

# Derecho Penitenciario

## Garantías penales en el quebrantamiento de las medidas aplicables a menores

(A propósito de los Autos del Tribunal Constitucional núm. 31 y núm. 33/2009, de 27 de enero)

JOAN MANEL GUTIÉRREZ I ALBENTOSA

Doctorando en Derecho penal  
Universitat Autònoma de Barcelona



**Resumen:** Los arts. 50.2 y 51.1 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, permiten la sustitución de la medida no privativa de libertad por otra privativa de libertad, sin seguir el proceso debido. A pesar de ello, el Tribunal Constitucional establece doctrina a favor de la constitucionalidad —y del proceso— de los dos artículos citados mediante su Auto núm. 33/2009, de 27 de enero (y, también, en su Auto núm. 31/2009). El presente estudio rebate dicha doctrina.

**Abstract:** The arts. 50.2 and 51.1 of the Organic Law 5/2000, of January 12, regulating the criminal responsibility of minors permits replacement of the non-custodial measure to other deprivation of liberty without following due process. However, the Constitutional Court establishes doctrine for the constitutionality —and the process— of the two articles cited by the ATC No. 33/2009 of 27 January (and, also, where ATC No. 31/2009). This study refutes the doctrine.

**Palabras Clave:** Garantía jurisdiccional. Justicia juvenil. Principio de legalidad. Principio de seguridad jurídica. Proceso debido. Responsabilidad penal de los menores.

**Keywords:** Criminal responsibility of minors. Due process. Guarantee juridical. Juvenile justice. Principle of legal certainty. Principle of legality.

### SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. POSICIÓN JURÍDICA DE LOS DIFERENTES OPERADORES JURÍDICOS
- III. AUTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NÚM. 31/2009, Y NÚM. 33/2009, AMBOS DE 27 DE ENERO. ANTECEDENTES
- IV. COMENTARIO A LA DOCTRINA ESTABLECIDA POR EL TC EN SU AUTO NÚM. 33/2009, DE 27 DE ENERO
- V. CONCLUSIÓN Y PROPUESTAS FINALES

### I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo parte de una premisa esencial: entre las garantías penales básicas<sup>1</sup>, está la legalidad penal<sup>2</sup>, la seguridad jurídica y el derecho a un proceso debido, derecho fundamental establecido en el art. 24.2 CE<sup>3</sup>. En este sentido, se afirma que la justicia de menores ha de ser garantizadora, además de educativa: «La justicia de menores debe ser ante todo garantista y respetuosa con los derechos fundamentales»<sup>4</sup>.

Esta premisa esencial se introdujo en la jurisdicción de menores actual, primero, a través del art. 40 de la Convención de los Derechos del Niño<sup>5</sup>, de 1989, y segundo, en el año 1991, a través de la STC 36/1991, de 14 de febrero<sup>6</sup>. Esta STC declaró que los derechos fundamentales regulados en la CE, en su art. 24.2 principalmente, se han de interpretar de acuerdo con los Tratados internacionales firmados por el Estado español en materia de menores y, por tanto, aplicables en la legislación interna. Como consecuencia de ello, esos derechos fundamentales han de ser aplicados en el proceso seguido contra los menores que han infringido la norma penal en toda su extensión —y con la misma intensidad que en la jurisdicción de adultos—, en el sentido que los derechos fundamentales «han de ser respetados también en el proceso seguido contra menores a efectos penales...»<sup>7</sup>, tal y como así lo afirmó el TC en su famosa Sentencia 36/1991, de 14 de febrero.

En este sentido y a través del hilo conductor de las garantías penales (legalidad penal, seguridad jurídica y, prioritariamente, el derecho a un proceso debido), este trabajo analiza la precaria situación de las garantías penales mencionadas cuando éstas son aplicadas en la jurisdicción de menores; el análisis de la mencionada aplicación de garantías se realiza a través del comentario a los razonamientos jurídicos esgrimidos por el Tribunal Constitucional en sus Autos núm. 31 y núm. 33/2009, de 27 de enero, AATC que son objeto de estudio en este trabajo.

Este trabajo se enmarca en la jurisdicción de menores, en concreto en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores<sup>8</sup> (LORPM a partir de ahora) —ley vigente desde el 13 de enero del 2001—, y, más en concreto, en las medidas no privativas de libertad (medidas aplicables a los menores infractores, en virtud del art. 7.1 LORPM).

Este estudio se centra en los Arts. 50.2 y 51.1 de la LORPM, artículos que regulan, abordan o dan respuesta legal - procesal a la evolución negativa del menor durante el período de ejecución de la medida no privativa de libertad.

El presente comentario jurídico surge como consecuencia de un problema educativo con consecuencias jurídicas: la evolución negativa durante la ejecución<sup>9</sup> de la medida no privativa de libertad. Esta evolución negativa o desfavorable se puede manifestar de muchas maneras en la conducta del menor que está sometido a la medida no privativa de libertad: no presentarse a las entrevistas, faltas de respeto hacia el profesional, impuntualidad a las entrevistas, tener una actitud hostil o pasiva en esas entrevistas de seguimiento, no cumplir o cumplir a medias las obligaciones de la medida, cometer una infracción penal durante el período de ejecución de

la medida<sup>10</sup> y, sobre todo, no cumplir con lo establecido en el programa educativo individualizado<sup>11</sup>.

Consecuencias jurídicas de la evolución negativa: la sustitución «a peor». En la legislación penal de menores, una medida no privativa de libertad (libertad vigilada, por ejemplo) puede ser sustituida por otra privativa de libertad (internamiento), durante el período de ejecución de dicha medida no privativa de libertad, si la evolución es negativa, en virtud del art. 50.2 o del art. 51.1 LORPM. Es decir, si surgen incidencias achacables a la voluntad del menor —voluntad de no cumplir con las obligaciones derivadas de la medida a la que ha sido condenado— durante dicho período de ejecución de la mencionada medida no privativa de libertad. Esta posibilidad de conversión o sustitución de una medida no privativa de libertad por otra privativa de libertad es conocida por la doctrina como «sustitución a peor»<sup>12</sup>.

*La posibilidad de conversión o sustitución de una medida no privativa de libertad por otra privativa de libertad es conocida por la doctrina como «sustitución a peor»*

Definición del quebrantamiento ex art. 50.2 LORPM y de la sustitución de la medida por evolución desfavorable ex art. 51.1 LORPM. Aunque en ambos supuestos se produce la misma consecuencia jurídica (la sustitución a peor), se diferencia y define el concepto del quebrantamiento de la ejecución de la medida ex art. 50.2 LORPM y el de sustitución de la medida —por incumplimiento de las obligaciones, evolución negativa o desfavorable— ex art. 51.1 LORPM, para así enriquecer el contenido de este trabajo, a continuación:

— Art. 50.2 LORPM. Quebrantamiento de la ejecución de la medida. ¿Qué significa quebrantar una medida no privativa de libertad? La LORPM no define el contenido del quebrantamiento de la ejecución de la medida no privativa de libertad. El reglamento<sup>13</sup> nos ofrece pautas orientadoras —no vinculantes para el órgano judicial ni para el fiscal de menores— para interpretar —por parte del fiscal y del juez de menores, previos informes del equipo técnico<sup>14</sup>— qué conductas negativas protagonizadas por el menor durante la fase de ejecución de la medida no privativa de libertad son susceptibles de ser calificadas como «quebrantamiento» y, por tanto, susceptibles también, de ser subsumidas en el art. 50.2 de la LORPM. Y el art. 14 c del reglamento establece: «Incumplimientos. La entidad pública comunicará al juez de menores y al Ministerio Fiscal a los efectos, en su caso, de lo dispuesto en el art. 50 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal

de los menores, los incumplimientos siguientes de los que tenga constancia: (...) c) En las medidas no privativas de libertad, la falta de presentación a las entrevistas a las que el menor haya sido citado para elaborar el programa de ejecución y el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones que, según lo dispuesto en el art. 7 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, conforman el contenido de cada medida»<sup>15</sup>.

La doctrina especializada en menores nos ofrece pautas orientadoras, también, para ayudar al órgano judicial y al fiscal de menores a interpretar la conducta negativa que manifiesta el menor sometido a la medida no privativa de libertad como quebrantamiento: «Habrà quebrantamiento en la ejecución de la medida cuando el menor no cumpla o se oponga a las actividades educativas impuestas o al programa de intervención, aunque el Juez tendrá en cuenta, para determinar si ha habido o no quebrantamiento de la condena, por incumplimiento de las obligaciones impuestas, las circunstancias que lo han motivado y las circunstancias personales y familiares del menor»<sup>16</sup>.

—Art. 51.1 LORPM. Sustitución de la medida (por incumplimiento de las obligaciones, evolución negativa o desfavorable). El art. 51.1 LORPM no explica en qué casos o qué conductas son subsumibles en este precepto legal; la LORPM no menciona la expresión «incumplimiento» en ninguno de sus preceptos legales. En este trabajo, se utiliza la expresión «incumplimiento» (como manifestación de evolución o incidencia negativa durante el período de ejecución de la medida no privativa de libertad) —en sede del art. 51.1 LORPM— para diferenciarlo del incumplimiento que puede derivar en quebrantamiento, con consecuencias jurídicas más gravosas —en sede del art. 50.2 LORPM—.

¿Cómo se tramita procesalmente la conducta negativa que manifiestan los menores durante el período de ejecución de la medida no privativa de libertad, en los juzgados de menores? En la práctica cotidiana de los juzgados de menores, sólo algunas de dichas conductas negativas o incidencias se tramitan o se subsumen procesalmente en el art. 50.2 LORPM como quebrantamiento de la ejecución de la medida no privativa de libertad. La mayoría de las conductas negativas, o incidencias, que surgen durante la ejecución de la medida no privativa de libertad, se tramitan procesalmente a través del procedimiento establecido en el art. 51.1 LORPM (Sustitución de las medidas), en relación con el art. 13.1 LORPM. Con otras palabras, el fiscal y, sobre todo, el juez de menores decide tramitar dicha incidencia en la ejecución a través del art. 50.2 LORPM (en el supuesto de quebrantamiento de la ejecución) —en la minoría de casos—, o a través del art. 51.1 LORPM (Sustitución de la medida: en el supuesto de incumplimiento o evolución desfavorable o negativa, que no llega a ser grave, dicho de otra manera,

no llega a la gravedad del quebrantamiento) —en la mayoría de casos—.

La regulación relativa a la sustitución «a peor» (sustitución de la medida no privativa de libertad por otra privativa de libertad) en la LORPM<sup>17</sup>:

—Art. 50.2 LORPM, sustitución «a peor» por quebrantamiento. El art. 50.2 LORPM regula la conversión o sustitución de la medida no privativa de libertad, durante la fase de ejecución de esta medida, por otra de la misma naturaleza (con otras palabras, por otra no privativa de libertad) en el supuesto de evolución negativa —quebrantamiento— de ésta. La medida no privativa de libertad puede ser sustituida, también y según el ahora comentado art. 50.2 LORPM, por otra privativa de libertad (de internamiento en centro semiabierto), en supuestos excepcionales de evolución negativa.

—Art. 51.1 LORPM, sustitución «a peor» de la medida —por evolución desfavorable (o incumplimiento de las obligaciones derivadas de la medida no privativa de libertad)—. El art. 51.1 LORPM regula igualmente la posibilidad de, ante una evolución desfavorable o negativa del menor<sup>18</sup>, durante el período de ejecución de la medida no privativa de libertad, la conversión, modificación o sustitución<sup>19</sup> de dicha medida no privativa de libertad por otra pero más gravosa, es decir, privativa de libertad (internamiento).

## a) Planteamiento del problema

El problema de la vulneración del derecho a un proceso debido en la LORPM, y la inseguridad jurídica que ello provoca, en los supuestos de evolución negativa durante el período de ejecución de la medida no privativa de libertad, fue abordado por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 3.<sup>20</sup>, mediante Auto de interposición de cuestión de inconstitucionalidad de fecha 14 de julio de 2008. El TC resolvió inadmitir dicha cuestión de inconstitucionalidad por motivos formales, mediante ATC Núm. 31/2009, de 27 de enero (y también por motivos formales, el TC desestimó una segunda cuestión de inconstitucionalidad, mediante ATC Núm. 33/2009, de 27 de enero). En este trabajo, se tratan los motivos formales y, principalmente, los de fondo —motivos de fondo que se contienen en el citado ATC Núm. 33/2009, de 27 de enero— empezando por el planteamiento del problema en las siguientes líneas.

Procedimiento carente de las garantías penales-procesales básicas. La «sustitución a peor» se tramita a través del procedimiento establecido en los arts. 50.2 y 51.1 de la LORPM, como ya se ha dicho anteriormente. Pues bien, este «procedimiento» no reviste las garantías procesales fundamentales<sup>21</sup> mencionadas al principio (derecho a un proceso debido, prioritariamente) tal y

como se deduce de la lectura de dichos preceptos legales. Si se compara dicho procedimiento con el procedimiento constitucional —con todas las garantías procesales penales— establecido en el art. 24.2 CE (y en el art. 16 y ss LORPM), se observará fácilmente la ausencia del derecho de defensa, contradicción, etc. Por tanto, el problema a superar se concreta en la imposibilidad —o dificultad<sup>22</sup>, como mínimo— de aplicar dichos artículos (50.2 y 51.1 LORPM) por incompatibilidad con la Constitución, en concreto, con la doctrina que el TC<sup>23</sup> estableció, en el año 1991. Con otras palabras, el problema a resolver se manifiesta cuando el menor que presenta una evolución negativa (evolución negativa o desfavorable subsumible en el art. 51.1 LORPM) o quebrantamiento de la medida no privativa de libertad (conducta «quebrantadora» subsumible en el art. 50.2 LORPM) durante el período de ejecución de dicha medida no privativa de libertad (medida a la que ha sido condenado mediante sentencia firme), se le sustituye la medida no privativa de libertad —sin el debido proceso ex art. 24.2 CE— y, además, por otra más gravosa (con otras palabras, más restrictiva de derechos), cuya medida más gravosa no es la medida a la que fue condenado inicialmente; dicho de otra manera, se modifica la sentencia firme, sin el debido proceso.

## b) Finalidad de este trabajo

La finalidad de este trabajo es confrontar los dos preceptos legales citados (arts. 50.2 y 51.1 LORPM) con el derecho fundamental al proceso debido, prioritariamente (y, también, con el derecho fundamental a la legalidad penal y a la seguridad jurídica). Y para conseguir esta finalidad, se plantea la consecución de los dos siguientes objetivos:

— demostrar la incompatibilidad de los arts. 50.2 y 51.1 de la LORPM con los arts. 9.3, 25.1 y, prioritariamente, con el art. 24.2 CE, debido a la existencia de un problema procesal en la LORPM, problema procesal que se manifiesta en la vulneración del derecho a un proceso debido, que produce inseguridad jurídica al realizarse la sustitución a peor, en virtud de los arts. 50.2 y 51.1 LORPM.

— sugerir diversas propuestas de «lege ferenda» a los diferentes operadores jurídicos intervinientes en la justicia juvenil para superar el problema planteado en este trabajo, en la línea de otorgar mayores garantías penales —el derecho al proceso debido, prioritariamente— durante las incidencias (quebrantamiento de la ejecución de la medida no privativa de libertad principalmente) que surgen durante el período de ejecución de la medida no privativa de libertad<sup>24</sup>.

## II. POSICIÓN JURÍDICA DE LOS DIFERENTES OPERADORES JURÍDICOS

Pues bien, ante el problema antes detallado, los tribunales, la doctrina, la Fiscalía General del Estado y la defensa jurídica se posicionan de la siguiente manera:

Posición de los juzgados y tribunales: la mayoría de las Audiencias Provinciales y de los Juzgados de Menores defienden la constitucionalidad de los arts. 50.2 y 51.1 de la LORPM<sup>25</sup>; pero hay que destacar, en sentido contrario, la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 3.ª, y el Juzgado de Menores Núm. 2 de Zaragoza<sup>26</sup>, entre otros tribunales. La Audiencia Provincial de Las Palmas<sup>27</sup> no se plantea la constitucionalidad o no de los dos citados artículos, pero opta por evitar sustituir una medida por otra más gravosa en caso de evolución negativa —desfavorable (incumplimiento) o de quebrantamiento (si la evolución es tan desfavorable que imposibilita la ejecución: quebrantamiento, entonces) de la medida no privativa de libertad.

### a) Especial detalle de la posición jurídica de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 3.ª

1. Primer argumento de la Audiencia Provincial de Barcelona: vulneración del principio de seguridad jurídica. El principal razonamiento jurídico que contiene el Auto, de fecha 14 de julio de 2008, a través del cual el citado Tribunal de Barcelona promueve la cuestión de inconstitucionalidad es el que expresa la vulneración del principio de seguridad jurídica del Art. 9.3 CE. Su argumento esencial es el siguiente: «El art. 9.3 de la Constitución establece que la Constitución garantiza —entre otros— la seguridad jurídica. Parece que una de las manifestaciones de esta seguridad debería de ser que aquella persona que es condenada a una pena (en el caso de la jurisdicción de los menores, a una medida), sabe que, como consecuencia del comportamiento que tuvo y que fue juzgado, la única consecuencia en el ámbito sancionador penal es la que se establece en la sentencia, no en vano la Ley orgánica del poder judicial, en el apartado segundo del art. 18 establece que “las sentencias se ejecutarán en sus propios términos”. Este art. 18 es rotundo y claro, y de alguna manera, se puede decir que lo que hace es consagrar aquel principio establecido en el art. 9 del texto constitucional, pues qué mejor garantía y seguridad se puede derivar de la ejecución de una resolución en los términos en que ha sido redactada? Que sea por ley —y además orgánica— (se refiere a la LORPM) que se plantee la posibilidad de cambiar el contenido de la sentencia definitiva, no deja de crear incertidumbre (y, por tanto, inseguridad), teniendo en cuenta que la persona que, en virtud de sentencia firme, ha sido condenada, puede tener siempre el temor de que el contenido de la

resolución condenatoria varíe “a peor” y que la inicial condena sea sustituida por otra más gravosa».

2. Segundo argumento de la Audiencia Provincial de Barcelona: necesidad de procedimiento que finalice en sentencia. El segundo razonamiento jurídico se fundamenta:

en primer lugar, la necesidad de que la medida no privativa de libertad, impuesta en sentencia firme, no se varíe a peor, en caso de incumplimiento (aplicación del art. 51.1 LORPM) o de quebrantamiento (aplicación del art. 50.2 LORPM); es decir, no se varíe, modifique o sustituya a peor bajo ningún concepto o pretexto (como podría ser el «interés superior del menor»),

y, en segundo lugar, que se dé cauce procesal a dicha incidencia (el incumplimiento o el quebrantamiento) en la ejecución de la medida no privativa de libertad a través del procedimiento constitucional —que ha de finalizar en sentencia firme— (es decir, a través del proceso debido del art. 24.2 CE) y cuyo procedimiento constitucional tiene su reflejo, en la legislación penal de menores, en el art. 16 y ss, en relación con los arts. 43.1 y 1.2 LORPM.

A continuación, se amplía esta argumentación transcribiendo las palabras del magistrado Ilmo. Sr. D. JOSEP NIUBÓ<sup>28</sup>, por ser éstas del todo ilustrativas para enriquecer este trabajo: «En la justicia de adultos, las incidencias que surgen en la ejecución de una pena son tratadas en el ámbito administrativo (con recursos ante los juzgados de vigilancia penitenciaria) y —obviamente— si las incidencias tienen características penales merecen el tratamiento de la jurisdicción penal ordinaria. En cambio, tal y como está redactada la Ley de responsabilidad penal de los menores, las incidencias (como es la que se da en relación a JM) reciben —o, como mínimo, pueden recibir— un tratamiento basado en el cambio de medida, ya que la posibilidad que contempla el art. 50.2 parece precisamente prevista en caso de incidencias, y así ha sido aplicado en este supuesto. Este cambio de medida —en perjuicio del menor, ya que se le impone una medida más grave— parece contrario a aquel principio de seguridad jurídica, y no parece, además, la mejor manera de corregir el supuesto incumplimiento de la medida inicialmente impuesta, teniendo en cuenta que, si al incumplirse la medida incurre en una nueva infracción penal, la respuesta debería de ser a través del proceso, y si el incumplimiento no es en sí mismo constitutivo de infracción penal, debería de poder ser aplicada una medida puramente administrativa (en forma de sanción), pero que no supusiese la variación de la sentencia que se estaba ejecutando, porque en definitiva de eso se trata: de la sustitución de una sentencia cuando esta ya es firme.»

Breve comentario a la fundamentación jurídica de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 3.<sup>a</sup>. La argumentación jurídica contenida en este Auto expresa las conclusiones que intento transmitir a través del presente trabajo: la contrariedad de los arts. 50.2 y 51.1 de la LORPM, con la seguridad jurídica y la legalidad penal, también con el derecho a un proceso con todas las garantías (igualmente, con el principio de proporcionalidad<sup>29</sup>), estando regulados dichos derechos en la Constitución (arts. 9.3, 24.2 y 25.1).

## **b) Posición de la Fiscalía General del Estado (FGE, a partir de ahora)**

El 27 de abril de 2009, la FGE dicta la Circular 1/2009, «Sobre la sustitución en el sistema de justicia juvenil de medidas no privativas de libertad por la de internamiento en centro semiabierto, en supuestos de quebrantamiento». En el punto 3 de dicha Circular, la FGE analiza la segunda cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sección 3.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona<sup>30</sup> y, principalmente, su resultado final en el ATC núm. 33/2009, de 27 de enero. Además, la FGE comenta la posición del TC, posición que la FGE asume en todos sus extremos, en relación con el controvertido art. 50.2 de la LORPM. No obstante, se ha de añadir que la posición de la FGE fue mucho más «defensora» de la legalidad y la seguridad jurídica en el año 2000, mediante su Circular 1/2000, en la que manifestó: «Efectivamente, la facultad del art. 50.2, entendida en los términos en que está redactada la Ley, supone admitir la posibilidad de que se le imponga al menor una medida más grave que aquélla a la que fue condenado en la sentencia, lo que podría resultar poco acorde con el entendimiento más clásico del principio de legalidad»<sup>31</sup>.

## **c) Posición de la doctrina<sup>32</sup>**

La doctrina mayoritaria ha puesto en duda la constitucionalidad de los arts. 50.2 y 51.1 de la LORPM, en base a la doctrina establecida por las SSTC 36/1991, de 14 de febrero, y 61/1998, de 17 de marzo, exponiendo las dos siguientes y principales afirmaciones jurídicas: «a) Que tiene difícil encaje con el principio de legalidad en el ámbito de la ejecución que prevé el Art. 43.1, al establecer que no se puede ejecutar ninguna medida que no sea la contenida en la sentencia firme; así como sustituir la medida acordada en sentencia por otra sin mediar un nuevo procedimiento. b) Que puede dar lugar a una posible conculcación del principio de proporcionalidad contenido en el art. 8.2.»<sup>33</sup> (los aquí citados arts. 43.1 y 8.2 son de la LORPM).

No obstante, no toda la doctrina especializada en menores es partidaria de la inconstitucionalidad de esos arts.<sup>34</sup>.

## d) Posición de la defensa jurídica

La opción mayoritaria de los abogados y abogadas de los menores puede estar representada perfectamente por el artículo escrito por OLMEDO<sup>35</sup>, abogado ejerciente que, en el año 2007, manifestaba la problemática aquí tratada, posicionándose en contra de la constitucionalidad del art. 50.2 de la LORPM bajo los siguientes términos: «Debemos como ya hemos planteado en alguna ocasión ante la Audiencia Provincial de Cádiz, dudar de la constitucionalidad del precepto invocado para el cambio de medidas, entendiendo que podría incluso ser motivo de cuestión de inconstitucionalidad ha plantear por este Juzgado si así lo creyera oportuno, dado que estamos ante un proceso penal, y dicha medida iría totalmente en perjuicio del reo, amen de atacar directamente el principio de seguridad jurídica, conculcándose a criterio de esta parte lo dispuesto en los arts. 24 y 25 de nuestra Constitución, así como lo dispuesto en los arts. 17 y 18 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial».

## e) Posición del Tribunal Constitucional

El conflicto constitucional respecto a la vulneración del derecho a un proceso debido, en relación con los citados arts. 50.2 y 51.1 LORPM, fue resuelto por el TC mediante el Auto núm. 31/2009, de 27 de enero, y, también y principalmente, a través del Auto núm. 33/2009, igualmente de 27 de enero. A pesar de que el problema fue resuelto por el TC, no por ello es un problema pacífico, tal y como se ha podido observar de la lectura de la posición jurídica de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 3.ª, antes detallada.

## III. AUTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NÚM. 31/2009, Y NÚM. 33/2009, AMBOS DE 27 DE ENERO. ANTECEDENTES

a) Antecedentes del ATC núm. 31/2009, de 27 de enero. Por un delito y una falta, el Juzgado de Menores núm. 1 de Barcelona impuso la medida no privativa de libertad (libertad vigilada) con una duración de 9 meses al menor JM responsable de dichos hechos, a través de sentencia de fecha 13 de diciembre de 2006. Pero, el menor JM incumplió la mencionada medida de libertad vigilada. Ante esta situación de incumplimiento la magistrado juez de menores del Juzgado de Menores núm. 1 afirmó que «No existe ninguna posibilidad de intervención educativa con estas condiciones en medio abierto...», en su Auto de sustitución de fecha 13 de marzo de 2008; por cuyo motivo, la magistrada juez decidió sustituir la medida de libertad vigilada, incumplida, por la medida de internamiento en régimen semiabierto, en virtud del art. 51.1 de la LORPM (la magistrada decidió no tramitar dicho incumplimiento por el trámite procesal del quebrantamiento ex art. 50.2 LORPM), según se desprende de la

lectura del auto de sustitución de fecha 13 de marzo de 2008, FJ 2.º y parte dispositiva.

b) Antecedentes del ATC núm. 33/2009, de 27 de enero. El magistrado juez del Juzgado de Menores núm. 2 tomó la misma decisión de sustituir una medida no privativa de libertad, que un menor quebrantó, por otra privativa de libertad. El citado magistrado resolvió la sustitución en virtud del art. 50.2 de la LORPM, pues dicho magistrado consideró que la conducta negativa o desfavorable protagonizada por el menor era susceptible de ser subsumida bajo el tipo penal del quebrantamiento ex art. 468 CP.

c) Las resoluciones de esos dos Juzgados de Menores de Barcelona, relativas a la sustitución (sustitución a peor) de una medida no privativa de libertad, por otra privativa de libertad, fueron recurridas por sus respectivas defensas ante la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 3.ª, para la sustanciación del recurso de apelación. Pero, durante dicha sustanciación, el mencionado Tribunal de Barcelona se planteó la posibilidad de que el art. 51.1 de la LORPM —en relación con el art. 50.2 de la misma Ley— fuera inconstitucional. Por este motivo, promovió dos cuestiones de inconstitucionalidad (mediante autos de fecha 14 de julio de 2008 y 12 de septiembre de 2008, respectivamente) por presunta vulneración de la Constitución; en concreto del principio de seguridad jurídica ex art. 9.3 CE.

d) El Tribunal Constitucional inadmitió a trámite las dos cuestiones de inconstitucionalidad mediante sus Autos núm. 31/2009 y núm. 33/2009, ambos de 27 de enero, por motivos formales. No obstante, y pesar de ello, este segundo Auto entró en el fondo del asunto, en sus fundamentos jurídicos 5, 6 y 7 —cuya doctrina se rebate en el presente trabajo—; por cuyo motivo, el mencionado ATC núm. 33/2009 es susceptible de intervención, análisis<sup>36</sup> o crítica por parte de la doctrina, como mínimo la doctrina especializada en el Derecho penal juvenil<sup>37</sup>: este segundo ATC se posicionó a favor de la constitucionalidad de los dos artículos cuestionados por la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona.

## IV. COMENTARIO A LA DOCTRINA ESTABLECIDA POR EL TC EN SU AUTO NÚM. 33/2009, DE 27 DE ENERO

### a) Argumentos jurídicos del TC

El ATC ahora comentado asume y detalla todo el sustento jurídico contenido en el Auto del Tribunal Constitucional que le precedió (ATC núm. 31/2009, de 27 de enero), como propio, pero además, y a diferencia de él, este segundo ATC sí entra en el fondo del asunto, posicionándose a favor de la constitucionalidad de los

artículos cuestionados: el 50.2 y el 51.1 de la LORPM. Dicho Auto se posiciona de tal manera que crea doctrina. A continuación, expongo, comento y rebato los principales razonamientos jurídicos que expone el ATC objeto de comentario en este apartado.

## **b) Principal argumento del ATC Núm. 33/2009: «Procedimiento»**

Según este ATC<sup>38</sup>, el procedimiento establecido en el art. 50.2 LORPM: a) No está en contra del procedimiento que estableció el TC anteriormente en la famosa STC 36/1991, de 14 de febrero, mediante la siguiente afirmación: «Pues bien, resulta indudable que el art. 50.2 LORPM no contradice las exigencias referidas en el pasaje de la STC 36/1991, de 14 de febrero, ahora reproducido.», b) No vulnera el derecho a la legalidad penal o a la seguridad jurídica, pues: «... la sustitución de la medida inicialmente impuesta cuando haya sido quebrantada por el menor se sujeta a un procedimiento en el que no sólo participan las partes sino también un equipo técnico ...»<sup>39</sup>.

## **c) Comentarios a los argumentos jurídicos del TC en relación con el «procedimiento»**

La garantía jurisdiccional, derivada del principio de legalidad ex art. 25.1 CE<sup>40</sup>, exige una sentencia judicial (y, al mismo tiempo, que dicha sentencia se haya dictado «según un procedimiento legalmente establecido.»<sup>41</sup>); únicamente de esta manera, se puede determinar que se ha producido una infracción penal y, al final del proceso debido, imponer la pena correspondiente. En resumen, la garantía jurisdiccional implica o exige la necesidad del respeto por el proceso debido, por los derechos procesales penales regulados en el art. 24.2 CE: «Todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminados por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías...». Esta garantía jurisdiccional tiene fiel reflejo en la LORPM: según su art. 43.1, «No podrá ejecutarse ninguna de las medidas establecidas en esta Ley sino en virtud de sentencia firme dictada de acuerdo con el procedimiento regulado en la misma.»

## **d) Art. 25.1 CE. Primer motivo jurídico en el que fundamento la vulneración constitucional: vulneración de la garantía jurisdiccional**

El principal motivo por el que considero inconstitucional la regulación establecida en los arts. 50.2 y 51.1 LORPM es que dicho procedimiento no se ajusta a las exigencias de la Constitución; en concreto a las exigencias del principio de legalidad, en su manifestación de

seguridad jurídica, a través de la garantía jurisdiccional, pues permite la sustitución «a peor» de una medida no privativa de libertad, que se ha incumplido (aplicándose el art. 51.1 LORPM) o que se ha quebrantado (aplicándose el art. 50.2 LORPM), por otra privativa de libertad sin cumplir las exigencias de la legalidad penal, en concreto de la garantía jurisdiccional.

## **e) Art. 24.2 CE. Segundo motivo jurídico. Vulneración del derecho a un proceso debido**

La doctrina del TC que se rebate en este apartado afirma la constitucionalidad del art. 50.2 LORPM argumentando que este precepto legal no contradice las exigencias de la doctrina establecida, anteriormente, por el propio TC, en su STC 36/1991, de 14 de febrero; pues bien, considero que los arts. 50.2 y 51.1 LORPM sí contradicen las exigencias referidas en el pasaje de la STC 36/1991, de 14 de febrero.

*En el caso de que el juez de menores vea necesario sustituir una medida no privativa de libertad por otra más gravosa debería de realizarse a través de un nuevo procedimiento*

En el caso de que el juez de menores, de oficio o a propuesta del ministerio fiscal, vea necesario sustituir una medida no privativa de libertad (libertad vigilada, por ejemplo), porque se incumple (de aplicación el art. 51.1 LORPM) o porque se quebranta (de aplicación el art. 50.2 LORPM), por otra más gravosa (privativa de libertad —internamiento—), dicha sustitución a peor debería de realizarse a través del proceso debido, a través de un nuevo procedimiento<sup>42</sup>. Dicho de otra manera, mediante un proceso revestido con —todas— las garantías procesales del art. 24.2 CE. Pues bien, esta exigencia de la incoación de un nuevo procedimiento, el que se establece en el art. 16 LORPM, que finalice con una nueva sentencia, parece desconocerla el TC en su ATC aquí comentado, o que, en todo caso, el TC realiza una interpretación del concepto de «procedimiento» poco acorde con la doctrina que, en su día, estableció el propio TC en su STC 36/1991, de 14 de febrero y, también, poco coherente con las garantías establecidas en los arts. 24.2 CE, y 1.2, 16 y 43.1 de la LORPM.

## **V. CONCLUSIÓN Y PROPUESTAS FINALES**

### **a) Conclusión. Procedimiento**

Considero que la mencionada sustitución (sustitución a peor) de una medida no privativa de libertad por

otra privativa de libertad regulada en la LORPM (Arts. 50.2 y 51.1) se sujeta a un procedimiento incompatible con el derecho a un proceso debido ex art. 24.2 CE (igualmente, incompatible con la legalidad penal, en su manifestación de garantía jurisdiccional). Por todo ello, he de concluir que el «procedimiento» regulado en los dos citados arts. 50.2 y 51.1 LORPM para efectuar la sustitución «a peor»:

Sí contradice las exigencias referidas en la STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 8.º; y que esta afirmación que el TC realiza en su ATC Núm. 33/2009, de 27 de enero, en relación con la validez del procedimiento regulado en los arts. 50.2 y 51.1 de la LORPM, no es la más acertada o la más coherente con su propia doctrina establecida en la STC 36/1991, de 14 de febrero;

También, contradice las exigencias y garantías derivadas del derecho a un proceso con todas las garantías reguladas en los arts. 24.2 CE y 1.2, 16 y 43.1 de la LORPM.

## **No es posible interpretar los arts. 50.2 y 51.1 LORPM de una manera compatible con la Constitución por los déficits de inconstitucionalidad que dichos artículos contienen**

Por tanto, en virtud del art. 5.1 LOPJ y de acuerdo con la regla de «Interpretación conforme a la Constitución»<sup>43</sup>, considero, a título de conclusión final, que no es posible interpretar los arts. 50.2 y 51.1 LORPM, de una manera compatible con la Constitución, por los déficits de inconstitucionalidad que dichos artículos contienen.

### **b) Propuestas**

Partiendo de la anterior conclusión, sugiero algunas posibles vías de solución:

Primera propuesta (de «*lege ferenda*») para sustituir una medida no privativa de libertad, porque se ha quebrantado ex art. 50.2 LORPM (o por sustitución de la medida por evolución desfavorable ex art. 51.1 LORPM), por otra privativa de libertad, es necesario realizar dicha

sustitución a través del proceso debido (el proceso establecido en los arts. 16 y ss de la LORPM y 24.2 CE):

porque estamos ante nuevos hechos<sup>44</sup> (nuevos hechos —incidencias— que suceden a veces durante la ejecución de la medida no privativa de libertad), para, así, otorgar mayores garantías penales al actual proceso de sustitución «a peor» establecido en los arts. 50.2 y 51.1 LORPM,

en virtud del principio de legalidad ex art. 25.1 CE (de su manifestación de la garantía jurisdiccional), del principio de seguridad jurídica ex art. 9.3 CE y del principio o derecho a un proceso debido ex art. 24.2 CE.

Segunda propuesta (de «*lege lata*»), dirigida a las defensas jurídicas, al fiscal y al juez de menores). No aplicar el mecanismo sustitutivo «a peor» establecido en el art. 50.2 LORPM. Este «procedimiento» o mecanismo sustitutivo «a peor» no es de obligado cumplimiento para el juez de menores, según se interpreta de la lectura de dicho precepto (sí, en cambio, es de obligado cumplimiento lo establecido en el art. 50.3 LORPM, del que sí se desprende un proceso debido constitucional). Por este motivo, en caso de quebrantamiento de la ejecución de la medida no privativa de libertad, se propone:

no efectuar la sustitución a peor establecida en el art. 50.2 LORPM, por ser inconstitucional dicho «procedimiento»,

seguir el proceso que se inicia en el art. 50.2 (pero sin activar el mecanismo sustitutivo «a peor»), proceso que continúa en el art. 50.3<sup>45</sup> y que, además, dicho proceso de sustitución se efectúe de acuerdo con lo establecido en los arts. 24.2 CE, y 16 y ss y 1.1 de la LORPM.

### **c) A modo de reflexión final: el interés superior del menor**

No obstante la doctrina del TC, considero que sería necesario establecer límites a los arts. 50.2 y 51.1 de la LORPM, mediante el principio de legalidad, de seguridad jurídica (también, mediante la proporcionalidad) y del derecho a un proceso con todas las garantías. Pero, tal vez, los mencionados límites deberían establecerse conforme al principio del interés superior del menor<sup>46</sup>.

### **NOTAS**

1 Sobre las garantías penales, en general, véase CÓRDOBA RODA, 2011, p. 13 y ss., REBOLLO VARGAS, 2011, p. 40 y ss., y GARCÍA ARÁN, 2011, p. 50 y ss. Sobre las garantías penales en el contexto de la jurisdicción de menores, véase la obra de AYO FERNÁNDEZ, 2004, *Las garantías del menor infractor*.

2 Sobre las garantías derivadas del principio de legalidad, entre las que se encuentra la seguridad jurídica, véase MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2010, p. 99 y ss; también, MIR PUIG, 2002, p. 111 y ss; DE VICENTE MARTÍNEZ, 2004, p. 32 y ss; RUIZ ROBLEDO, 2003, p. 111 y ss., DIEZ PICAZO, 2001, p. 1 y ss., ÁLVAREZ GARCÍA, 2009. Sobre el principio de legalidad aplicado o entendido desde la legislación penal de me-

- nores, véase SERRANO TÁRRAGA, 2005, p. 342 – 343; también, ORNOSA FERNÁNDEZ, 2007, p. 454 – 455.
- 3 Sobre las garantías del Art. 24.2 CE, aplicadas en la justicia de menores, véase AYO FERNÁNDEZ, *Ob. Cit.*, p. 213 y ss; también, ORNOSA FERNÁNDEZ, *Ob. Cit.*, p. 489.
  - 4 Frase extraída de CLARIANA I ROIG, 2000, p. 610.
  - 5 Este tratado internacional fue decisivo para empezar a situar el Derecho penal juvenil en armonía con la Constitución de 1978. La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 fue decisiva en el sentido que jugó —y sigue jugando— un papel crucial, porque se integraron las garantías comunes (de la jurisdicción de adultos) en el proceso penal de menores de los diferentes Estados que suscribieron la mencionada CDN, España entre ellos; en este sentido, véase DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO CORDERO, 2010, p. 10.
  - 6 Mediante esta STC 36/1991, de 14 de febrero, el TC declaró que el art. 15 de la Ley de TTM era inconstitucional. Para una mayor profundización sobre esta STC véase VIVES ANTÓN, 1991, pp. 93 – 105; igualmente, ORNOSA FERNÁNDEZ, *Ob. Cit.*, p. 57 y ss; (Ilma. Sra. Dña. M. Rosario ORNOSA FERNÁNDEZ, magistrada juez de menores que planteó cuestión de inconstitucionalidad con relación a la Ley de TTM de 1948); CONDE ZABALA, 2001, p. 135 – 138; RÍOS I ENRICH, 1994, pp. 23 – 39; GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, 2000, pp. 205 – 245; VENTURA FACI/PELÁEZ PÉREZ, 2000, p. 90 y ss; y p. 183 y ss; (Ilmo. Sr. D. RAMIRO VENTURA, siendo juez de menores, planteó cuestión de inconstitucionalidad con relación a la Ley de TTM de 1948); CLARIANA I ROIG, *Ob. cit.*, p. 369 y ss., DE LA CUESTA ARZAMENDI/GIMÉNEZ SALINAS, 1997, p. 539 – 542; CRUZ, 2008, p. 46, nota a pie de página N° 430; véase, también, MAPELLI CAFFARENA/GONZÁLEZ CANO/AGUADO CORREA, 2002, p. 124 y ss., SALA DONADO, 2002, p. 34 y ss., FABIÁ MIR, 1992, p. 499 y ss., (Ilmo. Sr. D. Pascual FABIÁ MIR, siendo juez de menores, planteó cuestión de inconstitucionalidad con respecto a la Ley de TTM de 1948).
  - 7 Frase extraída de la STC, pleno, 14.2.1991 (MP: Excmo. Sr. D. Francisco RUBIO LLORENTE).
  - 8 Sobre las medidas a aplicar y sus órganos de aplicación, el ámbito de aplicación, los principios generales que rigen la intervención penal en menores, en virtud de esta Ley Orgánica, véase MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Ob. Cit.*, p. 598 y ss., también, la obra de ORNOSA FERNÁNDEZ, *Ob. Cit.*, igualmente, la obra de DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO CORDERO, *Ob. Cit.*
  - 9 Para una mayor profundización sobre la ejecución de las medidas reguladas en la LORPM, véanse los artículos doctrinales de PARÉS I GALLÉS, 2000; GARCÍA LÓPEZ, 2004; BOLUFER MARQUÉS, 2001, pp. 205-230; DE LA CUESTA ARZAMENDI, 2002, pp. 225-282; y, sobre todo, ORNOSA FERNÁNDEZ, *Ob. Cit.*, p. 454 y ss., y VENTURA FACI/PELÁEZ PÉREZ, 2007, p. 263 y ss.
  - 10 La comisión de una infracción penal durante el período de ejecución de la medida sería un claro ejemplo no sólo de evolución negativa, sino, una evidente conducta que denotaría el quebrantamiento de la medida, en virtud del art. 47.3 LORPM.
  - 11 Sobre el programa o proyecto individualizado de ejecución, véase el art. 46.1 LORPM, entre otros; el reglamento es la norma que más desarrolla el contenido de dicho programa, tal y como se especifica en el preámbulo de dicho reglamento de la siguiente manera: «La sección 2ª del capítulo III contempla reglas específicas para la ejecución de determinadas medidas no privativas de libertad, en desarrollo del artículo 7 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, comprendiendo la regulación de las medidas de tratamiento ambulatorio, asistencia a un centro de día, libertad vigilada, convivencia con otra persona, familia o grupo educativo, prestaciones en beneficio de la comunidad y realización de tareas socioeducativas. Es nota común a todas ellas la elaboración de un programa individualizado de ejecución.»
  - 12 En este sentido, véase el trabajo de de OLMEDO GÓMEZ, 2007.
  - 13 Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (el reglamento, a partir de ahora).
  - 14 Sobre los informes del equipo técnico de asesoramiento a los juzgados de menores, véase el Art. 27 LORPM, y el Art. 4 y ss de su reglamento de desarrollo. Sobre la obligatoriedad del informe del equipo técnico en caso de quebrantamiento o de sustitución de la medida por evolución desfavorable, véanse los arts. 50.2 y 51.1 LORPM.
  - 15 De la redacción de este art. 14 del reglamento se deduce que consecuencia de las conductas «incumplidoras» se puede acusar al menor del delito de quebrantamiento, regulado en el art. 468 CP más las consecuencias derivadas y reguladas en el art. 50.2 LORPM (la sustitución de la medida no privativa de libertad por otra privativa de libertad). Véase, también, el Art. 10.1.6ª b del mismo reglamento.
  - 16 Párrafo extraído de SERRANO TÁRRAGA, *Ob. Cit.*, p. 351. Sobre la diferenciación entre el concepto del incumplimiento y el quebrantamiento en la legislación común o de adultos, la doctrina nos ofrece algunas pautas en el contexto del incumplimiento de la pena sustitutiva, en este sentido, véase MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Ob. Cit.*, p. 576.
  - 17 La regulación relativa a la evolución desfavorable (que puede implicar la «sustitución a peor») durante la ejecución de la medida está establecida también en la LORPM, en los arts. 7 d), 7 e) 13.1, 14, 25 g), 36.3, 44.3, 50, 51, 59.3 y Disposición Adicional 4ª c; en el reglamento que desarrolla la LORPM, en los artículos 10.1.6ª b y 14 c.
  - 18 Evolución negativa que se manifiesta en el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la medida no privativa de libertad, incumplimiento que, por sus características leves, no llega a interpretarse judicialmente como quebrantamiento; dicho de otra manera, el menor no será acusado del delito de quebrantamiento de condena del Art. 468 CP, pues en principio, dicho incumplimiento podría reconducirse a un cumplimiento normal de la medida (a diferencia de la situación de quebrantamiento, que no es reconducible hacia el cumplimiento normal).
  - 19 A pesar de la posibilidad o el riesgo de equiparar terminológicamente el concepto de «modificación» con el de «sustitución», no son conceptos sinónimos o idénticos; por ello, en el presente trabajo, utilizaré la palabra sustitución en la mayoría de casos o frases, que es el concepto más apropiado, en el sentido que los preceptos legales estudiados aquí (arts. 50.2 y 51.1 LORPM) contienen la expresión «sustitución» en su redactado únicamente (no

- «modificación»); a diferencia de otros preceptos legales de la LORPM, que utilizan la expresión «sustitución» y «modificación» de una manera indistinta (a título de ejemplos, véase el art. 13.1 LORPM, entre otros; también, véase la famosa STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 8º, párrafo 4º; véase igualmente el Informe del Defensor del Pueblo, 2002, p. 416, punto 5.4 *Modificación y sustitución de las medidas*).
- 20 Véase Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 3ª. 14.7.2008 (P: JOSEP NIUBÓ); también, y de la misma Audiencia Provincial de Barcelona, véase el Auto de dicha Audiencia, Sección 3ª, 12.9.2008 (MP: ROSER BACH).
  - 21 La misma crítica realizó el Consejo Fiscal, en referencia al redactado del art. 49 6ª CP, a la hora de decidir cuándo y cómo se ha incumplido la pena de Trabajo en beneficio de la comunidad, con estas palabras: «*Pero, el problema mayor la aparente insuficiencia de garantías en el procedimiento, como consecuencia de la inconcreción del mismo. A la pregunta de cómo decide el juez que se ha producido un incumplimiento, la norma no ofrece respuesta alguna. Tan sólo se prevé que ha de ser oído el Ministerio Fiscal (sorprendentemente, no se otorga el mismo tratamiento al propio condenado, que tal vez pudiera explicar las razones de su incumplimiento y facilitar la aplicación de otra regla de conducta que sí resulte viable.*», párrafo extraído del Informe del Consejo Fiscal sobre el anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, de fecha, 4 de febrero del 2009, p. 38.
  - 22 Dificultad, como mínimo, para un tribunal: la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Barcelona; véase Auto de la citada Audiencia Provincial de Barcelona, de 14.7.2008 (P: JOSEP NIUBÓ I CLAVERIA).
  - 23 Doctrina del TC que, a través de su STC 36/1991, de 14 de febrero, estableció el derecho fundamental a la legalidad penal ex arts. 25.1 CE, y 43.1 de la LORPM, y el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías del proceso penal ex arts. 24.2 CE, y 1.2 y 43.1 de la LORPM, en el Derecho penal juvenil. La mencionada doctrina se planteó el adaptar la jurisdicción de menores del momento (con otras palabras, la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948) a los principios y derechos de la Constitución española de 1978 como finalidad principal.
  - 24 El objetivo es otorgar mayores garantías procesales penales al actual procedimiento de sustitución de una medida no privativa de libertad por otra privativa de libertad, en el mismo sentido que propuso el Consejo Fiscal en relación con el art. 49 6ª CP, a la hora de decidir si el penado ha incumplido o no la pena, con las siguientes palabras: «*Pero, en un esfuerzo de optimización de dichas garantías, en particular la seguridad jurídica... sería ciertamente conveniente la introducción de algún filtro de legalidad –de orden procesal y/o sustantivo– que permitiera concretar la facultad decisoria del juez, o al menos sujetarla imperativamente a un procedimiento previo más rico en información y en contradicción.*», párrafo extraído del Informe del Consejo Fiscal sobre el anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, de fecha, 4 de febrero del 2009, p. 40.
  - 25 A título de ejemplos favorables a la constitucionalidad de los Arts. 50.2 y 51.1 LORPM: la Audiencia Provincial de Madrid, S. 4ª, Auto de fecha 25.11.2003; la Audiencia Provincial de Zaragoza, S. 1ª, Auto de fecha 30.03.2005; la Audiencia Provincial de Cádiz, S. 4ª, Auto de fecha 5.10.2006; la Audiencia Provincial de Las Palmas, S. 1ª, Auto de fecha 13.2.2007; la Audiencia Provincial de Las Palmas, S. 1ª, 18.12.2008 (P: SECUNDINO ALEMÁN ALMEIDA).
  - 26 Ejecutoria Núm. 64/2004, auto de fecha 7 de diciembre de 2004, por el que se acuerda no haber lugar a la sustitución de medida al menor JM; véase el Auto (que resuelve el recurso interpuesto por el ministerio fiscal contra el mencionado auto de dicho Juzgado de Menores) de la Audiencia Provincial de Zaragoza, S. 1ª, 30.3.2005 (P: ANTONIO ELOY LÓPEZ MILLÁN).
  - 27 Véase Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas, S. 1ª, 13.05.2005 (P: JOSÉ ANTONIO MARTÍN Y MARTÍN).
  - 28 Palabras extraídas del Auto de fecha 14 de julio de 2008.
  - 29 La doctrina especializada en menores, ORNOSA FERNÁNDEZ, Ob. Cit., p. 489 afirma, respecto a dicho art. 50.2, que: «*se vulnera el principio de proporcionalidad que contiene el Art. 8.2...*» (de la LORPM). La misma postura adopta la FGE, en su Circular 1/2009, p. 20 – 21, en el sentido que la FGE opta porque la sustitución de la medida no privativa de libertad quebrantada sea sustituida por otra de la misma naturaleza, es decir no de internamiento: «*debe valorarse que a la vista de la pena prevista por el Código Penal para el quebrantamiento (Art. 468.1 inciso segundo), sólo cabrá imponer por el mismo una medida no privativa de libertad, medida que fracasó con anterioridad y que precisamente motivó la sustitución.*» Sobre la vinculación del principio de proporcionalidad con el principio de legalidad (art. 25.1 CE), véase RAMOS TAPIA/WOISCHNIK, 2001, p. 149; también, RUIZ ROBLEDO, Ob. Cit., p. 307 y ss. Sobre la concepción del principio de proporcionalidad, en el año 1992, en la jurisdicción de menores, véase FABIÁ MIR, 1992.
  - 30 Segunda cuestión presentada, ante el TC, por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, mediante su Auto de fecha 12 de setiembre de 2008, P: ROSER BACH I FABREGÓ.
  - 31 Párrafo extraído de la FGE, Circular 1/2000, Apartado XI.7. - *Quebrantamiento de la medida*, p. 68.
  - 32 La doctrina especializada en justicia juvenil coincide también con los argumentos expresados por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Barcelona: no es constitucional sustituir una medida privativa de libertad por otra privativa de libertad, en virtud de los arts. 50.2 o 51.1 LORPM, sin unos mínimos requisitos procesales del art. 24.2 CE; en este sentido, «*La reformatio in peius de la medida inicialmente impuesta sería inconstitucional*», tal y como afirman GONZÁLEZ PINEDO/REDONDO HERMIDA, 2000, p. 6, de acuerdo con la doctrina del TC, doctrina establecida en su famosa STC 36/1991, de 14 de febrero; véase también VENTURA FACI/PELÁEZ PÉREZ, 2007, p. 293; de *los mismos*, Ob. Cit., p. 289 - 291; igualmente, ABEL SOUTO, 2003, p. 42; también, ORNOSA FERNÁNDEZ, Ob. Cit. p. 492, cuando afirma que: «*La sustitución de las medidas nunca podrá ser... por medidas más graves que las inicialmente acordadas. Otra cosa vulneraría con claridad el principio de legalidad que expresamente determina el Art. 43.1 LORPM*» (también, de la misma, 2001, p. 404 – 405); igualmente, VAR-

GAS argumenta que el art. 50.2 LORPM no es acorde con la doctrina del TC, en VARGAS CABRERA 2001, «Reglas para la ejecución de las medidas (Arts. 46 a 53)», p. 443-444; también, del mismo, Ob. Cit., p. 448, que afirma que, en virtud del art. 51.1: «las medidas no privativas de libertad no podrán sustituirse por otra privativa de libertad». La doctrina mayoritaria de menores exige nuevo juicio igualmente («nuevo expediente penal por la comisión de un nuevo delito», según expresión de ORNOSA FERNÁNDEZ) para poder sustituir una medida por otra más gravosa, véase, por todos, ORNOSA FERNÁNDEZ, Ob. Cit., p. 494.

- 33 Este párrafo ha sido extraído del Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, S. 1ª, 30.3.2005 (P: ANTONIO ELOY LÓPEZ MILLÁN).
- 34 No obstante, un sector doctrinal opina que la actual regulación de los arts. 50.2 y 51.1 de la LORPM es constitucional. En este sentido, hay que destacar CUELLO CONTRERAS, 2000, p. 96; y FEIJOO SÁNCHEZ, 2008., p. 474; igualmente, DE URBANO CASTRILLO/DE LA ROSA CORTINA, 2007, p. 269..
- 35 Párrafo transcrito de OLMEDO GÓMEZ, 2007, p. 2 – 3.
- 36 Este análisis se realiza, en este trabajo, durante la fase de ejecución de las medidas no privativas de libertad, en concreto, cuando surgen incidencias negativas: por evolución desfavorable (incumplimiento leve) de las obligaciones derivadas de la medida no privativa de libertad, de aplicación del art. 51.1 LORPM; o cuando esas incidencias negativas se consideran —por parte del órgano judicial— constitutivas del delito de quebrantamiento de la citada medida, (por incumplimiento grave, reiterado o contumaz de las obligaciones) de aplicación de los arts. 50.2 y 50.3 LORPM, junto con el art. 468.1 CP.
- 37 En este sentido, véase el trabajo de MONTERO HERNANZ, Ob. Cit.
- 38 Véase el ATC N° 33/2009, FJ 7º, párrafo 3º.
- 39 Frase transcrita del ATC N° 33/2009, FJ 7º, párrafo 6º.
- 40 La garantía jurisdiccional, además de ubicarse en el art. 25.1 CE, también encuentra reflejo en el art. 24.2 CE; en este sentido, véase MIR PUIG, 2002, p. 112 y p. 117; el mismo, 2011, p. 78; también, CORDÓN MORENO, 1999, p. 18 cuando hace referencia a las numerosas sentencias del TC que incluyen dicha garantía jurisdiccional en el citado art. 24.2 CE, siendo la primera de dichas sentencias la STC, 1ª, 18.5.1981 (P: ÁNGEL LATORRE SEGURA), de cuya sentencia y autor transcribo una breve frase, por su importancia y por tener relación directa con el tema ahora comentado: «No hay duda de que el artículo 24.2 CE reconoce el viejo principio que prohíbe imponer una pena sin un juicio previo con todas las garantías», necesidad de juicio previo que está incluida en la garantía jurisdiccional, necesidad de juicio previo que propongo, de *lege ferenda*, en este traba-

jo, antes de sustituir una medida no privativa de libertad por otra de internamiento. Para una mayor profundización sobre la garantía jurisdiccional como manifestación del principio de legalidad, véase La garantía jurisdiccional se ubica también en el art. 117.3 CE, véase RUIZ ROBLEDO, Ob. Cit., p. 29-30.

- 41 Frase extraída de MIR PUIG, 2002, p. 112.
- 42 El proceso debido lo considero imprescindible, tal y como en su día sostuvo el TC en su STC, pleno, 14.2.1991 (P: FRANCISCO RUBIO LLORENTE), en concreto, FJ 8º, último párrafo.
- 43 La técnica o método de la interpretación «conforme a la Constitución» significa que: «Un principio fundamental de nuestro sistema constitucional es que todas las disposiciones de rango inferior a la Constitución se han de interpretar teniendo en cuenta la Constitución. Siendo el TC el supremo intérprete de la Constitución, eso significa que estas disposiciones se han de leer de manera que se ajusten a las doctrinas establecidas por el TC al interpretar la Constitución. El artículo 5.1 de la LOPJ lo dice muy claro al proyectar sobre los jueces ordinarios el mandato de interpretación conforme». Párrafo extraído de FERRERES COMELLA, 2010, p. 471; del mismo, 2007, p. 38; del mismo, 2012, p. 112 y ss; véase sobre este método, igualmente, FERRERES COMELLA/MIERES MIERES, 1999, p. 321. Sobre este método de interpretación, en relación con la jurisdicción de menores, véase la STC, 1ª, 17.3.1998, FJ 4º, párrafo 3º (P: PEDRO CRUZ VILLALÓN).
- 44 El estar ante nuevos hechos implica que se debe se debe iniciar un nuevo procedimiento (en virtud de la doctrina establecida en la STC 36/1991, de 14 de febrero). Propuesta inspirada en la FGE, Circular 1/2000, Apartado XI.7.- *Quebrantamiento de la medida*, p. 68 y ss. Véanse los pros y los contras que expone la FGE en dicha Circular, en relación con esta propuesta.
- 45 Propuesta inspirada en la FGE, Circular 1/2000, p. 68, pero la FGE detalla algunas objeciones que es necesario tener en cuenta.
- 46 Para una profundización sobre el concepto del interés superior del menor desde el ámbito civil y privado, véase la excelente obra de RIVERO HERNÁNDEZ, 2000, *El interés del menor*; véase, también, desde el ámbito del Derecho penal juvenil, ALTAVA LAVALL, 2002, pp. 347-380; sobre la doctrina constitucionalista, en materia de menores, que ha tratado la cláusula general del «interés superior del menor», como concepto jurídico indeterminado, véase DíEZ-PICAZO, 1993, p. 130 – 131; ORNOSA FERNÁNDEZ, Ob. Cit., p. 86 y ss., véase también ORTEGA GUERRERO, 2002, p. 89, y MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, Ob. Cit., p. 601; también, FREEDMAN, 2005; del mismo 2013, y, sobre todo, CILLERO BRUÑOL, 2007, pp. 243-250.