

#### 4. *Jurisprudencia Europea*

### I. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL - DERECHO PENAL JUVENIL (EXTRACTO DE SENTENCIA)

#### DERECHO PENAL ADOLESCENTE – TERRORISMO.

CAVANDO TRINCHERAS FRENTE A MENORES DELINCUENTES,  
RESULTADO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
ESPAÑOL 160/2012, DE 20 DE SEPTIEMBRE

DANIEL RODRÍGUEZ HORCAJO\*

Hasta hace no tanto, todo estaba meridianamente claro en el sistema penal español: a los delincuentes mayores de edad (la mayoría de edad penal coincide con la ordinaria regulada en el art. 12 de la Constitución española, es decir, los dieciocho años) se les aplica el Código Penal (art. 19 CPe), a los delincuentes menores de 18 años y mayores de 14, se les aplica la Ley de Responsabilidad Penal del Menor (art. 1 de dicha Ley –aprobada por la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero–). El primero, basado en una visión preventivo-general de la pena (donde la retribución también tiene su espacio, y donde la prevención especial queda diferida al momento de la ejecución), y la segunda, con un fundamento de prevención especial positiva.

Hasta aquí, la historia oficial. Lo cierto es que, al menos desde antes de su entrada en vigor (las vicisitudes legislativas de la LRPM darían para otro comentario), la LRPM ya contenía disposiciones que cuando menos preterían la reinserción del menor delincuente en aras de un intento de prevención general. Entre ellas está su Disposición Adicional 4<sup>a</sup>, cuya constitucionalidad resultó dudosa para el Juzgado Central de Menores, que elevó al Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad, lo que desembocaría en la Sentencia de dicho Tribunal que ahora nos ocupa (STC 160/2012, de 20 de septiembre). El objeto del fallo del TCe fue el apartado 2.c de esa Disposición Adicional, en concreto, la regla por la cual, los menores de entre 16 y 18 años que hubiesen cometido delitos especialmente graves no podrían ver abierta la posibilidad de suspensión de la ejecución del fallo condenatorio

\* Becario FPU del Ministerio de Educación español. Profesor de Derecho Penal, Universidad Autónoma de Madrid.

hasta el cumplimiento de la mitad de la medida de internamiento en régimen cerrado impuesta. Y si bien es cierto que la Disposición Adicional 4ª LRPM fue derogada hace ya seis años (por la LO 8/2006, de 4 de diciembre), no lo es menos que su contenido no desapareció, sino que pasó a formar parte del articulado de la Ley (actual art. 10.2.b LRPM), por lo que este fallo tiene aún más trascendencia si cabe.

El TCe aborda la cuestión desde las dos perspectivas propuestas por el Juzgado Central de Menores. En primer lugar, analiza la Disposición a la luz del art. 25.2 CE, para posteriormente aplicarle el filtro del derecho/principio de igualdad. En todo caso, hace esto partiendo desde la tradicional actitud del Alto Tribunal hacia el legislador penal: deferencia con su competencia exclusiva en el diseño de la política criminal y control de las fronteras de la misma (FJ 2.c).

En relación con el art. 25.2 CE (único precepto constitucional que hace referencia a una determinada orientación de la pena privativa de libertad), el TCe reproduce su postura tradicional (desarrollada en sede de Derecho Penal de adultos): dicho artículo no contiene un derecho fundamental sino un mandato de optimización dirigido al legislador, entendiéndose por tanto que en la CE caben otras finalidades de la pena (FJ 3.a). De este modo, el TCe considera que, junto a la función esencial del sistema penal de protección de los bienes jurídicos más importantes, el legislador puede también perseguir “*otros fines legítimos*”, no siendo éstos sólo de prevención especial positiva, sino también de prevención general (FJ 4, párr. 1-3).

Como las medidas recogidas por la LRPM tienen naturaleza aflictiva y sancionadora, no cabe duda de que dicho régimen especial de responsabilidad también se encuentra vinculado por el mandato del art. 25.2 CE (FJ 3.b). Pero aunque una de las especialidades del régimen de responsabilidad penal de los menores es la mayor trascendencia de la función de reinserción social (así reza la Exposición de Motivos, punto I.4, de la LRPM: “*asentando firmemente el principio de que la responsabilidad penal de los menores presenta frente a la de los adultos un carácter primordial de intervención educativa que trasciende a todos los aspectos de su regulación jurídica y que determina considerables diferencias entre el sentido y el procedimiento de las sanciones en uno y otro sector, sin perjuicio de las garantías comunes a todo justiciable*”), no es menos cierto que no se pueden desatender otros fines o que, al menos, no queda constitucionalmente vedada la búsqueda de una finalidad de prevención general aún en demérito parcial de las finalidades de reinserción (FJ 5 párr. 1).

Y esta es la discusión que subyace al asunto, pues recordemos que la medida cuestionada retira del Juez parte de la flexibilidad de la que goza el sistema de menores para facilitar una condena y una ejecución de la misma siempre atenta de la reinserción del joven delincuente (obliga a que la medida impuesta sea obligatoriamente de internamiento, y, además, que la suspensión de la ejecución del fallo no pueda proceder hasta el cumplimiento de la mitad de la condena) en favor de una idea (bien o mal entendida) de prevención general (se articula una reacción más dura frente a los delitos especialmente graves cometidos por los menores que más se asemejan a los adultos –los que ya tienen 16 años–, tanto para disuadir de su comisión como para pacificar el sentimiento social de repulsa hacia los mismos).

Aquí la solución constitucional pasa, como tantas otras veces, por una ponderación entre fines, teniendo que ser considerado el grado en que la norma reduce las posibilidades de reinserción social y la posible justificación de dicha reducción en base a otro fin legítimo (FJ 5 párr. 2). En opinión del TCe, la norma no desatiende totalmente las necesidades preventivo-especiales sino que las difiere en el tiempo (hasta el cumplimiento de la mitad de la condena –FJ 6.a–), autolimita su grado de aplicación (solo se aplica a jóvenes de entre 16 y 18 años –FJ 6.b– que han cometido delitos de especial gravedad –FJ 6.c–) y está legítimamente justificada (por dirigirse a los menores más cercanos al sistema penal de adultos –donde la prevención general es la finalidad genuina– y por aplicarse en caso de la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos más trascendentales –en los cuales el recurso a la prevención general es más necesaria–; FFJJ 6.b y 6.c). Por todo ello, la norma pasa el cedazo de la constitucionalidad en este punto.

En relación con el art. 14 CE, la argumentación es mucho más sencilla, ya que una gran parte de la motivación venía ya implícita en el razonamiento anterior. Evidentemente, se considera que existe un trato desigual entre los sujetos a los que son de aplicación esta Disposición Adicional y todos los demás (FJ 8). Sin embargo, el art. 14 CE no prohíbe cualquier trato desigual, sino sólo aquel no basado en una “*justificación objetiva y razonable*”, o que basándose en la misma resulte manifiestamente desproporcionado (FJ 7). Y en este caso, existe una justificación objetiva (“*un dato objetivo y rigurosamente neutro, como es la gravedad penal de las conductas*” –FJ 8.a–) y razonable (“*resulta a todas luces razonable que las finalidades de prevención general se acentúen [...] respecto de los delitos que de modo más intenso atentan contra los bienes jurídicos más valiosos, pues más intensas serán las necesidades de disuadir su comisión y de reafirmar socialmente la confianza en su indemnidad*” –FJ 8.a–), y además no existe desproporción alguna (porque es cierto

que, aunque la suspensión solo es asequible una vez cumplida la mitad de la condena, si atendemos a que en ningún caso procede la suspensión de la misma para condenas superiores a dos años –art. 40 LRPM–, el máximo de cumplimiento previo a la aparición de dicha posibilidad es de un año –que sería lo que debería cumplir un sujeto condenado por uno de estos delitos a una medida de internamiento en régimen cerrado de dos años–, lo que no supone un tratamiento fáctico desproporcionado con respecto a los demás delincuentes menores –FJ 8.b–). Así, tampoco procede, en opinión del TCe estimar la vulneración del art. 14 CE por la norma cuestionada.

Como decíamos antes, este segundo escollo era de salvado lógico una vez justificado el primero (abriendo la puerta a medidas estrictamente preventivo-generales en el Derecho Penal de los menores, no se nos alcanza un supuesto –aunque en la lista de delitos de la Disposición Adicional hay, en el fondo, tremenda heterogeneidad– en el que esté más justificado su uso aún a costa de un tratamiento igualitario). El epicentro de la sentencia, sin embargo, es el primer problema jurídico. Probablemente se echa de menos una aproximación al asunto como la que hace la Magistrada Asúa Batarrita en su Voto particular a dicha Sentencia, donde, partiendo de la especialidad del Derecho Penal del menor niega la recepción automática de toda la doctrina constitucional existente sobre los fines de la pena en el Derecho Penal de adultos. Teniendo en cuenta que, además, el art. 39.4 CE considera que “*los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*”, y haciendo una lectura tanto de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 de Naciones Unidas, como del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1976, “*en relación con los menores de dieciocho años –grupo sobre el que se proyecta explícitamente la Convención sobre los derechos del niño como se declara en su art. 1– el mandato general recogido en el art. 25.2 CE adquiere mayor densidad normativa, al cohererarse con los derechos del menor reconocidos ex art. 39.4 CE*”. Así las cosas, no cabe acoger ninguna medida que por perseguir otra finalidad legítima de la pena deje de ser acorde con la idea de reinserción social. Esta Disposición Adicional 4ª LRPM (actual art. 10.2.b LRPM) es una de esas normas que no cabe en nuestro sistema constitucional, pues da cobertura a un desplazamiento absoluto del planteamiento preventivo-especial positivo.

El TCe, sin embargo, prefirió dejar al legislador penal que siguiera cavando y avanzando trincheras en esta suerte de guerra simbólica contra la delincuencia (también juvenil). Quizá de tanto cavar el propio Estado de Derecho objeto de defensa quede socavado.

STC 160/2012, DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 2012

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Pascual Sala Sánchez, Presidente, don Ramón Rodríguez Arribas, don Manuel Aragón Reyes, don Pablo Pérez Tremps, doña Adela Asua Batarrita, don Luis Ignacio Ortega Álvarez, don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, doña Encarnación Roca Trias, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré y don Juan José González Rivas, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

S E N T E N C I A

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6021-2001, planteada por el Juzgado Central de Menores, sobre el apartado 2 c) de la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, introducida por la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley Orgánica 5/2000 en relación con delitos de terrorismo. Han comparecido el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Luis Ignacio Ortega Álvarez, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. ANTECEDENTES

1. . El día 19 de noviembre de 2001 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Constitucional oficio del titular del Juzgado Central de Menores

de Madrid al que se adjuntaba testimonio de las actuaciones correspondientes al expediente de reforma núm. 3-2001, en cumplimiento del Auto del mismo órgano jurisdiccional de 2 de noviembre de 2001, que se acompañaba, por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del apartado 2 c) de la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante, LORPM), introducido por la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación del Código Penal (CP) y de la Ley Orgánica 5/2000 en relación con delitos de terrorismo, por su posible contradicción con los arts. 14 y 25.2 de la Constitución.

[...]

3. El Auto de planteamiento cuestiona la constitucionalidad del apartado 2 c) de la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores, que dispone lo siguiente.

Disposición adicional cuarta:

“Aplicación a los delitos previstos en los artículos 138, 139, 179, 180, 571 a 580 y aquellos otros sancionados en el Código Penal con pena de prisión igual o superior a quince años.

[...]

2. A los imputados en la comisión de los delitos mencionados en el apartado anterior, menores de dieciocho años, se les aplicarán las disposiciones de la presente Ley Orgánica, con las siguientes especialidades:

[...]

c) Cuando alguno de los hechos cometidos sea de los previstos en esta

disposición adicional y el responsable del delito fuera mayor de dieciséis años, el Juez impondrá una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a ocho años, complementada, en su caso, por otra medida de libertad vigilada, hasta un máximo de cinco años, con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el párrafo segundo de la regla 5ª del artículo 9 de esta Ley Orgánica. En este supuesto sólo podrá hacerse uso de las facultades de modificación suspensión o sustitución de la medida impuesta a las que se refieren los artículos 14, 40 y 51.1 de esta Ley Orgánica, cuando haya transcurrido, al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta”.

Las dudas de constitucionalidad se circunscriben al último inciso del citado precepto, y además es concretada en relación con la imposibilidad de aplicar la figura de la suspensión de la ejecución del fallo (recogida en el art. 40 LORPM) a los autores de un delito de terrorismo mayores de 16 años. Considera el órgano promotor de la cuestión que el citado precepto vulnera los arts. 14 y 25.2 CE.

[...]

## II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

[...]

2. Con carácter preliminar al análisis de fondo de la cuestión, es preciso efectuar una serie de consideraciones.

[...]

c) Sentado lo anterior, conviene también poner de manifiesto con carácter previo –por lo que de relevante tiene para el alcance de nuestro enjuiciamiento–, que el control de la ley penal que

este Tribunal tiene asignado debe venir presidido, en todo caso, por el reconocimiento de la competencia exclusiva del legislador para el diseño de la política criminal, correspondiéndole un amplio margen de libertad, dentro de los límites de la Constitución, para la configuración tanto de los bienes penalmente protegidos y los comportamientos penalmente reprobables, como del tipo y la cuantía de las sanciones penales, o la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 9; 163/1999, de 20 de julio, FJ 23; 127/2009, de 26 de mayo, FJ 8; 203/2009, de 27 de octubre, FJ 5; 60/2010, de 7 de octubre, FJ 7). El juicio de constitucionalidad que nos atañe no se ocupa, en consecuencia, de cuestiones referidas a la eficacia, conveniencia o acierto técnico de la norma, sino únicamente a enjuiciar si se han respetado los límites externos que a la intervención legislativa imponen los principios constitucionales invocados por el órgano cuestionante (en igual sentido, SSTC 45/2009, de 19 de febrero, FJ 3 y 151/2009, de 25 de junio, FJ 4). Por tal razón, una hipotética solución desestimatoria ante una norma penal cuestionada no afirma nada más ni nada menos que su sujeción a la Constitución, sin implicar, por lo tanto, en absoluto, ningún otro tipo de valoración positiva en torno a la misma (STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 6).

3. Adentrándonos ya en el fondo de las dudas de constitucionalidad formuladas por el Juzgado Central de Menores, procederemos en primer

lugar, invirtiendo el orden expuesto en el Auto de planteamiento, a enjuiciar la compatibilidad del precepto con el art. 25.2 CE, pues las conclusiones que se obtengan de ese análisis sentarán, en buena medida, las bases del juicio de razonabilidad y proporcionalidad que impone el derecho a la igualdad (art. 14 CE). Tal como se expuso con mayor amplitud en los antecedentes, la contrariedad al art. 25.2 CE que alega el Juzgado Central de Menores viene fundamentada en que el precepto cuestionado impide al juez aplicar, para determinados delitos especialmente graves, la suspensión de la ejecución de la medida de internamiento hasta al menos la mitad de su cumplimiento, desatendiendo con ello, a juicio del Juzgado, la imprescindible flexibilidad que debe imperar en la aplicación de las medidas privativas de libertad de los menores y, en última instancia, las necesidades de resocialización y reinserción social del menor infractor.

a) Desde el ATC 486/1985, de 10 de julio, este Tribunal ha venido afirmando que el art. 25.2 CE no contiene un derecho fundamental, sino un mandato constitucional dirigido al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, que como tal puede servir de parámetro de constitucionalidad de las leyes (SSTC 2/1987, de 21 de enero, FJ 2; 28/1988, de 23 de febrero, FJ2; 79/1998, de 1 de abril, FJ 4; y 120/2000, de 10 de mayo, FJ 4). Junto a ello, ya en el citado Auto destacamos también que dicho precepto “no establece que la reeducación y la reinserción social sean la única finalidad legítima de la pena privativa de

libertad” (también, SSTC 167/2003, de 29 de septiembre, FJ 6 y 299/2005, de 21 de noviembre, FJ 2); por ello, de la mención de que las penas y las medidas de seguridad deberán estar orientadas a tales finalidades, no se deriva que tales fines sean los únicos objetivos admisibles de la privación penal de libertad ni, por lo mismo, que haya de considerarse contraria a la Constitución “la aplicación de una pena que pudiera no responder exclusivamente a dicha finalidad” (SSTC 19/1988, de 16 de febrero, FJ 9, citando el ATC 780/1986, de 19 de noviembre; 167/2003, de 29 de septiembre, FJ 6; y 299/2005, de 21 de noviembre, FJ 2).

Debe tenerse presente también, como dijimos en la STC 120/2000, de 10 de mayo, que el mandato que establece el art. 25.2 CE “opera como parámetro de ponderación del completo sistema de ejecución de las penas y de las instituciones que lo integran. De manera que no se trata tanto de la valoración de una concreta pena privativa de libertad, como de su ponderación en el marco de un sistema en el que son piezas claves instituciones como la condena o remisión condicional, las formas sustitutivas de la prisión, o, por último, los distintos regímenes de cumplimiento de la pena” (FJ 4). En este sentido, hemos afirmado que la figura de la suspensión condicional de la pena –trasunto en el Derecho penal de adultos de la figura de la suspensión del fallo recogida en el art. 40 LORPM– “constituye una de las instituciones que tienden a hacer efectivo el principio de reeducación y reinserción social contenido en el art.

25.2 CE”, para cuya aplicación deben ponderarse distintos factores, tales como “las circunstancias individuales del penado, así como de los valores y bienes jurídicos comprometidos en la decisión, teniendo en cuenta la finalidad principal de la institución, la reeducación y reinserción social, y las otras finalidades, de prevención general, que legitiman la pena privativa de libertad” (STC 110/2003, de 16 de junio, FJ 4; 248/2004, de 20 de diciembre, FJ 4; 320/2006, de 15 de noviembre, FJ 2; 57/2007, de 12 de marzo, FJ 2).

b) Resulta indudable que, dada su naturaleza afflictiva y sancionatoria, las medidas previstas en la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores se insertan en la órbita de aplicación del art. 25.2 CE, debiendo por tanto estar orientadas, por mandato constitucional, hacia la reeducación y reinserción social de los menores infractores. De hecho, 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”.

[...]

4. Llegados a este punto, procede poner de manifiesto que el cometido esencial del sistema penal –que engloba

también la legislación penal de menores– radica en la protección de los bienes jurídicos más importantes del ciudadano y la sociedad, para lo cual el legislador se ve obligado a establecer un complejo entramado de sanciones y medidas privativas de derechos que operan en diferentes estratos temporales –desde la conminación abstracta hasta el momento de ejecución efectiva de la sanción impuesta– y con distintas finalidades. Así, hemos afirmado que el legislador penal, para fijar la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna, “ha de atender no sólo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que puede perseguir con la pena y a las diversas formas en que la misma opera y que podrían catalogarse como sus funciones o fines inmediatos: a las diversas formas en que la conminación abstracta de la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de los destinatarios de la norma –intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento, resocialización, etc.– y que se clasifican doctrinalmente bajo las denominaciones de prevención general y de prevención especial. Estos efectos de la pena dependen a su vez de factores tales como la gravedad del comportamiento que se pretende disuadir, las posibilidades fácticas de su detección y sanción, y las percepciones sociales relativas a la adecuación entre delito y pena” (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6 y 161/1997, de 2 de octubre, FJ 9).



La reinserción social es una de esas finalidades, a la que, según mandato constitucional (art. 25.2 CE), deben estar orientadas las penas y medidas privativas de libertad, pero no es el único cometido con que las penas operan en aras a satisfacer el fin de protección de bienes jurídicos, ni debe ser esa, como hemos venido reiterando, la interpretación que haya de hacerse del precepto constitucional (SSTC 167/2003, de 29 de septiembre, FJ 6 y 299/2005, de 21 de noviembre, FJ 2). Debe resaltarse, en este sentido, que “el mandato presente en el enunciado inicial de este art. 25.2 tiene como destinatarios primeros al legislador penitenciario y a la administración por él creada, según se desprende de una interpretación lógica y sistemática de la regla” (STC 19/1988, de 16 de febrero, FJ 9). Cabe afirmar, así, que la finalidad de reinserción social se proyecta esencialmente sobre la fase de ejecución, en la que se materializa la afección al derecho a la libertad (art. 17.1 CE) de quien resulta penalmente sancionado, pero ha de armonizarse con otros fines legítimos de la pena, que adquieren mayor protagonismo en otros momentos de intervención del ius puniendi. En particular, la finalidad de prevención general, tanto en su vertiente de disuasión de potenciales delincuentes mediante la amenaza de pena, como de reafirmación de la confianza de los ciudadanos en el respeto de las normas penales, constituye igualmente un mecanismo irrenunciable para el cometido de protección de bienes jurídicos.

Ese complejo entramado de funciones de la pena no funciona sin tensiones,

en la medida en que lo necesario para la satisfacción de la prevención general, en lo relativo a la decisión sobre el sí y el cuánto de la pena a imponer, puede no ser lo idóneo o lo más aconsejable desde la óptica de la reinserción social, siendo labor del legislador, dada su competencia exclusiva para el diseño de la política criminal (entre otras, las ya citadas SSTC 203/2009, de 27 de octubre, FJ 5 y 60/2010, de 7 de octubre, FJ 7), la articulación de las relaciones entre ellos, a partir de los instrumentos de que dispone. Expresión de una decisión de esa índole es, por ejemplo, la de limitar la aplicación de las figuras de la suspensión y la sustitución a penas máximas de dos años, tal como se recoge, respectivamente, en los arts. 80.1 y 88.1, párrafo 2 CP; de modo que, aun cuando pudiera considerarse que el autor de un delito con pena superior a la prevista en dichos preceptos no necesita del ingreso en prisión para su reinserción social, necesidades de prevención general justificarían la privación de libertad.

Sin lugar a dudas, a esa misma lógica, referida a la necesidad de articular distintas finalidades de la sanción penal, responde la decisión legislativa cuya constitucionalidad es cuestionada por el órgano judicial, imponiendo el legislador, por razones derivadas del telos de la prevención general, la aplicación de una medida de internamiento al menor sin posibilidad de suspensión hasta la mitad del cumplimiento de la fijada en Sentencia, aun cuando pudiera concluirse —tal como, de hecho, considera el órgano judicial que acontece en el caso concreto— que el menor no precisa

de reinserción social. En este sentido, no sobra poner de relieve que, de igual modo que en el Código penal y por idénticas razones de prevención general, la posibilidad de suspender la ejecución de la medida de internamiento prevista en el art. 40 LORPM –en cuya restricción para determinados delitos de especial gravedad funda el órgano judicial su planteamiento– queda también limitada a medidas inferiores a dos años de duración.

5. Resultando irrenunciable, como hemos afirmado, para el cometido final de protección de bienes jurídicos esenciales la finalidad de prevención general de la pena, no puede rechazarse que dicha función haya de ser también predicable de las medidas previstas en la legislación penal de menores, entendiéndolo –como hemos visto que ha hecho el legislador– que las mismas se legitiman también por sus posibles efectos de conminación a los menores infractores y de reafirmación de la vigencia de las normas penales en la ciudadanía. Sin lugar a dudas, como ya hemos puesto de manifiesto una de las más relevantes particularidades de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores es el mayor protagonismo que ostenta la función de reinserción social, pero de ello, ni cabe concluir que el legislador haya prescindido de otros fines necesarios de la pena, ni, en lo que al juicio que a nosotros compete –que procede recordar que no atañe a la eficacia, conveniencia o calidad de la norma (SSTC 45/2009, de 19 de febrero, FJ 3 y 151/2009, de 25 de junio, FJ 4)–, debe derivarse que

exista un mandato constitucional de que la legislación penal de menores deba legitimarse exclusivamente en atención a tal finalidad.

En conclusión a lo afirmado, el análisis de la inconstitucionalidad del precepto de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores no puede partir de su compatibilidad con el mandato de reinserción social como finalidad exclusiva y excluyente de las sanciones privativas de libertad; por el contrario, nuestro enjuiciamiento deberá atender a su armonización con otros fines legítimos de las medidas privativas de libertad, analizando tanto el grado en que se reducen las posibilidades de articulación de la reinserción social –pues, sin lugar, a dudas, una norma que impidiera de modo radical tal posibilidad sí resultaría contraria al art. 25.2 CE–, como si ello aparece justificado por un fin legítimo.

[...]

6. Delimitada la forma que ha de revestir nuestro enjuiciamiento, procede recordar que la duda de constitucionalidad del órgano judicial se circunscribe a la limitación que efectúa la disposición adicional cuarta sobre la posibilidad de aplicar la suspensión de la ejecución de la medida hasta el cumplimiento de la mitad de su duración, para los supuestos de comisión por infractores mayores de dieciséis años de los delitos de homicidio, asesinato, violación, delitos de terrorismo y otros delitos con pena superior a quince años de prisión.

a) Lo primero que es preciso poner de manifiesto es que el citado precepto, si bien reduce la flexibilidad de aplica-

ción de las medidas que impera en la legislación penal de menores, no cierra completamente la posibilidad de atender a necesidades preventivo-especiales, pues permite que, una vez superada la mitad de la medida, el juez pondere la necesidad de mantener el cumplimiento de la misma y, en caso de no considerarlo así, acuerde la suspensión de su ejecución.

b) En segundo lugar, es importante atender al hecho de que el precepto cuestionado no se aplica a todos los menores infractores, sino que restringe su ámbito de aplicación a los mayores de dieciséis años, partiendo, en consecuencia, de una ponderación entre las necesidades de prevención general y la particularidad que presentan los menores de edad respecto a la atribución de culpabilidad por los actos realizados.

[...]

c) Relevante también ha de ser, en tercer lugar, el dato de que el ámbito de aplicación del precepto cuestionado está restringido no sólo a los menores por encima de dieciséis años, sino además respecto de la comisión de determinados delitos cuya característica común radica en su particular gravedad, por cuanto atentan a los más esenciales bienes jurídicos de la persona –la vida, la libertad e indemnidad sexuales– y la sociedad –delitos de terrorismo– o porque, en todo caso, el Código penal determina para ellos una sanción superior a quince años de prisión. La necesidad de protección de los bienes jurídicos más valiosos permite justificar un mayor énfasis de los mecanismos preventivo-generales de la pena y, consiguientemente, la reducción de la aplicación de instrumentos

preventivo-generales, tales como la suspensión de la ejecución de la medida privativa de libertad que contempla el precepto cuestionado.

En conclusión a todo lo afirmado, y enfatizando una vez más, con la STC 150/1991, de 4 de julio, que “el art. 25.2 CE no resuelve sobre la cuestión referida al mayor o menor ajustamiento de los posibles fines de la pena al sistema de valores de la CE ni, desde luego, de entre los posibles –prevención general; prevención especial; retribución, reinserción, especial trascendencia constitucional– ha optado por una concreta función de la pena en el Derecho penal” (FJ 4), el apartado 2 c) de la disposición adicional cuarta introducida por la Ley Orgánica 7/2000 no es contrario al art. 25.2 CE, puesto que, de una parte, no impide totalmente atender a necesidades de reinserción social y, de otra, la limitación que sí establece se halla restringida a supuestos delictivos de especial gravedad cometidos por infractores con edad superior a dieciséis años, en los que el fin de protección de bienes jurídicos puede precisar una mayor atención a funciones legítimas de prevención general.

7. La segunda objeción que efectúa el órgano judicial se basa en la incompatibilidad del precepto con el derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE)...

[...]

Como recuerda la STC 122/2008, de 20 de octubre, FJ 6, este Tribunal tiene declarado, desde la STC 22/1981, de 2 de julio, recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que “el principio de igualdad

no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable.

[...]

En suma, una vez constatada esa diferencia de tratamiento, su licitud requerirá una triple exigencia: “las diferenciaciones normativas habrán de mostrar, en primer lugar, un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse, además, en términos no inconsistentes con tal finalidad y deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas” (SSTC 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 6; 155/1998, de 13 de julio, FJ 3 y 180/2001, de 17 de septiembre, FJ 3, citadas por la STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 5).

8. [...]

a) Aplicando los criterios que informan el juicio sobre igualdad, ya refe-

renciados, procede afirmar, en primer lugar, que la diferenciación efectuada por el legislador posee una base objetiva y una justificación razonable. “La concreta regulación especial o diferenciada que se cuestiona no se ha articulado a partir de categorías de personas o grupos de las mismas” (STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 11), sino a partir de un dato objetivo y rigurosamente neutro, como es la gravedad penal de las conductas, atendido su grado de lesividad y la relevancia de los bienes jurídicos menoscabados, de modo que las consecuencias jurídicas previstas –y, en particular, la restricción de la suspensión de la ejecución de la medida– se aplicarán por igual a todos los menores que, en la franja de edad establecida, cometan tales conductas delictivas. No puede concluirse, por tanto, que el legislador haya establecido una diferencia entre situaciones iguales, respondiendo el más gravoso régimen de ejecución de las medidas de internamiento previsto en la norma a la comisión de delitos más graves. Ni tampoco que la diferenciación esté basada en circunstancias desconectadas de la finalidad de la norma y, en esa medida, irrazonables. Reiterando lo manifestado en fundamentos jurídicos anteriores, podemos afirmar que las restricciones que tanto el art. 9.5 como la disposición adicional cuarta, apartado 2 c), establecen a las posibilidades de aplicación de institutos como la modificación, la sustitución o –en la norma cuestionada– la suspensión de la medida de internamiento encuentran su fundamento en la necesidad de conjugar el fin prioritario de

reinserción social que preside la legislación penal de menores con la función de prevención general que también ha de desplegar la sanción para cumplir su cometido de protección de bienes jurídicos. Desde dicho fundamento, resulta a todas luces razonable que las finalidades de prevención general se acentúen –tanto aumentando el límite máximo de la medida de internamiento como añadiendo restricciones para la suspensión de su ejecución– respecto de los delitos que de modo más intenso atacan contra los bienes jurídicos más valiosos, pues más intensas serán las necesidades de disuadir de su comisión y de reafirmar socialmente la confianza en su indemnidad.

b) Afirmado tanto el substrato objetivo de la diferenciación como su razonabilidad, resta todavía por dirimir si la misma puede conducir, no obstante, a consecuencias desproporcionadas.

[...]

Tampoco desde este criterio del juicio de igualdad cabe efectuar reproche alguno a la norma cuestionada. Ya hemos puesto de manifiesto que la suspensión de la ejecución queda limitada con carácter general a medidas privativas de libertad inferiores a dos años (art. 40 LORPM), lo que conlleva ya una importante restricción a su aplicabilidad en los supuestos que contempla la disposición adicional cuarta, para los que se prevé una medida mínima de un año y máxima de ocho. Ello supone, en una aplicación conjunta de ambos preceptos, que la restricción adicional que incorpora el precepto cuestionado –que impone la mitad del cumplimiento de

la medida–, dará lugar a que el periodo máximo de cumplimiento de la medida previo a la posibilidad de suspensión sea de un año, y la mínima seis meses. El precepto de contraste no contempla tal restricción adicional, pero teniendo en cuenta la mayor gravedad de los delitos recogidos en la norma cuestionada, y, consiguientemente, la necesidad de reforzar la eficacia preventivo-general de la respuesta jurídica para la protección de los bienes jurídicos más esenciales del ciudadano y de la sociedad, la citada limitación no se revela desproporcionada.

## F A L L O

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6021-2001.

Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a veinte de septiembre de dos mil doce.

Votos

Voto particular concurrente que formula el Magistrado don Manuel Aragón Reyes a la Sentencia recaída en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6021-2001.

[...]

Voto particular que formula la Magistrada doña Adela Asua Batarrita a la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6021-2001,

al que se adhiere el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré.

[...]

[...] mis desacuerdos se refieren a lo que considero insuficiente contemplación, en el planteamiento de la Sentencia, de las singulares diferencias que comporta el sistema de justicia penal de los menores respecto al general derecho penal de los adultos. No puede dejarse de destacar que nuestra doctrina sobre las finalidades de la pena, que en esta Sentencia son objeto de análisis, se ha construido desde y para el derecho penal ordinario de las personas adultas, por lo que una traslación cuasi automática, como se hace en la Sentencia de la que discrepo, de los criterios generales a la justicia penal de menores corre el riesgo de desdibujar o directamente ignorar los principios y derechos específicos que están en juego y que resultan significativos a los efectos del presente enjuiciamiento. Y esto es a mi juicio lo que se produce en la presente Sentencia, que concluye con la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad planteada, desatendiendo el peso específico que ostentan los derechos de los menores en este ámbito de la justicia penal.

2. La aproximación al alcance del art. 25.2 CE cuya vulneración se atribuye a la norma cuestionada, no puede prescindir de la contemplación de lo dispuesto en el art. 39.4 CE: “Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”, lo cual nos conduce a la necesidad de atender las reglas que al efecto prescribe la Convención sobre los derechos del niño de 1989 de las

Naciones Unidas, incorporada a nuestro ordenamiento el 31 de diciembre de 1990.

[...]

3. Desde esta perspectiva, la primacía del interés superior del menor debe operar necesariamente como criterio transversal en toda intervención que afecte a menores de edad. De manera que aquellas medidas que no estimulen su readaptación social, o más aún, si resultan contraproducentes, resultan contrarias a lo establecido en los convenios que forman parte de nuestro Derecho interno. Por ello, en relación con los menores de dieciocho años –grupo sobre el que se proyecta explícitamente la Convención sobre los derechos del niño como se declara en su art. 1– el mandato general recogido en el art. 25.2 CE adquiere mayor densidad normativa, al cohonestarse con los derechos del menor reconocidos ex art. 39.4 CE. En este marco, la finalidad de reinserción social no puede ser calificada como un mero criterio complementario de orientación de la forma de cumplimiento de las penas, como ocurre con los adultos, sino que se convierte en el criterio central que debe presidir todas las decisiones que afecten al menor. Lo cual no significa ni lenidad ni exclusión de medidas que puedan tener carácter afflictivo más marcado, si resultan acordes con los objetivos de reinserción social atendiendo individualizadamente a las particulares circunstancias de la persona del menor.

[...]

Entiendo, con la Sentencia, que la satisfacción de necesidades preventivas

de disuasión –dirigida al colectivo de menores– e incluso de pacificación de la conmoción que causa un delito especialmente grave, puede armonizarse con los fines de reinserción, pero la compatibilidad predicada en abstracto debe someterse en concreto a ciertas restricciones en función de cómo se pretenden obtener aquellos fines preventivo generales, con qué clase de instrumento o intervención.

Como es reconocido en la doctrina científica, apoyada en datos empíricos, las características del control judicial y del proceso penal, también respecto a menores, despliegan ya un efecto comunicativo de advertencia que sirve a los fines de prevención general. Recuérdese la antigua máxima de Beccaria señalando que disuade más la no impunidad que la gravedad de la pena con que se amenaza, o que más vale una pena cierta aunque no sea grave, que una pena muy grave cuya aplicación resulte incierta. Máximas que traigo a colación para poner de relieve que la obtención de fines de prevención general no va necesariamente asociada a la necesidad de imponer penas o sanciones de agravada afflictividad. No puede desconocerse que bajo la advocación de necesidades de prevención general pueden esconderse meras finalidades de apaciguamiento simbólico o político de otro cariz cuya legitimación resulta más problemática.

En todo caso, la imposición de una medida especialmente afflictiva, como lo es el internamiento en régimen cerrado, debe ser excepcional, y fundada en una justificación reforzada que aporte

coherencia al desplazamiento, o a la relativización, de la primacía de los fines resocializadores.

4. La norma que motiva el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad, como se dice en la Sentencia, es evidente que responde al objetivo de ampliar el efecto preventivo general de la intervención sobre menores en supuestos de especial gravedad. También es patente que introduce una serie de consecuencias que excepcionan de forma drástica las reglas de individualización y de flexibilidad que caracterizan la justicia de menores, y que se aproxima al sistema de justicia de adultos. El Juez queda totalmente limitado en su facultad de elección de la sanción más adecuada: necesariamente debe imponer una sanción de internamiento en régimen cerrado; no puede decretar un internamiento en régimen semiabierto, abierto, o cualquier otra medida del largo elenco recogido al efecto. Se impone un tiempo o “periodo de seguridad” de obligado cumplimiento antes de que puedan entrar en juego las instituciones propias del sistema de menores, previstas para modular y, en su caso, reducir, en lo que resulte procedente, los tiempos de internamiento, medida cuya imposición y duración debe ajustarse a criterios de ultima ratio conforme a la establecido en la Convención sobre los derechos del niño. Queda eliminada la figura de “suspensión de la ejecución del fallo” (art. 40 Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores) ya que se obliga al cumplimiento en régimen cerrado un determinado tiempo, la mitad de la sanción impuesta por el

delito. Este es el punto concreto que motiva el planteamiento de la cuestión, pues el Juez decretó como sanción más adecuada al caso, dentro de lo que la ley le permitía, la mínima duración del internamiento, un año. Duración que permite al juez, como regla general, disponer la suspensión del cumplimiento desde el inicio, para evitar el ingreso en centro de internamiento cuando así lo considere pertinente, pero que es excluida en la disposición adicional cuarta, apartado 2 c).

Que tales restricciones se justifiquen por razones de prevención general constituye una afirmación de la que no puede concluirse que la intensidad del endurecimiento de la sanción y correlativas restricciones apuntadas discorra de forma legítima, compatible con el respeto a los fines de reinserción social cuyo deber de observancia ostenta un peso específico en el ámbito que analizamos. Para enjuiciar el grado de interferencia con las finalidades del art. 25.2 CE, o el impedimento “radical” de éstas, deben tomarse en su conjunto las limitaciones que impone el precepto. Téngase en cuenta que la eliminación de la posible “suspensión de ejecución del fallo” va unida a la eliminación de la sustitución, cese o modificación del internamiento en régimen cerrado, por un tiempo o “período de seguridad”, que puede ir de los seis meses en los

casos de menor entidad, hasta los cinco años en los casos más graves. Por lo tanto, en relación al círculo de supuestos afectados por la norma en cuestión, jóvenes de 16 o 17 años, responsables de alguno de los delitos listados en la cabecera del precepto –delitos unos muy graves y otros de menor gravedad pero con la connotación de terrorismo– se diseña un término temporal de cumplimiento de la sanción de internamiento en régimen cerrado, durante el cual queda excluida la aplicación de criterios educativo-sancionadores que pudieran suavizar o modificar el régimen de internamiento. Aun cuando el internamiento estuviera contraindicado por razones educativas para evitar contagios de influencias nocivas u otras consecuencias desocializadoras, el Juez tiene impedida su intervención para tales fines, durante ese tiempo del “período de seguridad”, como ocurre en el caso que motivó la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Es esta una restricción que a todas luces impide radicalmente que operen los principios propios de la intervención sancionadora-educativa y, por ello, a mi juicio, constituye patente vulneración de los principios constitucionales ex arts. 25.2 y 39.4 CE.

[...]

Madrid, a veinte de septiembre de dos mil doce.