como medida privativa de libertad<sup>57</sup> o las demás medidas recogidas en el art. 28. Frente a ello, la idea del Tribunal Supremo de que una medida cautelar no puede durar más que la definitiva implica una mejora.

Pero, a mi juicio, este paso es insuficiente. Es difícil de conciliar con la presunción de inocencia el que una persona, antes de ser enjuiciada y sin que se le haya declarado culpable, pueda cumplir la máxima sanción que quizás le pudiera corresponder de ser juzgado y declarado culpable, pero sin las garantías que rodean un juicio justo y el resultado de este, la sentencia. ¿Para qué hace falta celebrar el juicio cuando a través de medidas “provisionales y excepcionales” ya se ha conseguido el máximo o incluso más de lo que cabría obtener en aquel? La acusación puede conseguir a través de las medidas cautelares lo que quizás no podría obtener en un juicio porque, por ejemplo, el material probatorio no sea concluyente. Desde esta perspectiva, los riesgos para la presunción de inocencia son muy elevados. Este planteamiento, además, supone un enorme riesgo para el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, pues los retrasos en la investigación y en la celebración del juicio corren a cargo del acusado pese a estar amparado por la presunción de inocencia<sup>58</sup>. La investigación en los procedimientos de menores está durando de media incluso más de lo que se propone como límite máximo para la jurisdicción de adultos<sup>59</sup>. La interpretación que propone el Tribunal Supremo, aunque mejore la situación, no favorece la agilización de los procedimientos, pues apenas hay una penalización para los retrasos. Y esto se hace sacrificando o po-

<sup>57</sup> El Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 3ª), de 2 junio de 2011 (Roj: AAP SE 233/2011), entiende que la convivencia en grupo educativo es privativa de libertad y en el caso que contempla, tras la imposición de una sanción de tres años de privación de libertad por encubrimiento, cuando ya se habían cumplido 28 meses de internamiento y convivencia cautelares, se alza la medida cautelar en contra del criterio del Ministerio Fiscal. Este supuesto pone de relieve que no es difícil que una medida cautelar pueda superar la duración de la medida.

<sup>58</sup> A mi entender, soluciones como la propuesta en el Código penal de aplicar una atenuante es otro buen ejemplo de cómo se pueden violar derechos fundamentales por parte del Estado sin que ello tenga una consecuencia que disuada de su vulneración como, en cambio, acontece con otras como interceptación ilegal de comunicaciones o torturas. Si, en lugar de una atenuación, se hubiera previsto la nulidad del procedimiento, estaríamos otorgando una verdadera tutela a un derecho fundamental, incentivando, además, la celeridad de los procesos penales. En cambio, con la atenuante, el proceso se celebra y en términos generales la condena es bastante similar a la que se habría impuesto sin la atenuante, pues la pena se moverá en el mismo marco penal. Lo mismo cabe decir en el proceso penal de menores cuando se amplían los plazos de duración de la medida de internamiento, lo cual se puede explicar por el notable incremento que ha experimentado la duración de los procedimientos tras la entrada en vigor de la LORRPM.

<sup>59</sup> En efecto, CAPDEVILA CAPDEVILA/PUIG FERRER Y otros: El tiempo. *Op. Cit.*, pág. 75, indican que la duración media de la fase de instrucción es de 7 meses. El apartado seis del artículo único de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, ha modificado el art. 324 de la LECrim para fijar una duración máxima para la instrucción de 6 meses salvo que se trate de causas complejas en cuyo caso el plazo de prolonga hasta los 18 meses prorrogable por otro de igual o menor duración. Tanto en los supuestos ordinarios como en los de causas complejas, el art. 324.4 LECrim dispone que “excepcionalmente, antes del transcurso de los plazos establecidos en los apartados anteriores o, en su caso, de la prórroga que hubiera sido acordada, si así lo solicita el Ministerio Fiscal o alguna de las partes personadas, por concurrir razones que lo justifiquen, el instructor, previa audiencia de las demás partes, podrá fijar un nuevo plazo máximo para la finalización de la instrucción.”

niendo en riesgos derechos fundamentales del acusado. Por ello creo que estamos ante unas medidas que, además, cabe calificar de desproporcionadas.

En mi opinión, cabría dos alternativas de cara a fijar la duración de las medidas cautelares no privativas de libertad. La primera pasaría por afirmar que el plazo máximo de duración de estas es el mismo que el fijado para la de internamiento, de tal modo que ninguna medida cautelar, privativa de libertad o no, puede durar más de 9 meses. La otra pasaría por afirmar que las no privativas de libertad no podrían exceder de la mitad de lo que podría durar la medida definitiva que por regla general es de dos años. Esto supondría que el plazo máximo sería de 1 año. En ambos casos no habría excepciones respecto de la duración de las medidas cautelares no privativas de libertad acordadas por los delitos contemplados en el art. 10.

La situación, además, se ve agravada por la concepción que a veces se mantiene sobre las medidas cautelares en el proceso penal de menores. En este sentido Gómez Recio considera que los objetivos de las medidas cautelares no privativas de libertad “nada tienen que ver con los clásicos fines de la prisión provisional. Ni persiguen asegurar la comparecencia del menor al acto del juicio, ni impedir que obstruya la acción de la justicia, ni tampoco dificultar físicamente, mediante su reclusión en un espacio cerrado, que cometa otra infracción...Podríamos afirmar que... están orientadas... a realizar una función constitucionalmente vetada para la prisión provisional, esto es, anticipar la medida, adelantar y hacer inmediata la intervención educativa de la futura medida que se pueda imponer en sentencia”<sup>60</sup>. Como indica Valbuena, semejante concepción de las medidas cautelares supone una vulneración de la presunción de inocencia<sup>61</sup>.

Sin embargo, el problema es que de forma más o menos explícita esta es la posición que se mantiene en al menos una parte de la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales. Recientemente la Audiencia Provincial de Huelva, en relación al art. 28, tras descartar la conveniencia de aplicar un internamiento cautelar en régimen cerrado, opta por uno en régimen semiabierto complementado “con tratamiento psicológico adecuado al trastorno de déficit de atención e hiperactividad diagnosticado”. Y a continuación añade lo siguiente: “Medida que se considera idónea con arreglo a la expuesta previsión legal puesto que las medidas cautelares se hallan reguladas en el capítulo II del título tercero de la citada Ley Orgánica y tienen un carácter asegurativo y anticipativo de la intervención sancionadora-educativa que se considera conveniente en el momento de acordarse”<sup>62</sup>.

<sup>60</sup> GÓMEZ RECIO, F.: “Medidas cautelares en la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, en *Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal*. I-2002, Madrid, 2002, págs. 622 y s.

<sup>61</sup> VALBUENA GARCÍA, E.: *Medidas Cautelares*. *Op. Cit.*, pág. 359

<sup>62</sup> Auto de su Sección 1ª, de 31 de mayo de 2018 (Roj: AAP H 625/2018). El Auto 777/2018 de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 16 noviembre de 2018, (Roj: AAP T 1757/2018), indica en esta línea que “debemos recordar que las medidas cautelares a aplicar en el proceso de menores, presentan una clara singularidad respecto al proceso de adultos. No se trata únicamente, sin perjuicio de las garantías comunes a todo justiciable, de garantizar el desarrollo del proceso, sino también en superior interés del menor, determinar

En otras resoluciones sin decirlo expresamente, lo que se hace es perfilar el contenido propio de la intervención en una medida definitiva a través de la medida cautelar. Así, por ejemplo, la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Tarragona rechaza levantar una medida de internamiento cautelar con el siguiente razonamiento tras afirmar la existencia de indicios de la comisión del delito: “La decisión se basa en un pronóstico, sólidamente conformado, a partir de los informes técnicos de que el menor se encuentra inmerso en una situación de alto riesgo social que influye en su estabilidad y en sus condiciones de desarrollo socio-afectivo y de comportamiento escolar, familiar y relaciona. T. no tiene un comportamiento social ni educativo ni laboral estable ni el marco familiar ofrece seguridad para que interiorice modelos de conducta adecuada. La imputación que sustenta la adopción de la medida impugnada es una confirmación, aún provisional, de que el menor necesita un marco de protección y de corrección adecuado a sus circunstancias. Por ello consideramos que la medida de internamiento se ajusta a dicha finalidad que no puede calificarse más que como razonable y proporcional<sup>63</sup>”.

si procede articular la intervención del poder público competente en la cobertura de los déficits personales, familiares y sociales que le han colocado en la situación en la que, siempre presuntamente, le ha llevado a la comisión de los hechos que determinan la intervención de la jurisdicción de menores”.

<sup>63</sup> Auto de 8 de marzo de 2012 (Roj: AAP T 1071/2012). En el Auto de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de febrero de 2008 (Roj: AAP M 2265/2008) se dice lo siguiente: “Constatados estos indicios la medida cautelar cuestionada es adecuada para evitar el peligro de que trate de eludir la acción de la Justicia y fundamentalmente, según se recoge en la resolución recurrida, por las circunstancias personales en las que se encontraba el menor. Auto núm. 39/2008 de 26 febrero.

Las circunstancias personales del menor ponen de manifiesto una ausencia de control familiar, ya que atendiendo a las conclusiones del Informe del Equipo Técnico, el menor, de 14 años de edad, en cuanto nacido el 10 de noviembre de 1993, carece de formación, no existiendo constancia de haber sido escolarizado, no goza de adecuada supervisión por parte de su madre, con quien reside, y según la misma manifiesta, ha tenido problemas de salud mental (“de nervios”), que se desconocen y que no consta hayan sido objeto de adecuado tratamiento. Igualmente manifiesta la progenitora que el menor se relaciona con “ladrones”, y no existe constancia de una intervención eficaz por parte de los Servicios sociales. *Todo ello hace aconsejable la medida adoptada por lo que ha de ser confirmada por ser la más adecuada para el interés del menor, a fin de realizar una intervención individualizada que permita actuar sobre las áreas deficitarias de su formación y recursos y habilidades sociales*”. En este Auto no hay ni una sola referencia a cuáles son las circunstancias de las que cabe inferir el riesgo de eludir la acción de la justicia y todo se centra en el análisis de las circunstancias personales que le llevan a decir que el menor requiere una intervención para paliar los déficits educativos que presenta. Esto es el objeto de las sanciones previstas en la LORRPM y no de una medida cautelar. Esta motivación supone una vulneración de la presunción de inocencia. El Auto de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Logroño, de 14 de julio de 2006 (Roj: AAP LO 184/2006) señala que, una vez constatados los indicios de criminalidad, “el artículo 28.2 de la Ley Orgánica 5/2000 determina que para la adopción de la medida de internamiento se valorarán siempre las circunstancias personales y sociales del menor. Y de los informes emitidos se desprende que el acusado, al igual que los restantes, “requieren una intervención educativa y resocializadora, al detectarse evidentes e importantes factores de riesgo, con grave déficit de escolarización, desestructuración familiar y carencia de modelos de referencia, impulsividad, recurso a la violencia y escasa capacidad para anticipar y prevenir las consecuencias de sus actos, resultando más que adecuada a su interés la adopción de la medida.

Tampoco se ha infringido la regla de tratamiento, puesto que en un primer momento es suficiente la gravedad de la infracción para justificar la medida cautelar adoptada (SSTC 128/1995, 62/1996 y 60/2001), cuando, como en el presente caso acontece, como se ha dicho, lo exige el interés superior del menor por el carácter educativo y resocializador de la medida”. Lo que aquí se perfila es el contenido de una sanción y no de una

La Audiencia Provincial de Madrid<sup>64</sup>, en el caso de un menor de 17 años que había cometido un atraco mientras cumplía la libertad vigilada correspondiente al segundo periodo de la medida de internamiento que se le había impuesto, pues tenía ya tres expedientes, confirma la procedencia de un internamiento cautelar. Y ello porque “además se encuentra en una evidente situación de riesgo, por el consumo de alcohol y drogas, hachís y cocaína, en el que se inició a la temprana edad de 12 años, teniendo en la actualidad 17 años, lo que unido al abandono de su formación académica y ociosidad, su relación con otros jóvenes con conductas disociales, agresividad, y la mala relación que mantiene con su progenitora, no es contrario al interés del menor la adopción de una medida cautelar de contención y control, que permitiera una intervención con el menor incidiendo en los déficits detectados en los que han resultado infructuosas otras medidas de menor contención, siendo necesaria la duración inicial impuesta para alcanzar los objetivos establecidos en el modelo individualizado de intervención”.

En estas resoluciones y en otras dictadas por las Audiencias Provinciales se hace un razonamiento en el que la medida cautelar se fundamenta sobre la existencia de indicios de la comisión de un delito y la necesidad de intervenir a la vista de las de la situación de riesgo social en la que se encuentra el menor. Con ello se termina obviando una de las circunstancias que pueden justificar las mismas: la existencia del *periculum in mora*. En efecto, como muy bien ha destacado la Fiscalía General del Estado, en el art. 28.1 se contemplan las cuestiones comunes a todas las medidas cautelares. Esto significa que cualquiera de ellas, incluido el internamiento cautelar, requerirá para poderse imponer de forma legítima, tal como indica este precepto, “indicios racionales de la comisión de un delito y el riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia por parte del menor o de atentar contra los bienes jurídicos de la víctima”<sup>65</sup>.

En el apartado segundo del art. 28 se dice que para acordar la medida de internamiento cautelar “se atenderá a la gravedad de los hechos, valorando también las circunstancias personales y sociales del menor, la existencia de un peligro cierto de fuga, y, especialmente, el que el menor hubiera cometido o no con anterioridad otros hechos graves de la misma naturaleza”. Como bien interpreta la Fiscalía, dos son las cuestiones que hay que resaltar del apartado segundo del art. 28: “la primera es la de que pese a la desordenada enumeración de los parámetros fundadores del internamiento cautelar, debe partirse de que el riesgo de fuga ha de ser el factor principal a tener en cuenta. En segundo lugar, debe entenderse que a través del parámetro relativo a las circunstancias personales y sociales del menor podrá calibrarse en toda su dimensión operativa el principio del superior interés del

medida cautelar, de tal manera que al amparo de la segunda se anticipa la segunda, vulnerando así el principio de presunción de inocencia”.

<sup>64</sup> Auto de 31 enero de 2011 (Roj: AAP M 1929/2011).

<sup>65</sup> Así lo proclama en su Circular 1/2007, de 26 de noviembre.

menor.” Por ello cuando este precepto en su apartado segundo “se refiere a la valoración de si el menor hubiera cometido o no con anterioridad otros hechos graves de la misma naturaleza, pese a la defectuosa formulación, ha de entenderse que el Legislador tiene in mente el riesgo de reiteración delictiva”. A la vista de lo anterior, la Fiscalía concluye con razón que los únicos fines que se pueden perseguir legítimamente con el internamiento cautelar son “el de evitar el riesgo de fuga, conjurar el riesgo de oscurecimiento del proceso mediante la destrucción de fuentes de prueba, hacer frente al riesgo de reiteración delictiva y evitar nuevos atentados contra bienes jurídicos de la víctima”. Estas son circunstancias que ha de constatar el Juzgado de Menores, quien, aclarado lo anterior, ha de motivar la conveniencia de la medida cautelar adoptada. Y esto no se puede fundamentar con las necesidades educativas que haya podido percibir el equipo técnico en su informe ni con las sanciones que para paliarlas pueda estimar convenientes, pues esto es el objeto de la medida que se pueda acordar en caso de ser declarado culpable. Por ello tampoco cabe sostener como, sin embargo, recientemente ha sostenido la Audiencia Provincial de Valencia que “del tenor de las siguientes normas de la LORRPM se desprende la competencia del Equipo Técnico de Menores para determinar la medida más adecuada al interés de la persona sujeta a la misma”. En apoyo de esta afirmación cita no solo el art. 28 sino también los arts. 13 y 51 LORRPM, así como lo que dice la Exposición de Motivos acerca de la medida de internamiento. Frente a ello hay que resaltar que la determinación de las medidas cautelares más adecuadas para evitar el *periculum in mora* son competencia de los jueces. Además, en muchas ocasiones la justicia penal de menores está utilizando las medidas cautelares no para evitar el *periculum in mora*, sino para suplir la falta de actuación de las entidades de protección o al menos para paliar sus limitaciones, o directamente para anticipar el contenido de la sanción<sup>66</sup>. Por muy loables que puedan ser los fines perseguidos con estas resoluciones, cabe recordar que las funciones de reforma y protección están taxativamente separadas y así debe seguir siendo, pues de todos son sabidas las funestas consecuencias que semejante unión trajo consigo durante la vigencia de los modelos tutelares y, en segundo lugar, que las medidas cautelares no están dirigidas a anticipar el contenido de las sanciones. Por ello sería conveniente que se plantearan por las defensas de los menores en estos supuestos recursos de amparo al Tribunal Constitucional.

Por último, cabría plantearse si es legítimo admitir como indicio de criminalidad la declaración del menor, realizada ante el equipo técnico encargado de realizar el informe pericial sobre medidas cautelares. La Audiencia Provincial de Toledo

<sup>66</sup> En cambio, el Auto de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 19 diciembre de 2018 (Roj: AAP B 10102/2018), analiza la cuestión debidamente desde la perspectiva del *periculum in mora*, exigiendo respecto de un menor que no tiene domicilio fijo la adopción de una medida de protección y aplicar como medida cautelar una libertad vigilada en lugar de medida de internamiento decretada por el Juzgado de Menores.

entiende que “aunque guarden en determinados extremos similitud, desde el punto de vista procesal son evidentes las diferencias entre una declaración del menor a presencia del instructor, Letrado defensor y quien ejerce sobre aquél la patria potestad, tutela o guarda (diligencia procesal) y la entrevista semiestructurada que lleva a cabo el equipo técnico como método de estudio para evaluar la conducta del menor, la posible identificación de trastornos psicológicos, sus causas orgánicas, ambientales y personales para programar su tratamiento y seguimiento posterior.

Entendemos, por ello, que no son equiparables a los fines de constatar el pleno respeto de las garantías que el legislador establece la forma en que debe practicarse la declaración del menor detenido a presencia del Instructor con el modo de llevarse a cabo los métodos o pruebas de valoración del menor, independientemente del valor que pueda atribuirse a las apreciaciones recogidas en dicho informe en torno a lo que pudo o no reconocer el menor.

En síntesis, consideramos que no aparece acreditada la concurrencia de una infracción de las garantías procesales básicas del menor que hayan generado una situación de indefensión efectiva de manera directa o indirecta”<sup>67</sup>.

A mi entender, la conclusión a la que llega la Audiencia Provincial no es convincente. Hay que tener presente que con base a la declaración del menor y otros datos el equipo técnico elabora su informe en el que aquel, por regla general, propone una medida. Esta suele ser la que luego solicitará la Fiscalía y la que en gran medida impone el juez de menores. En efecto, en un estudio realizado se observó que la Fiscalía en el 65% de los casos solicitó la misma medida que propuso el equipo técnico y que en el 87% de los casos analizados el juez de menores impuso la sanción propuesta por el Fiscal, lo que implica que en el 59% de las ocasiones la sentencia terminó asumiendo la propuesta del equipo técnico<sup>68</sup>. Su contribución a la acusación parece fuera de toda duda y ello no deja de ser coherente con la propia regulación cuando el art. 27.1 LORRPM indica que el equipo técnico depende funcionalmente del Ministerio Fiscal, es decir, es un ente al servicio de la parte acusadora. De nada sirve que se exija la presencia del letrado en las declaraciones ante el Fiscal si luego este puede tener acceso a las realizadas ante un órgano que está a su servicio y en las que no está presente el letrado del acusado. Por ello las declaraciones ante el equipo técnico deberían estar rodeadas de las mismas garantías que si se realizasen en presencia del Ministerio Fiscal. Quizás la conclusión sería diversa si realmente el equipo técnico se configurase como un ente verdaderamente independiente de todas las partes. En cualquier caso, mientras la

<sup>67</sup> Auto de su Sección 2ª, de 16 septiembre de 2009 (Roj: AAP TO 527/2009).

<sup>68</sup> ALCÁZAR/BOUSO/VERDEJO: “Análisis descriptivo de la actividad del Equipo Técnico de la Fiscalía de Menores de Toledo. Años 2001 al 2012” en *Anuario de Psicología Jurídica*, nº 25, 2015, págs. 103 y s. En este estudio no se contabilizaron como casos de coincidencia los supuestos en los que durante la fase de audiencia el equipo propuso una medida distinta a la propuesta en su informe, aunque finalmente fuera la impuesta.

situación se mantenga, los letrados defensores debieran o aconsejar al acusado que no efectúe declaración alguna ante el equipo técnico o bien reclamar que la misma no se haga si no es en su presencia.

## **5. Registro Central de Delincuentes Sexuales y sistema de justicia juvenil**

### **5.1. *Las directrices internacionales***

El art. 5.3 del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual dispone lo siguiente: “Cada Parte adoptará, de conformidad con su derecho interno, las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las condiciones de acceso a las profesiones cuyo ejercicio conlleve el contacto habitual con niños garanticen que los aspirantes a ejercer dichas profesiones no hayan sido condenados por actos de explotación o abuso sexual de niños”.

Aquí lo que se exige de los Estados es que adopten las medidas necesarias para evitar que los condenados por delitos sexuales cometidos sobre menores puedan acceder a profesiones cuyo ejercicio conlleve el contacto habitual con niños.

Por su parte, el art. 10.1 de la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, establece que “A fin de evitar el riesgo de reincidencia en los delitos, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que una persona física que haya sido condenada por una infracción contemplada en los artículos 3 a 7 pueda ser inhabilitada, con carácter temporal o permanente, para el ejercicio de actividades, al menos profesionales, que impliquen contactos directos y regulares con menores”. En los art. 3 a 7 se alude a delitos de abusos sexuales sobre menores, pornografía infantil, explotación sexual de menores y embaucamiento sexual de menores. Aquí se habla de la inhabilitación temporal o permanente para actividades, al menos profesionales que impliquen contactos directos y regulares con menores, es decir, según la Directiva parece que también se podrían prohibir otras labores que no sean profesionales, yendo así un poco más lejos que el Convenio de 2007.

### **5.2. *La incorporación de la normativa internacional al Derecho interno***

El Código penal, mediante la reforma operada a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, introdujo el art. 129 bis. En él se prevé que los jueces o tribunales en delitos graves, entre ellos, los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, podrán “acordar la toma de muestras biológicas de su persona y la reali-

zación de análisis para la obtención de identificadores de ADN e inscripción de los mismos en la base de datos policial”. Esta decisión potestativa solo la podrán decretar “cuando de las circunstancias del hecho, antecedentes, valoración de su personalidad, o de otra información disponible pueda valorarse que existe un peligro relevante de reiteración delictiva”.

Además, en el art. 192.3 introduce para los responsables de los delitos contemplados los Capítulos II bis y V “una pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por un tiempo superior entre tres y cinco años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, o por un tiempo de dos a diez años cuando no se hubiera impuesto una pena de prisión atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los delitos cometidos y a las circunstancias que concurran en el condenado”.

Por su parte, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, para dar cumplimiento a estos textos internacionales, incorpora un apartado quinto en el art. 13 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que reza así: “Será requisito para el acceso y ejercicio a las profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con menores, el no haber sido condenado por sentencia firme por algún delito contra la libertad e indemnidad sexual, que incluye la agresión y abuso sexual, acoso sexual, exhibicionismo y provocación sexual, prostitución y explotación sexual y corrupción de menores, así como por trata de seres humanos. A tal efecto, quien pretenda el acceso a tales profesiones, oficios o actividades deberá acreditar esta circunstancia mediante la aportación de una certificación negativa del Registro Central de delincuentes sexuales”.

En la Disposición final decimoséptima de la Ley 26/2015, se prevé la creación de un “registro central de delincuentes sexuales”. En efecto, en la misma se dispone lo siguiente: “El Gobierno, a propuesta del Ministerio de Justicia, oído el Consejo General del Poder Judicial y la Agencia de Protección de Datos, dictará en el plazo de seis meses desde la publicación de esta Ley, las disposiciones reglamentarias oportunas relativas a la organización del Registro Central de delincuentes sexuales en el Registro Central de Penados y en el Registro Central de Sentencias de Responsabilidad Penal de los Menores, integrándose en el sistema de registros de apoyo a la Administración de Justicia, así como el régimen de inscripción y cancelación de sus asientos y el acceso a la información contenida en aquél, asegurando en todo caso su confidencialidad. Se formará, al menos, con los datos relativos a la identidad y perfil genético (ADN) de las personas condenadas por los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, en los que incluyen la agresión y abuso sexual, acoso sexual, exhibicionismo y provocación sexual, prostitución y explotación

sexual y corrupción de menores. La Administración General del Estado colaborará con las autoridades competentes de los Estados miembros de la Unión Europea para facilitar el intercambio de información en este ámbito”.

El texto del proyecto de Ley presentado en el Congreso de los Diputados inicialmente hacía referencia a “el no haber sido condenado por sentencia firme por delitos contra la libertad e indemnidad sexual, trata de seres humanos, o explotación de menores”. Sin embargo, gracias a la enmienda nº 230 del Grupo Parlamentario Popular en el Senado, durante la tramitación en este se cambió este inciso por el siguiente: “el no haber sido condenado por sentencia firme por algún delito contra la libertad e indemnidad sexual, que incluye la agresión y abuso sexual, acoso sexual, exhibicionismo y provocación sexual, prostitución y explotación sexual y corrupción de menores, así como por trata de seres humanos”. Se justificaba en la necesidad de adaptar este inciso a la nueva regulación del Código penal, procediendo a enumerar todos los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.

En la justificación se aclaraba que no se habían mencionado otros tipos delictivos (“los delitos de incitación al odio y a la violencia previstos en los artículos 510, 511 y 512 del Código Penal, así como los relativos a organizaciones o grupos terroristas o terrorismo, genocidio o de lesa humanidad”) porque en ellos ya se había previsto expresamente la inhabilitación especial para el ejercicio de profesión relacionada con menores.

Por último, añadía que no cabía aludir a explotación de menores como un tipo penal diverso a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, dado que se recoge en el mismo título, siendo así que la explotación abarca tanto a mayores y menores mientras que la corrupción se refiere exclusivamente a menores.

Por otra parte, el Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre, por el que se regula el Registro Central de Delincuentes Sexuales, es el encargado de regular “la organización y contenido del Registro Central de Delincuentes Sexuales, así como los procedimientos de inscripción, acceso, cancelación, rectificación y certificación de la información en él contenida”.

El Real Decreto señala que con la creación del Registro se pretenden alcanzar diversos objetivos. En primer lugar, se busca la “prevención y protección de los menores frente a la delincuencia de naturaleza sexual”. En segundo lugar, se pretende “facilitar la investigación e identificación de los autores de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, así como de trata de seres humanos con fines de explotación sexual, incluyendo la pornografía, con independencia de la edad de la víctima”<sup>69</sup>.

<sup>69</sup> El Real Decreto entre ambos objetivos señala lo siguiente: “En segundo término, se desarrolla un sistema para conocer si quienes pretenden acceder y ejercer profesiones, oficios y actividades que impliquen un contacto habitual con menores carecen de condenas, tanto en España como en otros países, por los delitos a los que se refiere este real decreto”. En realidad, este es el instrumento que permite la satisfacción de los fines

El régimen de cancelación de las inscripciones en el Registro central de delincuentes sexuales se fija en función de la edad de la víctima y del condenado. Cuando ambos son mayores de edad, la cancelación se hace coincidir con la de los antecedentes penales conforme a los plazos y los requisitos fijados en el art. 136 del Código penal de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.1 a) Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre, por el que se regula el Registro Central de Delincuentes Sexuales y art. 19 Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia. Por tanto, para la cancelación es preciso que, una vez extinguida la responsabilidad, hayan transcurrido los siguientes plazos:

- a) Seis meses para las penas leves.
- b) Dos años para las penas que no excedan de doce meses y las impuestas por delitos imprudentes.
- c) Tres años para las restantes penas menos graves inferiores a tres años.
- d) Cinco años para las restantes penas menos graves iguales o superiores a tres años.
- e) Diez años para las penas graves.

Cuando el condenado por delitos sexuales es mayor de edad y la víctima es menor de edad, la cancelación de la inscripción en el Registro central de delincuentes sexuales tendrá lugar a los 30 años. En este caso es irrelevante la gravedad del delito.

Finalmente, cuando el condenado es menor de edad el plazo de cancelación de las inscripciones será de 10 años con independencia de la gravedad de delito y de la edad de la víctima, de conformidad con lo dispuesto en el art. 24 del Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia al que se remite el art. 10.1 a) Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre, por el que se regula el Registro Central de Delincuentes Sexuales. Hay que tener presente en este caso que el plazo se cuenta a partir del momento en que el condenado ha alcanzado la mayoría de edad y siempre que ya haya cumplido la medida.

Otro aspecto importante a destacar es que la Disposición adicional segunda del mencionado Real Decreto 1110/2015 ha dispuesto que “Los datos relativos a penas y medidas de seguridad por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, así como por trata de seres humanos con fines de explotación sexual, incluyendo la pornografía, que figuren inscritos en el Registro Central de Penados y en el Registro Central de Sentencias de Responsabilidad Penal de los Menores con anterioridad a la entrada en vigor del presente real decreto, se remitirán automáticamente al Registro Central de Delincuentes Sexuales en el estado en que se encuentren”.

mencionados: la protección de los menores frente a delitos sexuales y la facilitación de la investigación de los mismos se podrá alcanzar gracias al Registro.

### 5.3. *Los problemas que suscita la interpretación de la regulación*

A la vista de lo dispuesto en el Código penal, podemos comprobar que la pena de inhabilitación especial solo es de aplicación cuando la víctima tiene menos de 16 años, excluyendo la aplicación de esta sanción a los menores de entre 16 y 18 años. Por otro lado, parece que se deberían excluir de la aplicación de esta pena los delitos cometidos sobre víctimas mayores de edad, pues con la mención del Capítulo II bis se está dejando muy claro que se pretende abarcar únicamente los delitos sexuales cometidos sobre menores y no las figuras paralelas realizadas sobre adultos. Esta interpretación, además, es coherente con los textos internacionales antes vistos.

En cambio, es claro que la regulación introducida en la Ley de Protección Jurídica del Menor en el apartado quinto del art. 13 por medio de la reforma realizada por la Ley 26/2015 ha ido mucho más allá de lo exigido por los textos internacionales. En efecto, tanto el Convenio como la Directiva prevén la inhabilitación únicamente para personas condenadas por delitos sexuales en los que la víctima fuera menor de edad. En cambio, el art. 13.5 incluye todos los delitos sexuales con independencia de si se cometen sobre menores o adultos. De hecho, la modificación que se efectuó durante la tramitación del Proyecto de Ley en el Senado quitó la referencia a menores que acompañaba a la explotación porque esta incluye en el Código penal también a los adultos. Por tanto, una vez más, el legislador español introduce cuestiones en nuestro Derecho que van más allá de lo exigido por los textos internacionales sin necesidad de justificación alguna.

Además, mientras el Convenio se refiere exclusivamente al ejercicio profesional y la Directiva solo obliga a prever la inhabilitación para las actividades profesionales, la normativa española alude a “profesiones, oficios o actividades”. El primer problema que suscita la regulación es la naturaleza de esa prohibición de acceder a “profesiones, oficios o actividades”. Como hemos visto, el Código penal ha dicho abiertamente que se trata de una inhabilitación especial, lo cual de nuevo es coherente con la Directiva que también califica la medida de inhabilitación. A mi entender, una prohibición de desempeñar profesiones, oficios o actividades” que en el caso de condenados adultos y víctimas menores es de 30 años, es decir, mucho más grave que la prevista en el art. 192.3 del Código penal, que se impone obligatoriamente por la comisión de cualquier delito sexual no puede ser otra cosa que una sanción penal<sup>70</sup>. En este sentido, veo muy difícil que el Tribunal Europeo de Dere-

<sup>70</sup> MONTSERRAT SÁNCHEZ-ESCRIBANO, M<sup>a</sup> I.: “Comentario al art. 1.8”, en MONJE LLEDÓ YAGÜE/FERRER VANRELL/TORRES LANA/ACHÓN BRUÑÉN (dir.): *Estudio sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de Julio de Modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, Dykinson, 2018, pág. 250, considera que en principio se trataría de una norma administrativa, pero que materialmente vendría a plasmar una auténtica sanción penal, puesto que se vincula a la comisión de un hecho delictivo. En el mismo sentido, LLEDÓ BENITO, I.: “El artículo 13.5 de la Ley de Protección Jurídica del Menor: certificado negativo de delitos de naturaleza sexual en las profesiones y oficios con contacto habitual con menores de

chos Humanos (en adelante TEDH) llegara a conclusión distinta con su concepción material, pues se aplica en virtud de la comisión de un delito, tiene un contenido idéntico al de una pena prevista en el Código penal e incluso es más grave que esta<sup>71</sup>.

Otra cuestión que suscita es la interpretación de actividades. En mi opinión, dada la redacción de los textos internacionales en cuyo cumplimiento se dice actuar, el término debería concebirse como la realización de otras tareas similares a las propias de una profesión u oficio. Este sería el caso del voluntariado<sup>72</sup> u otras manifestaciones de trabajo no remunerado. De no hacerse así, ello tendría funestas consecuencias en el ámbito de la justicia juvenil. En efecto, si el término actividades se interpreta en sentido amplio, un menor de 15 años condenado por un abuso sexual consistente en tocarle sorpresivamente las nalgas a una profesora por haber hecho una apuesta con unos compañeros, no podría volver a pisar un colegio. E incluso el menor condenado por un delito sexual no podría cumplir las medidas impuestas por el mismo ni en medio cerrado ni en medio abierto, puesto que ello implicaría el contacto con otros menores. Y esto supondría que una Ley ordinaria y un Real Decreto han cambiado el régimen de ejecución establecido por la Ley orgánica 5/2000.

Además, estamos en presencia de una medida que afecta gravemente a los fines perseguidos por la LORRPM, la educación y la inserción social, puesto que no podrían realizar ninguna actividad que tuviera relación con los menores por la realización de un hecho que en la mayor parte de las ocasiones es algo puramente episódico y que es debido a que todavía no se han terminado de completar los procesos socializadores. Y ello se hace de forma consciente como se puede ver en la Exposición de Motivos del Real Decreto 1110/2015. A la hora de explicar los plazos de cancelación dice lo siguiente: “El régimen de cancelación de las inscrip-

edad”, en SUÁREZ LÓPEZ/BARQUÍN SANZ/BENÍTEZ ORTÚZAR/SAINZ-CANTERO CAPARRÓS (Dir.): *Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*. Vol. II. Dykinson, 2018, pág. 2123; SALAT PAISAL, M.: “Las consecuencias sancionatorias aplicables a los delincuentes sexuales tras las últimas reformas legislativas”, en *Estudios penales y criminológicos*, Nº. 36, 2016, págs. 325 y s.

<sup>71</sup> Recientemente reiteraba el TEDH en la Sentencia de la Gran Sala en el caso G.I.E.M. S.R.L. y otros contra Italia, de 28 de junio de 2018, que el concepto de pena a los efectos del art. 7 del Convenio es una noción autónoma, indicando que para garantizar la efectividad de la protección dispensada por dicho precepto, el Tribunal tiene que ser libre de ir más allá de las apariencias y evaluar si una medida concreta equivale materialmente a una pena. Se trata de una idea que ya había recogido, por ejemplo, en el caso Welch contra Reino Unido, de 9 de febrero de 1995, apartado 27 y en el caso Jamil contra Francia, de 8 de junio de 1995, apartado 30; Scoppola contra Italia (nº 2), de 17 de septiembre de 2009, apartado 96.

<sup>72</sup> El art. 8.4 de la Ley 45/2015, de 14 de octubre, de Voluntariado ya ha previsto esto para los voluntarios. En efecto, el apartado 4 dispone lo siguiente: “Será requisito para tener la condición de voluntarios en entidades de voluntariado o programas cuyo ejercicio conlleve el contacto habitual con menores, no haber sido condenadas por sentencia firme por delitos contra la libertad e indemnidad sexual, trata y explotación de menores. A tal efecto, deberán acreditar esta circunstancia mediante la aportación de una certificación negativa del Registro Central de Penados por estos delitos”. Esta Ley no se detiene aquí, el apartado quinto del art. 8 dispone lo siguiente: “”

ciones del Registro Central de Delincuentes Sexuales se establece en función de la edad de la víctima y del condenado. Si la víctima fuera mayor de edad, la cancelación se hace coincidir con la de los antecedentes penales, sin que se extienda la vigencia de la inscripción más allá de los efectos que el Código Penal establece atendiendo a la gravedad del delito cometido.

Por el contrario, si la víctima tuviera la condición de menor de edad, se considera conveniente seguir un régimen distinto en relación con los límites temporales establecidos para la cancelación de los antecedentes penales y ampliar la duración de la inscripción hasta 30 años, atendiendo a la específica función y finalidad de las inscripciones de este registro, que no se constituyen como una pena sino como una medida para la protección de la infancia y adolescencia. Ello no se opone a los principios de proporcionalidad, necesidad o reinserción pues no impide que los antecedentes penales sean cancelados en el plazo establecido legalmente, sin que dichas inscripciones sean consideradas a efectos de reincidencia.

No obstante, si el condenado fuera menor de edad en el momento de la comisión del delito, no será de aplicación lo anterior, sino que se estará al plazo de cancelación de los antecedentes penales con la finalidad de posibilitar la reinserción de los menores infractores y evitar su estigmatización”.

Como se puede ver, es claro que se está reconociendo que un plazo de 30 años para la cancelación afectaría a la reinserción de los menores condenados y los estigmatizaría. Y si ello es así, ¿por qué se indica que no afecta a la reinserción de los adultos? Y, en segundo lugar, ¿por qué un plazo de 30 años compromete la inserción social de los menores y no uno de 10 años? El problema no es el plazo sino la medida misma.

No solo la interpretación de profesión, oficio o actividad plantea problemas sino también la referencia a que los mismos impliquen un contacto habitual con menores. Sobre este tema se ha pronunciado la Agencia Española de Protección de Datos, en su Informe 0401/2015, llegando a la conclusión de que “no es suficiente que en determinadas profesiones exista un contacto habitual con menores, lo que sucedería en la mayoría de las profesiones destinadas hacia la prestación de servicios para el público en general, sino que la profesión en sí misma implique, por su propia naturaleza y esencia, un contacto habitual con menores”. Así, por ejemplo, no es preciso exigir el certificado negativo de antecedentes por delitos sexuales a los conductores de autobuses por el hecho de que entre los pasajeros viajen menores de edad. En cambio, sí que habría que pedirlo al conductor de autobús de una línea escolar, pues en este caso sí que su trabajo que implica un contacto habitual con menores.

Otro aspecto que llama la atención es la referencia a la proporcionalidad. Mientras en los delitos sexuales cometidos por adultos sobre víctimas mayores de edad se establecen los plazos de cancelación en función de la gravedad del delito, en el

resto de los supuestos se establece un plazo único sea cual sea la gravedad del delito sexual. Se dice que no se afecta a dicho principio porque la inscripción no es una pena, sino una medida de protección de la infancia y la adolescencia. Además, no impide la cancelación de los antecedentes penales en los plazos previstos en el Código penal, no pudiéndose utilizar a efectos de apreciar la reincidencia. No se entiende por qué el ejecutivo se centra en lo que no hace la regulación (no impedir la cancelación de antecedentes penales a efectos de la reincidencia) y no en lo que sí provoca: la inhabilitación para cualquier profesión, oficio o actividad que tenga suponga un contacto habitual con menores de edad. No se trata de crear una base de datos que permita facilitar la investigación y persecución de los delitos sexuales como se hace en otros países, sino que aquí la inclusión en la misma supone una inhabilitación motivada por la comisión de cualquier delito sexual.

#### 5.4. *Los problemas de constitucionalidad de la normativa nacional*

Molina Blázquez entiende, con razón, que la regulación contenida en el Real Decreto 1110/2015 es inconstitucional. Y ello, en primer lugar, porque este texto invade competencias que estas reservadas a la Ley<sup>73</sup>, pues su regulación va referida a datos personales, afecta al principio de reinserción social, las certificaciones solo se pueden solicitar en los casos establecidos en la ley, tal como ha indicado el propio Tribunal Constitucional en su Sentencia 144/1999, de 22 de julio, y por último la inhabilitación que establece afecta a derechos de los ciudadanos sin que quede claro que no tiene naturaleza penal<sup>74</sup>.

En segundo lugar, considera esta autora que esta regulación viola el principio constitucional de proporcionalidad. En efecto, en su análisis llega a las siguientes conclusiones: “a) parece evidente que se ajustaría más al principio de proporcionalidad que la medida de inhabilitación no fuera indiscriminada, sino que se tuviera en cuenta la gravedad del delito cometido, la edad de la víctima y el pronóstico de reincidencia del delincuente para imponerla; b) que sería más ajustado al principio

<sup>73</sup> Se trata de un aspecto sobre el que ya avisó el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Proyecto de Real Decreto por el que se regula el Registro Central de Delincuentes Sexuales, indicando lo siguiente: “la técnica de producción normativa utilizada por el legislador, que ha renunciado a articular la configuración del registro en aspectos tales como su contenido, acceso, tratamiento de los datos incorporados al mismo y su cancelación, así como la certificación de sus datos, siquiera a través de una ley ordinaria, como rectamente deberían haberse regulado, en la medida en que se ven concernidos derechos de raigambre constitucional – intimidad y vida privada y autodeterminación informativa- que entran en liza y cuya confluencia debe ser resuelta mediante la aplicación de principios constitucionales. La reserva de ley se impone tanto por lo dispuesto en el artículo 18.4 CE como por lo previsto en el artículo 105 b) de la CE, pues si aquella reserva a la ley el tratamiento de los datos personales, este deja a la ley la regulación del acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos. De forma que al dejar al desarrollo reglamentario la regulación de los aspectos esenciales, no meramente accesorios, de dichos derechos se incurre en una deslegalización excesiva o en un exceso de habilitación que necesariamente ha condicionado el contenido de la norma proyectada que es objeto de informe, y condiciona asimismo una eventual posterior modificación, confiriendo al ejecutivo potestades normativas que, sin embargo, aparecen reservadas al poder legislativo”.

<sup>74</sup> MOLINA BLÁZQUEZ, C.: A propósito. *Op. Cit.*, págs. 6 y ss.

de proporcionalidad que el plazo de cancelación de los datos obrantes en el Registro coincidiera, como norma general, con el plazo de cancelación de los antecedentes penales, y que solo se prolongara más allá de dicho plazo en los casos de reincidencia en delitos sexuales graves; y d) que para preservar el principio de reinserción social sería conveniente que, incluso en los casos de plazos de cancelación prolongados, se previera algún procedimiento de cancelación anticipada<sup>75</sup>.

Por último, entiende la mencionada autora que se vulnera el principio de irretroactividad porque aquí, a diferencia del caso francés, no se trata simplemente de estar inscrito en un registro, sino que esta inscripción lleva aparejada una inhabilitación<sup>76</sup>.

Esta acertada fundamentación de la inconstitucionalidad del Real Decreto 1110/2015 ha sido asumida por el la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Zaragoza, de 3 de febrero<sup>77</sup>. Sin embargo, la Sección Segunda de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en su Sentencia 312/2019, de 30 de abril, tras descartar la legitimación de la demandante para impugnar indirectamente una disposición general, rechaza la fundamentación que ofreció el Juzgado con los argumentos que sobre este tema ha ido proporcionando la Audiencia Nacional.

La Audiencia Nacional se ha ocupado de este tema en varias sentencias. Así, por ejemplo, en la de 7 de junio de 2018 indica, en primer lugar, que no se plantean problemas con el art. 9.3 CE, pues “la incorporación al RCDS de datos relativos a condenas anteriores se preveía en la propia normativa con rango legal al margen de la data de la entrada en vigor del RD 1110/2015 y sin que la constancia registral de las condenas tenga, "per se", este carácter que viene a defender el recurrente al referirse al principio de tipicidad hablando de una «sanción encubierta»”. Para llegar a esta conclusión se apoya en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, citando, entre otros el caso Gardel. En este el TEDH consideró que la inscripción en un registro de delincuentes sexuales con la obligación de justificar la dirección postal del inscrito cada seis meses y de comunicar cualquier cambio de domicilio en el plazo de seis meses no constituye una pena. Tras recordar los criterios que suele emplear para determinar si una medida se puede considerar como una pena, empieza por reconocer que la inscripción se impuso tras la condena a una pena de prisión de más de cinco años por delitos sexuales. Esto, en principio, apunta a su calificación como pena. Pero a continuación añadía que, según el Tribunal Constitucional francés, no constituye una pena sino una medida de orden público y la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su art. artículo 706-53-1 dispone que el registro de delincuentes sexuales tiene como objetivos evitar que los

<sup>75</sup> Págs. 8 y ss.

<sup>76</sup> Págs. 13 y ss.

<sup>77</sup> Roj: SJCA 8/2018

delincuentes sexuales puedan volver a reincidir, así como identificar y localizar a los autores. Frente a la alegación de que la medida tiene un carácter punitivo, el TEDH entiende que su finalidad es evitar la reincidencia. El conocimiento de la dirección por parte de las fuerzas de seguridad por mor de su inclusión en el registro tiene un efecto disuasorio sobre los inscritos y, además, facilita las investigaciones policiales. Por tanto, se trata de una medida de tipo disuasorio y preventivo, no teniendo un carácter represivo, por lo que no constituye una pena. Por ello no estaba sujeta al principio de irretroactividad<sup>78</sup>.

La Audiencia Nacional señala que la inscripción en el Registro central de delincuentes sexuales no está sujeta a que los antecedentes penales pudieran haberse cancelado antes de la entrada en vigor del Real Decreto 1110/2015. La cancelación no se ha producido no solo por la inactividad de la Administración sino del propio condenado. La cancelación efectiva de los antecedentes se produjo después de la entrada en vigor del Real Decreto y al ser la víctima menor de edad y el autor mayor de edad (tenía 18 años cuando realizó el delito), el plazo de cancelación de antecedentes del Registro Central de delincuentes sexuales es de 30 años. De ahí que la cancelación de los antecedentes penales conforme al art. 136 del Código penal no afecte a las inscripciones en el Registro Central de delincuentes sexuales. Esto, continúa la Audiencia Nacional, “tiene su lógica en el sistema diseñado guiado por el derecho fundamental y preferente de los menores en su protección frente a este tipo de conductas aberrantes entre las que se incluye sin ningún tipo de dudas la pornografía infantil y la naturaleza de medida de seguridad confirmada por el TEDH”.

Prosigue la Audiencia Nacional indicando que de conformidad con la finalidad perseguida es comprensible que el plazo para la cancelación de la inscripción en el Registro central de delincuentes sexuales sea superior al previsto para la de los antecedentes penales previsto en el Real Decreto 95/2009, sin que esto infrinja el principio de proporcionalidad, puesto que “solo así se cumple la finalidad preventiva y de protección vinculada a la inscripción que permite garantizar el no acceso a determinadas profesiones que pueden colocar en una situación de especial vulnerabilidad a los menores frente a estos delitos”.

Para la Audiencia Nacional, con el Registro Central de delincuentes Sexuales “no se está implementando una pena accesoria de inhabilitación especial al margen de la condena penal impuesta en la medida que, para el acceso a y ejercicio de determinadas profesiones que " impliquen contacto habitual con menores", se exija la aportación de dicha certificación negativa”. Recuerda que para muchas profesiones se establecen restricciones (edad, aptitud psíco-física, etc.) y lo que hay es que comprobar si están justificadas. “A tal efecto ha de partirse de que se están manejando intereses de gran importancia - los de los menores - y que lo que se

<sup>78</sup> STEDH en el caso Gardel contra Francia, de 17 de diciembre de 2009, apartados 39 y ss.

pretende es garantizar que estas personas en tanto en cuanto se encuentren en ámbitos que les puedan hacer especialmente vulnerables no estén bajo la acción directa de otras personas que no respondan a los más altos estándares éticos y de aptitud, personas que puedan prevalerse, por razones de confianza o superioridad propiciadas por el trato habitual, de la indefensión o credulidad del menor cuya personalidad está en proceso de formación y puede verse gravemente afectada en caso de ser víctima de prácticas abusivas atentatorias de su libertad sexual e indemnidad física y psíquica”<sup>79</sup>.

Recientemente el Tribunal Supremo en un Auto de 3 de junio de 2019 ha admitido a trámite un recurso de casación presentado contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de octubre de 2018 en el que se va a abordar si el art. 10 del Real Decreto 1110/2015 es conforme a los arts. 9.3, 14, 18 y 25 de la Constitución<sup>80</sup>. En función de la respuesta que otorgue el Tribunal Supremo, el caso podrá llegar o no al Tribunal Constitucional y, en su caso, al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La respuesta que tanto el Tribunal Superior de Justicia de Aragón como la Audiencia Nacional han ofrecido no son satisfactorias. Y ello, en primer lugar, porque como indica el TEDH, el almacenamiento de datos relativos a la vida privada de una persona constituye una injerencia en el derecho consagrado en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>81</sup> que en nuestra Constitución se recoge en el art. 18. Ya desde esta perspectiva no es admisible que un Real Decreto pueda fijar el plazo durante el cual el Estado está legitimado para almacenar estos datos. Además, al menos para los menores el ejecutivo es consciente de que la regulación afecta a la inserción social y puede provocar estigmatización cuando indica que a los menores infractores no les aplica el plazo de los 30 años para evitar los efectos negativos sobre la primera e impedir la segunda. Por tanto, estamos ante una regulación que afecta al art. 25 CE, lo que inmediatamente tiene una repercusión sobre las fuentes que pueden regular estas cuestiones. Finalmente, también habría que plantearse si una Ley ordinaria o un Real Decreto pueden introducir límites en los fines perseguidos por una Ley Orgánica, la 5/2000.

En segundo lugar, se viola el principio de proporcionalidad, pues se establecen tres regímenes en función de la edad de la víctima y de los condenados: 10 años cuando los responsables son menores de edad con independencia de la edad de la víctima; 30 años cuando la víctima es menor de edad y el condenado es adulto; y finalmente se aplica el régimen de cancelación previsto en el art. 136 del Código penal cuando sujeto pasivo y activo son mayores de edad. Nótese que en este caso los plazos de cancelación se fijan en función de la gravedad del delito. Estos plazos

<sup>79</sup> En estos términos se expresa la Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo), (Roj: SAN 2541/2018)

<sup>80</sup> (ROJ: ATS 6044/2019).

<sup>81</sup> Sentencia de la Sección 5ª del TEDH caso Aycaguer contra Francia, de 22 de junio de 2017, apartado 33.

van de los 6 meses a los 10 años. Sin embargo, en los demás casos hay un plazo único de 10 o 30 años con independencia de la gravedad del delito. El TEDH ha indicado que es legítimo crear bases de datos para sancionar y prevenir ciertos delitos, incluidos los más graves como los sexuales. Pero para que esto esté justificado es preciso que se respete el principio de proporcionalidad. En el caso de Francia se establece que las inscripciones se mantendrán hasta un máximo de 40 años, pero no ha procedido a regular los distintos plazos en función de la gravedad del delito. De ahí que a todas las inscripciones se les aplique el tope máximo, los 40 años. Esto, según el TEDH, puede ser admisible en delitos muy graves como la delincuencia organizada o las agresiones sexuales, pero es ilegítimo en otros muchos más leves como el de golpear en varias ocasiones a un gendarme sin llegar a causarle lesiones que le incapaciten<sup>82</sup>. En el caso de los menores es evidente la violación del principio de proporcionalidad, pues cualquiera que sea la gravedad del delito cometido por el menor el plazo es siempre el mismo, lo que coincide con el plazo máximo previsto para los hechos cometidos por adultos, es decir, se trata mucho peor a un menor que a un adulto. Por último, el TEDH exige que se reconozca al condenado la posibilidad de la supresión de sus datos de la base<sup>83</sup>.

## 6. Conclusiones

Las reformas que han endurecido considerablemente la legislación penal de menores han ido acompañadas de algunas interpretaciones por parte de la jurisprudencia que han venido a reforzar el rigor de la intervención. Así acontece cuando se sostiene por la jurisprudencia que el principio de proporcionalidad no alcanza a las medidas no privativas de libertad, que el internamiento en régimen cerrado del art. 10 LORRPM no consta de los dos periodos a los que alude el art. 7.2 LORRPM, que las medidas cautelares no privativas de libertad pueden durar lo mismo que las sanciones definitivas o que las medidas cautelares se aplican para conjurar situaciones de riesgo social o desamparo o que la creación de un registro central de delincuentes sexuales en no plantea problemas. Muchas de estas tesis vienen a pervertir los fines perseguidos por el sistema de justicia juvenil. En efecto, la supresión del periodo de libertad vigilada en el internamiento en régimen cerrado previsto para los hechos más graves o la aplicación de medidas cautelares privativas de libertad en situaciones de riesgo social o desamparo son contrarios a los fines de inserción social o a los buscados con las medidas cautelares. En algunos casos las exégesis no son compatibles con principios constitucionales como el de proporcionalidad, derecho a la asistencia letrada, legalidad, etc.

<sup>82</sup> Sentencia de la Sección 5ª del TEDH caso Aycaguer contra Francia, de 22 de junio de 2017, apartados 42 y ss.

<sup>83</sup> Ibidem.

Por lo demás, estas interpretaciones ponen de relieve otros dos problemas. En primer lugar, hay que tener presente que ellas proceden en muchas ocasiones de los órganos judiciales encargados de los recursos (Audiencias Provinciales, Audiencia Nacional o Tribunal Supremo) que carecen de cualquier especialización en materia de justicia juvenil frente a lo que requieren tanto las directrices internacionales como la propia Ley. Frente a una primera instancia que sí cuenta con la necesaria especialización, la segunda, el recurso para la unificación de doctrina o los recursos para velar por la legalidad de las disposiciones reglamentarias se encuentran en manos de órganos que carecen de la misma y ello se traduce en que con frecuencia los razonamientos que se emplean no se ajustan a los principios que inspiran la legislación penal de menores, trasladando en no pocas ocasiones las consideraciones que se hacen en el Derecho penal de adultos.

El segundo aspecto preocupante es que algunas veces se aplican los preceptos proponiendo una hermenéutica que tiene como punto de partida y de llegada el correspondiente precepto de la LORRPM. Con ello se olvida que este texto legal, como los demás, forman parte del Ordenamiento jurídico en cuya cúspide se encuentra la Constitución y que, además, la interpretación de los derechos y libertades fundamentales hay que hacerla de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España que en materia de justicia juvenil tienen una enorme relevancia. Esto debería obligar a los jueces y tribunales a matizar a veces el texto legal para poder efectuar una interpretación conforme a la Constitución.

## Bibliografía

- ABEL SOUTO, M.: “La reforma de 25 de noviembre de 2003 en materia de principio acusatorio y la proporcionalidad garantizada por la Ley penal del menor”, en *Estudios penales y criminológicos*, Nº. 24, 2002-2003.
- AGUILERA MORALES, M.: “Las medidas cautelares en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor (o crónica de un despropósito)”, en *Tribunales de justicia: Revista española de derecho procesal*, Nº 3, 2003.
- ALCÁZAR/BOUSO/VERDEJO: “Análisis descriptivo de la actividad del Equipo Técnico de la Fiscalía de Menores de Toledo. Años 2001 al 2012” en *Anuario de Psicología Jurídica*, nº 25, 2015, págs. 96 y ss.
- BARQUÍN SANZ, J.: “Ley penal de menor: una historia de reformas”, en *El menor como víctima y victimario de la violencia social (Estudio jurídico)*. Dykinson, Madrid, 2010, págs. 3 y ss.
- BENÍTEZ ORTÚZAR, I.: M.: “Medidas susceptibles de ser impuestas a los menores y reglas generales de determinación de las mismas. Alcance del artículo 7 de la LORPM”, en *El menor como víctima y victimario de la violencia social (Estudios jurídico)*. Dykinson, Madrid, 2010, págs. 179 y ss.
- BOLDOVA PASAMAR, M. A.: “Principales aspectos sustantivos del nuevo Derecho penal juvenil español”, en M. A. Boldova Pasamar (editor): *El nuevo Derecho penal*

- juvenil español*. Monografía de la Revista Aragonesa de Administración Pública. Zaragoza, 2002.
- CANO PAÑOS, M. A.: “¿Supresión, mantenimiento o reformulación del pensamiento educativo en el derecho penal juvenil? Reflexiones tras diez años de aplicación de la Ley penal del menor”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº. 13, 2011, págs. 1 y ss.
- CAPDEVILA CAPDEVILA/PUIG FERRER et al.: *El tiempo en la justicia de menores*. Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada (CEJFE) de la Generalitat de Catalunya. 2013 (consultado en [http://www.recercat.net/bitstream/handle/2072/211149/temps\\_justicia\\_menors\\_cast.pdf?sequence=1](http://www.recercat.net/bitstream/handle/2072/211149/temps_justicia_menors_cast.pdf?sequence=1)).
- CERVELLÓ DONDERIS, V.: *La medida de internamiento en el Derecho Penal del menor*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- COLÁS TURÉGANO, A.: *Derecho penal de menores*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- 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, 2019.
- DOLZ LAGO, M. J.: *Comentarios a la Legislación Penal de Menores*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- FERNÁNDEZ MOLINA, E./BERNUZ BENEITEZ, Mª J.: *Justicia de menores*. Editorial Síntesis, Madrid, 2018.
- GARCÍA PÉREZ, O.: “La reforma de 2006 del sistema español de justicia penal de menores”, en *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, nº 5, 2008, págs. 1 y ss.
- GARCÍA PÉREZ, O.: *Las medidas y su ejecución en el sistema de justicia penal juvenil*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G.: *El Proceso Penal de Menores*. Thomson- Aranzadi, 2007.
- GÓMEZ RIVERO, M. C.: “Algunos aspectos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor”, en *Actualidad Penal*, 2001, nº 10.
- GÓMEZ RIVERO, M. C. (coord.): *Comentarios a la Ley penal del menor*. Iustel, Madrid, 2007.
- GÓMEZ RIVERO, M. C.: “Una vuelta de tuerca más: la LO 8/2006, modificadora de la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, en Anarte Borralló, E.: *Tendencias de la justicia penal de menores (una perspectiva comparada)*. Iustel, Madrid, 2010, págs. 97 y ss.
- GONZÁLEZ CUSSAC/CUERDA ARNAU: “Derecho Penal de Menores: criterios generales de aplicación de las medidas”, en *Justicia penal de menores y jóvenes*. Tirant lo blanch, Valencia, 2002.
- GONZÁLEZ PILLADO, E.: “Las medidas cautelares en el proceso penal de menores en España”, en *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, nº 24, 2009.
- JERICÓ OJER, L.: “El impacto (probablemente no previsto) de la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo en el Derecho penal de menores”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2018, núm. 20-24, págs. 1 y ss.

- JERICÓ OJER, L.: “La relevancia práctica del principio acusatorio (mejor denominado, principio de proporcionalidad), en la LORPM (art. 8 párrafo segundo): ¿aplicación obligatoria de las medidas de internamiento al menor cuando, por idéntica infracción, el CP no prevé pena privativa de libertad para el adulto?”, en *Revista Penal*, nº 31, 2013, págs. 140 y ss.
- JIMÉNEZ DÍAZ, M. J.: “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de los menores”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Nº. 17, 2015, págs. 1 y ss.
- LLEDÓ BENITO, I.: “El artículo 13.5 de la Ley de Protección Jurídica del Menor: certificado negativo de delitos de naturaleza sexual en las profesiones y oficios con contacto habitual con menores de edad”, en SUÁREZ LÓPEZ/BARQUÍN SANZ/BENÍTEZ ORTÚZAR/SAINZ-CANTERO CAPARRÓS (Dir.): *Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*. Vol. II. Dykinson, 2018, págs. 2119 y ss.
- LÓPEZ LÓPEZ, A. M.: *La instrucción del Ministerio Fiscal en el procedimiento de menores*. Comares, Granada, 2002.
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J. A.: *Comentario a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. J. M. Bosch, 2015.
- MONTERO HERNANZ, T.: *La privación de libertad de menores y los estándares internacionales*. Wolters Kluwer, Madrid, 2018.
- MONTSERRAT SÁNCHEZ-ESCRIBANO, M<sup>a</sup> I.: “Comentario al art. 1.8”, en MONJE LLEDÓ YAGÜE/FERRER VANRELL/TORRES LANA/ACHÓN BRUÑÉN (dir.): *Estudio sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de Julio de Modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, Dykinson, 2018, págs. 243 y ss.
- MORENILLA ALLARD, P.: *El proceso penal del menor*. Colex, Madrid, 2007.
- MORILLAS CUEVA, L.: “Medidas cautelares aplicables a menores”, en *El menor como víctima y victimario de la violencia social (Estudio jurídico)*. Dykinson, Madrid, 2010, págs. 425 y ss.
- NOYA FERREIRO, M. L.: “Las medidas cautelares en el proceso penal del menor”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, 2006.
- OLAIZOLA NOGALES, I.: “La medida de internamiento en régimen cerrado en la LORPM. ¿Estamos ante un Derecho penal de la seguridad”, en *Revista Penal*, nº 31, 2013, págs. 190 y ss.
- ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R.: *Derecho penal de menores*. 4<sup>a</sup> ed. Bosch, Barcelona, 2007.
- PÉREZ JIMÉNEZ, F.: *Menores infractores: Estudio empírico de la respuesta penal*. Tirant lo blanch, Valencia, 2006.
- POZUELO PÉREZ, L.: “Delincuencia juvenil: distorsión mediática y realidad”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 21, 2013, págs. 117 y ss.
- ROCA TRÍAS/AHUMADA RUIZ: “Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española”, en *Conferencia “Trilateral” Italia/Portugal/España*, Roma, 24 a 27 de octubre de 2013.
- SALAT PAISAL, M.: “Las consecuencias sancionatorias aplicables a los delincuentes sexuales tras las últimas reformas legislativas”, en *Estudios penales y criminológicos*, Nº. 36, 2016, págs. 281 y ss.

- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: “La nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor”, en *Actualidad Penal*, 2000, nº 33.
- TAMARIT SUMALLA, J. M.: “El nuevo Derecho Penal de menores: ¿creación de un sistema penal menor?”, en *Revista Penal*, 2001, nº 8.
- TOMÉ GARCÍA, J. A.: *El procedimiento Penal del Menor*. Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2003.
- DE URBANO CASTRILLO/DE LA ROSA CORTINA: *La responsabilidad Penal de los Menores*. Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- VALBUENA GARCÍA, E.: *Medidas Cautelares en el Enjuiciamiento de Menores*. Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- VÁZQUEZ GONZÁLEZ/SERRANO TÁRRAGA (editores): *Derecho penal juvenil*, 2ª ed. Dykinson, Madrid, 2007.