

EL PRINCIPIO DEL «*INTERÉS DEL MENOR*» EN DERECHO PENAL: UNA VISIÓN CRÍTICA

José Manuel PAREDES CASTAÑÓN

Universidad de Oviedo

SUMARIO: 1. El principio del interés del menor, más allá de la retórica. 2. Plasmación legal. 3. El principio del interés del menor como principio general del Derecho Penal de menores. 4. Interés del menor y limitación de la potestad punitiva estatal. 5. El interés del menor como modelo normativo. 6. Derechos del menor, interés del menor y pluralismo moral. 7. Autonomía del menor y paternalismo estatal. 8. Determinación del interés del menor por parte del Estado. 9. Intereses básicos, intereses relativos al desarrollo de la personalidad e intereses de autonomía. 10. La ponderación del interés del menor. 11. Cuestiones procesales.

1. El principio del interés del menor, más allá de la retórica

El principio del «*interés del menor*» o «*superior interés del menor*» parece constituir una pieza fundamental de la construcción, tanto conceptual como valorativa, del vigente Derecho Penal de menores español. En efecto, de la lectura del texto de la vigente Ley Orgánica 5/2000 (y de las varias reformas que la han modificado), así como de su Reglamento de desarrollo (Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio), se extrae inmediatamente la conclusión de que dicha expresión aparece de manera reiterada a lo largo de ambos textos legales, como criterio que debe regir de modo muy destacado (en exclusiva o, cuando menos, con primacía) muchas de las decisiones a adoptar en este ámbito.

Conviene, sin embargo, no dejarse arrastrar por las apariencias y llegar a conclusiones apresuradas. Y ello, porque, cuando de polí-

tica criminal se trata, estamos demasiado acostumbrados a que los legisladores hagan en realidad cosas muy diferentes de aquellas que dicen estar haciendo. O, en otras palabras, a que los objetivos político-criminales declarados constituyan en muchas ocasiones mera retórica propagandística, que encubre –en el mejor de los casos– otros objetivos político-criminales menos confesables, o incluso –en el peor– ningún objetivo que no sea la demagogia o el electoralismo.

En este sentido, dos son los riesgos que el manejo excesivamente desenfadado del criterio del «interés del menor» en la legislación, en la doctrina y en la praxis del Derecho Penal de menores puede conllevar. Por una parte, puede ocurrir que el criterio sea empleado sin rigor alguno, como una fórmula vacía de contenido propio¹; que sirva, por consiguiente, a cualquier decisión que en cada momento pudiera interesar. En este caso, el criterio del «interés del menor» tendría funciones meramente ideológicas: encubrir la realidad. Por otra parte, puede ocurrir también que el concepto de «interés del menor» empleado sí que posea un contenido semántico propio. Pero que éste, sin embargo, resulte injustificable desde el punto de vista normativo. En tal caso, lo que tendríamos sería un Derecho Penal de menores dotado de criterios operativos practicables, pero que no se corresponden suficientemente con las bases axiológicas (morales, políticas) que deberían fundamentarlo.

¹ Algún ejemplo de este riesgo: DE URBANO CASTRILLO, Eduardo/ DE LA ROSA CORTINA, José Miguel: *Comentarios a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 36-37; HERNÁNDEZ GALILEA, Jesús Miguel: *Principios informadores del proceso*, en el mismo (coord.): *El sistema de justicia juvenil*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 87-89; PÉREZ MARTELL, Rosa: *El proceso del menor*, Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 153; HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe: *Derecho penal juvenil*, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 253-255 (aunque en teoría reconoce la existencia de una pluralidad contrapuesta de intereses entre menor y sistema penal, en la práctica tiende a asimilarlos); ORNOSA FERNÁNDEZ, María Rosario: *Derecho Penal de menores*, 3.ª ed., Bosch, Barcelona, 2005, pp. 84-87; PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel: *El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores –LO 8/2006*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 79-81; ALMAZÁN SERRANO, Ana/ IZQUIERDO CARBONERO, Francisco Javier: *Derecho Penal de menores*, 2.ª ed., Difusión, Madrid, 2007, pp. 56-57; SERRANO TÁRRAGA, María Dolores, en el mismo/ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos (eds.): *Derecho Penal juvenil*, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2007, pp. 441-442; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, en loc. cit., pp. 327-328; SUÁREZ LÓPEZ, Jose María: *La proyección del principio del interés superior del menor en la regulación del conflicto de infracciones*, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo/ NÁQUIRA RIVEROS, Jaime (dtores.): *Derecho Penal de menores y adolescentes: una visión dual desde Chile y España*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 253 ss.; BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio F.: *El Derecho Penal de menores en el Estado social y democrático de Derecho. Breve referencia a los principios que disciplinan el ius puniendi estatal respecto del joven infractor*, en el mismo/ CRUZ BLANCA, María José (dtores.): *El Derecho Penal de menores a debate*, Universidad de Jaén/ Dykinson, Madrid, 2010, pp. 76-77.

Para conjurar cualquiera de los dos peligros que se acaban de apuntar, no hay otra salida que hacer el esfuerzo de analizar críticamente el papel que el principio del «interés del menor» puede y debe cumplir en el Derecho Penal de menores (que es, y debe ser, muy diferente del que cumple en el Derecho de Familia, de donde procede)²; para, así, dotarlo de contenido, y de un contenido suficientemente justificado.

2. Plasmación legal

Conviene comenzar dicho esfuerzo precisando el contexto en el que el principio del «interés del menor» puede ser empleado en el ámbito del Derecho Penal de menores. En este sentido, la lectura del Derecho positivo español pone de manifiesto que el criterio aparece en dos clases de ubicaciones muy determinadas. Por un lado, a lo largo de la exposición de motivos de la ley, el interés del menor parece ser la razón que justifica la intervención del Estado en la vida y en los derechos fundamentales del menor delincuente. Es decir, opera como criterio global de justificación de la ley penal.

Por otra parte, ya en el texto normativo propiamente dicho, el criterio del interés del menor aparece como un argumento relevante en aquellas situaciones en las que un órgano del Estado (Ministerio Fiscal y jurisdicción de menores, fundamentalmente, aunque también en ocasiones los órganos –órganos estatales, pero también entidades privadas subcontratadas– encargados de la ejecución de las medidas) ha de decidir acerca del grado de intervención estatal sobre la vida (y los derechos fundamentales) del menor delincuente. Así, en efecto, la alusión explícita de la legislación vigente al criterio en cuestión aparece al abordarse cuestiones como: las funciones del Ministerio Fiscal (art. 6 LRPM), selección de la medida a aplicar (arts. 7 y 30 LRPM), aplicación de medidas en el caso de pluralidad de infracciones (art. 11 LRPM), modificación de las medidas (art. 13 LRPM), criterios para la instrucción del expediente (art. 23 LRPM), reparación, conciliación y suspensión del expediente (art. 27 LRPM, art. 5 RLRPM), medidas cautelares (arts. 28-29 LRPM), tratamiento de la conformidad (art. 36 LRPM), recurso de casación (art. 42 LRPM), ejecución de la medida (art. 46 LRPM, arts. 6, 10 y 35 RLRPM), acu-

² Vid. su plasmación legal en el Derecho positivo español en RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: *El interés del menor*, 2.^a ed., Dykinson, Madrid, 2007, pp. 30 ss.

mulación de medidas (art. 47 LRPM), paso al sistema de protección de menores (art. 53 LRPM).

3. El principio del interés del menor como principio general del Derecho Penal de menores

Si, ahora, comenzamos la crítica anunciada, habremos de hacerlo precisamente por la función ideológica global que el principio del interés del menor parece querer cumplir en el Derecho positivo español: la de justificar, por su objetivo (proteger el interés del menor), el sistema penal juvenil. A este respecto, tanto en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2000 como en las de las sucesivas reformas posteriores de la misma se reafirma la misma idea de que el interés del menor es uno de los objetivos perseguidos por la regulación legal, que la justifican. Así, en concreto, la exposición de motivos de la ley lo dice explícitamente en varios momentos³. Pero es que, más aún, incluso aquellas reformas posteriores que la han endurecido, en un sentido netamente retributivista o –en el mejor de los casos– preventivo-general, se pretenden también inspiradas por el mismo principio del interés del menor: así, por ejemplo, la exposición de motivos de la Ley Orgánica, 7/2000, de 22 de diciembre, señala que, en el ámbito del Derecho Penal de menores, la reforma «tiene por finalidad reforzar la aplicación de los principios inspiradores de la citada Ley –scil. el principio del interés del menor, entre otros– a los menores implicados en delitos de terrorismo»⁴.

En este sentido, hay que observar, sin embargo, que una retórica acerca del «interés del menor» de la índole de la que aparece en las mencionadas exposiciones de motivos ha de ser tomada necesariamente tan sólo como –en el mejor de los casos– mera propaganda

³ Así, por ejemplo: «unas medidas que, como ya se ha dicho, fundamentalmente no pueden ser represivas, sino preventivo-especiales, orientadas hacia la efectiva reinserción y el superior interés del menor»; o «el Derecho penal de menores ha de primar, como elemento determinante del procedimiento y de las medidas que se adopten, el superior interés del menor».

⁴ Tanto en este caso como en el de la exposición de motivos de la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, se apunta además que el principio del interés del menor no resulta incompatible, sino todo lo contrario, con otros objetivos político-criminales legítimos (básicamente, se alude a la protección de los bienes jurídicos). Es decir, que, según rezan dichas argumentaciones, el Derecho Penal de menores español perseguiría al tiempo varios objetivos político-criminales diferentes, pero compatibles entre sí; entre los cuales, el del interés del menor sería siempre necesariamente uno.

y –en el peor– ideología de la peor especie⁵. Y ello, porque no puede ser cierto, *por definición*, que el Derecho Penal de menores persiga, ante todo y sobre todo, el interés del menor delincuente. De hecho, si tal ocurriera, nos hallaríamos no ante una forma específica de Derecho Penal, sino ante otra técnica de regulación jurídica de conductas diferentes. Pues, en efecto, el Derecho Penal (cualquier derecho penal) se caracteriza, precisamente, por tener como objetivo primigenio el control social de aquellas conductas desviadas que se seleccionan como objeto, idóneo y justificado, de la reacción penal. Control social es, pues, el objetivo necesario de cualquier regulación jurídico-penal. Objetivo que resulta muy lejano de cualquier finalidad esencialmente tutelar (esto es, de protección –paternalista– de los derechos y de los intereses del menor delincuente). Así pues, si el Derecho Penal de menores es, en verdad, auténtico Derecho Penal, entonces no puede ser cierto que persiga ante todo el bien del menor: podrá respetarlo, tal vez (en alguna medida), a pesar de sus objetivos de control de la desviación social; mas nunca buscarlo como objetivo primordial⁶.

De esta manera, o bien ocurre que el Derecho Penal de menores no es, a pesar de su denominación, auténtico derecho penal; o bien, por el contrario, es que no persigue como objetivo primordial el interés del menor, sino otros. En principio, ambas posibilidades podrían considerarse abiertas. No obstante, en la realidad del Derecho positivo español, es claro que solamente la segunda hipótesis

⁵ Ignora esta posibilidad NIETO GARCÍA, Luis Pablo: *La Ley de Responsabilidad Penal de Menores. Valoración de sus reformas y del actual Anteproyecto*, en PANTOJA GARCÍA, Felix (dtor.): *La Ley de Responsabilidad Penal del Menor: situación actual*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp. 31-36, al proclamar su fe en un principio indeterminado en su contenido.

⁶ GARCÍA PÉREZ, Octavio: *La evolución del sistema de justicia penal juvenil. La Ley de Responsabilidad Penal del Menor de 2000 a la luz de las directrices internacionales*, en APen 32 (2000), pp. 686 ss.; CUELLO CONTRERAS, Joaquín: *El nuevo Derecho penal español de menores a la luz de las modernas tendencias del Derecho penal y la Criminología*, en VV.AA.: *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001, pp. 205-206; TAMARIT SUMALLA, Josep Maria: *Principios político-criminales y dogmáticos del sistema penal de menores*, en el mismo/ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis/ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (coords.): *Justicia penal de menores y jóvenes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 24-28. Por supuesto, detrás de esta concepción del Derecho Penal hay presupuestos morales, políticos y jurídicos. Fundados, en esencia, en una concepción conflictivista de la sociedad y del Derecho: desde esta perspectiva no puede aceptarse la idea de que el Estado esté reprimiendo al delincuente –tampoco al delincuente menor– «por su bien». Y habrá, pues, que contraponer los intereses del Estado a los de los individuos (delincuentes) con quienes se enfrenta.

resulta plausible⁷: son innumerables, en efecto, los indicios en la regulación positiva de que el llamado Derecho Penal de menores lo es (penal), efectivamente. De entre todos ellos, los dos más relevante a nuestros efectos son: primero, que la naturaleza de los hechos delictivos cometidos constituye un factor determinante –si bien no el único– a la hora de decidir qué medida ha de ser impuesta, o si no ha de imponerse ninguna (arts. 7.3 11, 18 LRPM); y, en segundo lugar, el hecho de que varias de las medidas contempladas en el art. 7.1 LRPM (al menos, el internamiento en régimen cerrado, la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima y la inhabilitación absoluta) sólo posean algún sentido contempladas desde una perspectiva predominantemente preventiva (sin excluir por ello que puedan cumplir además otras funciones complementarias), y no de mera preservación de los intereses del menor⁸. Más aún, es posible sostener que, en realidad, todas las medidas previstas en la ley están diseñadas con el objetivo (al menos, entre otros) de garantizar la prevención de delitos⁹: la prevención especial, cuando menos, por cuanto que todas ellas parecen perseguir, en alguna medida, objetivos de inocuización y de resocialización¹⁰. Objetivos que sólo desde una concepción extremadamente paternalista y moralista sería posible defender que constituyen siempre y en todos los casos el interés del menor¹¹: antes al contrario, en muchas ocasiones el interés del

⁷ GARCÍA PÉREZ, Octavio: *Los actuales principios rectores del Derecho Penal juvenil: un análisis crítico*, en RDPCr 3 (1999), pp. 62-64.

⁸ Hay, desde luego, otros indicios también: como muchos comentaristas han destacado, incluso en su versión original, la Ley Orgánica 5/2000 nunca fue capaz de desprenderse por completo de la vinculación entre delito y sanción característica de la reacción frente al delincuente plenamente imputable. Por supuesto, dicha tendencia se ha agudizado con las sucesivas reformas.

⁹ Dicho con un sesgo menos intencionalista: todas las medidas previstas en la LRPM sólo pueden resultar justificadas desde la perspectiva de la obtención de efectivos preventivo-especiales (claro está, si –y se trata de una poderosa restricción– la persecución de dichos efectos resulta justificable, tanto en términos generales como en particular, en el caso de los menores delincuentes).

¹⁰ CRUZ BLANCA, María José: *La Ley de Responsabilidad Penal de los Menores tras la reforma operada por las Leyes Orgánicas 7/2000 y 9/2000, de 22 de diciembre*, en CPC 2001, p. 485; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio (dior.): *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Thompson-Civitas, Madrid, 2008, p. 165. No obstante, es sabido que resulta dudoso si, en algún caso, no se han introducido además objetivos de prevención general intimidatoria, o incluso de retribución: por ejemplo, en las previsiones contenidas en el art. 10 LRPM, en relación con las medidas a imponer a los menores responsables de determinados delitos.

¹¹ Me parece que podrían estar incurriendo en esta confusión CRUZ MÁRQUEZ, Beatriz: *Educación y prevención general en el Derecho penal de menores*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 58-60; LÓPEZ LATORRE, M.^a Jesús/ ALBA ROBLES, José Luis/ GARRI-

menor (en cualquier sentido que lo interpretemos, tanto objetivo como subjetivo) estribaría en no ser sometido a tales medidas, sino a ninguna; o, en todo caso, a otro género de actuaciones (acogimiento familiar, acciones educativas, inserción laboral, etc.) que careciesen de carácter coercitivo¹². Pero, precisamente porque –contra lo que se pretende– no es la preservación del «interés del menor» el objetivo primordial de la regulación del Derecho Penal de menores, pese a ello, la acción coercitiva del Estado (todo lo flexibilizada que se quiera...) seguirá adelante¹³.

Así pues, el examen del Derecho positivo que se acaba de llevar a cabo pone de manifiesto que no es posible predicar coherentemente que el «interés del menor» constituya el objetivo primordial de nuestro Derecho Penal de menores. Por el contrario, su objetivo sigue siendo –como el de todo el Derecho Penal– la prevención de delitos. ¿Qué papel puede, entonces, cumplir, en este contexto, el principio del interés del menor, en la caracterización general de este sector del Ordenamiento jurídico? En mi opinión, la única respuesta realista (y compatible con el tenor del Derecho positivo) es que dicho principio debe ser tomado, en la interpretación de las normas, como un límite a la acción sancionatoria del poder estatal¹⁴. Es decir, el principio del interés del menor, en tanto que principio general del Derecho Penal

DO GENOVÉS, Vicente: *Concreción del «superior interés del menor» en la intervención con menores en conflicto social*, en RODRÍGUEZ DÍAZ, Francisco Javier/ BECEDÓNIZ VÁZQUEZ, Carlos (coords.): *El menor infractor. Posicionamientos y realidades*, Principado de Asturias, Oviedo, 2007, pp. 43 ss., al combinar la finalidad educativa con la de la prevención especial. Pues sin duda es cierto que ciertas formas de educación pueden constituir un medio idóneo para lograr la prevención especial. Pero no puede serlo (y ello, como he dicho, por definición) que la educación, en su sentido integral, lo sea: porque la educación integral ha de ser liberadora, no (sólo) represiva; y porque, además, en el contexto del control social formalizado propio del sistema penal, tal educación integral (liberadora) resulta imposible.

¹² CRUZ MÁRQUEZ, *Educación*, 2006, pp. 130-133.

¹³ En este sentido, resulta particularmente explícito lo dispuesto por el art. 53.2 LRPM: la intervención de las entidades de protección de menores solamente es posible una vez que la medida ha sido cumplida (o no lo ha sido, pero –en todo caso– por razones específicamente penales).

¹⁴ DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, Eva María: *El interés superior del menor y la proporcionalidad en el Derecho Penal de menores: contradicciones del sistema*, en BENÍTEZ ORTÚZAR/ CRUZ BLANCA (dtores.), *Derecho Penal de menores*, 2010, pp. 85-87. En este sentido, creo que sí que es posible hacer cumplir al principio una función propia (más allá de lo que implica el principio de subsidiariedad). O, dicho de otra manera: que aunque probablemente sea cierto que la enunciación del principio en el texto de la legislación positiva pretendiese cumplir, desde el punto de vista del legislador, funciones eminentemente ideológicas tan sólo, es posible –y deseable– ignorar tal voluntad del legislador y aprovechar la referencia explícita al principio en los textos legales, en favor de una interpretación (teleológica) restrictiva de los mismos.

de menores¹⁵, ha de operar como argumento interpretativo (con un fundamento mixto, tanto valorativo –sobre la base de la dignidad y los derechos humanos de los menores– como teleológico –a partir del objetivo político-criminal de evitar en lo posible la desocialización) a considerar en la interpretación de todas y cada una de las normas de este sector del ordenamiento penal (no sólo, pues, en aquellas en las que es evocado expresamente en su tenor literal). Pero, por supuesto, esto quiere decir que como cualquier argumento interpretativo, el mismo puede ser derrotado por otro (o conjunto de otros) en muchos casos.

De este modo, el valor del principio resulta ser, en buena medida, limitado. Por una parte, su contenido normativo no puede, desde luego, de ningún modo ser desconocido por el intérprete: si lo fuese por completo, estaríamos ante una interpretación inconstitucional de la ley penal¹⁶. Pero no está garantizado que dicho contenido resulte siempre el más relevante para la interpretación. Sin embargo, pese a todo, sí que marca un límite infranqueable (bien que bastante débil): una medida que produzca –tanto en general como en un caso

¹⁵ CRUZ BLANCA, CPC 2001, p. 487. Como señalan RIVERO HERNÁNDEZ, *Interés*, 2007, pp. 67-73, 102-105; DE TORRES PEREA, José Manuel: *Interés del menor y Derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 24-30, la formulación del principio del interés del menor como una cláusula general permite partir de la misma para llevar a cabo la construcción de modelos normativos. Al mismo tiempo, sin embargo, dicho modo de formulación acarrea también –tendremos ocasión de comprobarlo– la relativa indeterminación del resultado que habrá de obtenerse.

¹⁶ Así, por ejemplo, pienso que una sentencia judicial que resuelva acerca de la duración de una medida y que no entre a motivarla (también) desde la perspectiva del impacto de la misma sobre el interés del menor sería no sólo una resolución defectuosa, sino claramente inconstitucional. Y ello, por violar el art. 39.4 CE, que ha de ser interpretado (según lo dispuesto por el art. 10.2 CE) a la luz del art. 3.1 de la Convención sobre Derechos del Niño («en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño») y de la Regla Quinta de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores («el sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito»). Sin embargo, debido a las limitaciones que el art. 53.2 CE impone al recurso de amparo, dicha inconstitucionalidad sólo podría ser hecha valer a través de las impugnaciones posibles en la jurisdicción ordinaria (arts. 41 ss. LRPM: apelación, ante las audiencias provinciales o ante la Audiencia Nacional; y casación para unificación de doctrina, ante el Tribunal Supremo), que debería revocar la resolución por infracción de ley. A no ser que se intente la (dudosa) vía de fundamentar una violación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

concreto– un efecto completamente anulador de la salud física o mental, la dignidad o cualquier perspectiva de desarrollo personal del menor delincuente sancionado resultará incompatible con el principio del interés del menor y, por ello (aun si resultase compatible con las disposiciones del texto legal), inaplicable, por ser contraria a Derecho; y a un principio general del Derecho, además, que posee rango constitucional a tenor de lo dispuesto por el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y disposiciones concordantes del Derecho Internacional de los derechos humanos^{17 18}.

Con el principio del interés del menor nos hallamos, por lo tanto, claramente en el ámbito de aquellas interpretaciones valorativas y teleológicas del Derecho positivo que se apoyan en una ponderación de intereses en conflicto¹⁹: de una parte, las exigencias preventivas (preventivo-especiales, principalmente); de otra, las derivadas del principio del interés del menor. Y, como en toda ponderación, será preciso acudir a una metodología muy específica para proponer una solución equilibrada –proporcionada– al conflicto: determinando en cada caso qué objetivo (prevención o interés del menor) ha de considerarse preferente; y, consiguientemente, la interpretación adecuada de la norma de que se trate²⁰. Dicha metodología deberá ser, a mi entender, la derivada de la aplicación del principio de proporcionalidad²¹, en tanto que instrumento de valoración de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la intervención del poder estatal (en este caso, con la finalidad de prevenir delitos), cuando la misma vaya en detrimento del interés del menor²². En efecto, si, como vamos a ver, el interés del menor puede ser conectado con algunos de sus derechos fundamentales, entonces la intervención estatal (sancionadora) que lo afecta de manera sustancial deberá quedar justificada sobre la base de su proporcionalidad. En otro caso, se trataría de una acción

¹⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, *Interés*, 2007, p. 81-82.

¹⁸ *Vid.* las concretas referencias normativas al Derecho Internacional en RIVERO HERNÁNDEZ, *Interés*, 2007, pp. 33, 48-51.

¹⁹ RIVERO HERNÁNDEZ, *Interés*, 2007, pp. 139-144.

²⁰ Como señala RIVERO HERNÁNDEZ, *Interés*, 2007, pp. 144-146, el principio del interés del menor no puede ser tomado tan sólo como una declaración ideológica general, o bien como un criterio de orientación política, sino que ha de operar en el contexto de la resolución de casos y problemas concretos. En nuestro ámbito, para decidir cuestiones como las siguientes: ¿debería imponerse una medida de internamiento a un menor dado? ¿debería suspenderse una medida?

²¹ RIVERO HERNÁNDEZ, *Interés*, 2007, pp. 87-89, 318-320.

²² *Vid.*, sobre dicha metodología, en general, BERNAL PULIDO, Carlos: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3.ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, *passim*, con ulteriores referencias.

político-criminalmente injustificable²³. Y, en tanto que tal, debe ser rechazada, siempre que quepa –y prácticamente siempre cabrá– una interpretación alternativa, mejor, de la norma en cuestión.

4. Interés del menor y limitación de la potestad punitiva estatal

El análisis político-criminal y sistemático que se acaba de presentar nos obliga necesariamente a plantearnos una segunda cuestión: la del significado que es dable atribuir al principio (general del Derecho, de rango constitucional) del interés del menor en el ámbito del Derecho Penal de menores.

A este respecto, hay que empezar por reconocer (en contra de la tentación del simplismo) que lo que sea –o no sea– ese interés del menor que constituye el objeto del principio analizado resulta todo menos evidente. Ello se ha puesto de manifiesto en la discusión doctrinal acerca de dicho principio en Derecho de Familia: en dicho ámbito, se viene discutiendo de manera exhaustiva acerca del posible contenido del concepto de interés del menor; y también, por supuesto, opiniones que sostienen que el principio es tan vacío en su contenido que resulta verdaderamente inútil²⁴. Por ello, resultaría sorprendente que en un ámbito tan conflictivo como el del Derecho Penal la situación pudiese ser diferente. Así pues, resulta imprescindible reflexionar detenidamente acerca de qué contenidos se deben atribuir al principio, y cuáles por el contrario no resultan adecuados y/o relevantes, en sede penal. Y no dar por supuesto que esta cuestión posee una respuesta evidente.

Conviene, en efecto, comenzar destacando la trascendencia que posee, para condicionar el debate, el contexto en el que el mismo tiene lugar. Pues, si estamos hablando de Derecho Penal de menores, entonces estamos hablando de acción represiva (prohibitiva y sancionadora) del Estado que persigue objetivos de prevención (de aquellas conductas desviadas seleccionadas como objeto de la reac-

²³ Aunque la cuestión no puede ser explorada aquí con detenimiento, mi opinión es que, en sus términos más comprensivos, el principio de proporcionalidad solamente debe emplearse como instrumento de crítica político-criminal. Es decir, que no toda norma (ni toda interpretación de una norma) que infringe dicho principio ha de ser necesariamente declarada inconstitucional. Por el contrario, ello sólo ocurriría en casos de exceso extremo de la intervención estatal en los derechos fundamentales, pero no en otro caso.

²⁴ RIVERO HERNÁNDEZ, *Interés*, 2007, pp. 63-64.

ción penal). Y, más concretamente, objetivos de prevención especial (de delitos). Por lo que habrá que determinar cuál es aquel contenido que es posible atribuir al principio del interés del menor y que, en dicho contexto, permite que éste cumpla mejor su función: la de limitar el grado de intromisión del Estado en los derechos fundamentales y –en general– en la libertad personal del menor delincuente²⁵.

Por otra parte, existe un factor adicional que condiciona también dicha determinación de contenidos: a saber, las razones por las que el menor (mayor de catorce años) delincuente es respondido por el Estado con las medidas de la LRPM, en vez de con las penas del CP, o con la completa impunidad. La especificidad de dicha reacción sancionadora parece que puede ser explicada a partir de tres clases de razones, de naturaleza diferente, pero que conducen hacia la misma conclusión. Primero, en atención al merecimiento (individual) de pena, la notable reducción de la culpabilidad derivada de la menor imputabilidad del menor (que, como es sabido, en nuestro ordenamiento jurídico resulta presupuesta por el Derecho, sin posibilidad de prueba en contrario) ocasiona que la reacción con penas resultase desproporcionada²⁶. Segundo, por esta misma razón, la sociedad suele –aunque ello no pueda ser garantizado²⁷– estar más dispuesta a disculpar el comportamiento delictivo y a aceptar una reacción más suave. Por fin, en tercer lugar, las particulares características psicológicas del menor adolescente (según nos revela la Psicología del desarrollo) le vuelven susceptible de ser objeto de un tratamiento resocializador eficaz y, sin embargo, mucho menos aflictivo, por lo

²⁵ Obviamente, el principio del interés del menor no es el único límite que debe tomarse en consideración a la hora de interpretar y aplicar el Derecho Penal de menores. Antes al contrario, todos los límites (tanto los constitucionales como los político-criminales –cada clase con sus efectos diferenciados) que se predicán en general del Derecho Penal resultan también de aplicación en el ámbito del Derecho Penal de menores... precisamente, porque –como hemos visto– se trata igualmente de derecho penal. Así, por ejemplo, una medida que se revele innecesaria, o desproporcionada, no debería ser nunca impuesta, aun cuando resulte objetable desde la perspectiva del principio del interés del menor.

²⁶ Y, sin embargo, la completa impunidad resultaría también injusta, por existir ya alguna forma de imputabilidad. (Esto, por supuesto, puede ser discutido, en el plano político-criminal. Aquí, no obstante, lo daremos por bueno, dado que es el punto de partida del Derecho positivo, que pretendemos interpretar –y no vaciar completamente de contenido.)

²⁷ Por ejemplo, ello no suele suceder cuando existe la percepción (correcta o equivocada) de que la delincuencia juvenil es muy frecuente; o de que los menores delincuentes portan (además) otros estigmas (son inmigrantes, homosexuales, pandilleros,...).

que la necesidad de sanción resulta diferente y menor²⁸. Todo ello apunta, como decía, en la misma dirección: hacia una reacción sancionadora de mayor lenidad.

No obstante, si esto es así, entonces se debe elaborar el contenido del principio del interés del menor precisamente desde la perspectiva de su función: proporcionar los criterios materiales para limitar la intensidad aflictiva de la reacción estatal en contra del menor delincuente. En efecto, la menor intensidad de la aflicción que ha de derivarse de la sanción penal, en el caso de los menores, se traduce en la consiguiente mayor atención (en comparación con lo que ocurre en el caso de los adultos) a los intereses de la persona sancionada²⁹. Pero esto significa, entonces, que el principio del interés del menor ha de elaborarse teóricamente sin atender en absoluto a consideraciones de índole social o colectiva, sino exclusivamente a los intereses del propio individuo: del menor delincuente.

5. El interés del menor como modelo normativo

En mi opinión, las anteriores consideraciones de orden metodológico nos indican el camino por el que habremos de transitar para llenar de contenido el principio del interés del menor. Dicha tarea consistirá necesariamente en la construcción de un modelo: de un modelo, descriptivo y narrativo (pero imaginario), que sea capaz de presentar a un menor (idealmente: a cada menor delincuente)³⁰ en

²⁸ Vid. GARCÍA-PABLOS, Antonio: *Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores*, en MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel (dtor.): *Menores privados de libertad*, Escuela Judicial/ Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pp. 257 ss.; CRUZ MÁRQUEZ, *Educación*, 2006, pp. 83 ss.; MARTÍN CRUZ, Andrés: *El menor y el semiadulto ante la moderna Psicología evolutiva y ante la Ley Orgánica 8/2006 de modificación de la LORRPM*, en JORGE BARREIRO, Agustín/ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo (eds.): *Nuevo Derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinaria*, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 134 ss., todos ellos con ulteriores referencias.

²⁹ CRUZ MÁRQUEZ, *Educación*, 2006, pp. 134-137.

³⁰ Por supuesto, esto es sólo un ideal: en la práctica, no resulta posible llegar a imaginar un modelo tan individualizado de vida del menor delincuente como para que se adapte a todas las características peculiares de cada menor enjuiciado. Por el contrario, aun en la resolución de cuestiones atinentes a un caso concreto, la administración de justicia penal ha de operar siempre con generalizaciones (con un grado mayor o menor de individualización, que en todo caso nunca será completo). Precisamente, este hecho (y la consiguiente posibilidad de que, en el caso concreto, cualquier afirmación sobre el interés del menor pudiera ser falsada) es lo que obliga, a mi entender, a prestar particular atención a las cuestiones procesales, en esta determinación del contenido del interés del menor: prueba, audiencia del interesado, revisabilidad, etc. *Vid.*, al respecto, infra 11.

una vida fuera del control por parte del sistema penal y después de haber transitado por el mismo, a causa del delito que cometió. Naturalmente, la pregunta que hay que responder, al construir este modelo es: ¿cómo debería actuar el menor (antiguamente) delincuente en ese momento? O, en otras palabras: ¿cuánto debería haber cambiado (y, sobre todo, cuánto no) la intervención del sistema penal su forma de vivir y de actuar? Respondiendo a esta última pregunta –sobre todo, en su formulación en negativo– estaremos dando respuesta a la cuestión de cuál es ese interés del menor que debería permanecer intangible³¹ para el sistema penal, al menos en la medida de lo posible.

Se trata, pues, de determinar cuál es aquel *modelo de vida buena*³² conforme al cual (al impacto sobre el cual) deben valorarse –y ponderarse– las intromisiones del Estado en la vida del menor delincuente.

Como se comprenderá, hablamos entonces de la construcción de un modelo que es, al tiempo, imaginario, ideal y normativo. Imaginario, porque en realidad (y a pesar de las aportaciones de las ciencias sociales a este respecto, que harán posible no traspasar el límite entre la imaginación y la pura fantasía)³³ nunca es posible saber cuál puede ser la evolución del menor tras su paso por el sistema penal. Ideal, en tanto que tampoco lo es especificar tanto el modelo como para que atienda a todas las peculiaridades de cada menor delincuente. Y normativo, dado que implica necesariamente (no sólo puntos de partida cognitivos, sino también) tomas de postura de naturaleza moral (y política), acerca de qué es deseable, y qué no lo es (en la vida futura del menor, así como en relación con el papel que el sistema penal debe cumplir en ella).

³¹ En efecto, como destaca RIVERO HERNÁNDEZ, *Interés*, 2007, pp. 64-67, no deberíamos perder de vista el hecho de que, en última instancia, perseguimos la identificación de *un interés* (real, no imaginario). Y que un interés es un medio para la satisfacción de los fines esenciales de una persona –y no otra cosa.

³² Cuando hablo aquí de «vida buena», lo estoy haciendo exactamente en el mismo sentido en el que se habla usualmente en Ética: esto es, para referirme a aquella forma de vida que satisface máximamente las normas morales que deben regirla.

³³ Es importante destacar esta función, de control de la racionalidad de las elaboraciones normativas acerca del principio del interés del menor, que ha de cumplir la aportación de los expertos: tanto a través de la introducción de leyes y generalizaciones científicas (cuando lo sean verdaderamente, y no meros prejuicios o concepciones ideológicas, disfrazadas de ciencia) como del examen individualizado de las características de los menores sujetos al sistema penal, evitando que dichas elaboraciones devengan pura arbitrariedad o decisionismo sin fundamento. En este sentido, la forma que adopte el el tratamiento procesal de dicho conocimiento experto resulta, de nuevo, de importancia capital (*vid. infra* 11).

6. Derechos del menor, interés del menor y pluralismo moral

Precisamente, es necesario detenerse en esta faceta normativa. Pues, como he señalado, la construcción del modelo (imaginario, ideal, normativo) que pretende dotar de contenido al interés del menor ha de partir de muy concretos fundamentos normativos. Ya que, en efecto, no cualquiera vale (algunos entran en contradicción con otras normas o valores del Ordenamiento jurídico); ni, desde luego, todos pueden conducir a las mismas conclusiones.

Así, en primera lugar, creo que hay que partir del presupuesto de que el modelo normativo que pretende dotar de contenido al interés del menor sólo resulta relevante allí donde acaban los derechos del menor; y no en otro caso³⁴. De este modo, aquellos ámbitos de autonomía (la libertad de expresión, el derecho a la intimidad,...), o aquellas prestaciones positivas (el derecho a la salud, el derecho a la educación,...), que sean el objeto de derechos subjetivos del menor no pueden entrar en consideración en la ponderación acerca de cuál es, o no es, el interés del menor. Más exactamente: aquellos componentes normativos que constituyen el contenido de los deberes estatales mínimos (de respetar, de proteger, de hacer efectivos) en relación con dichos derechos, particularmente si son de rango fundamental, resultan indisponibles³⁵ en atención a consideraciones de proporcionalidad (de ponderación entre objetivos preventivo-especiales y atención al interés del menor). Por el contrario, tales consideraciones – y dicha ponderación– solamente cobran relevancia cuando los derechos fundamentales del menor se encuentran suficientemente garantizados³⁶.

Así, por ejemplo, a la hora de fijar el régimen de ejecución de una medida (de internamiento en régimen cerrado, por ejemplo), es posible valorar muchos aspectos, ponderando entre necesidades preventivo-especiales e interés del menor. Pero, con carácter previo a dicha ponderación, debería quedar garantizado –por ejemplo– que la libertad de expresión del menor sancionado (o su derecho a la educación) no se vea afectada por dicho internamiento.

³⁴ De otra opinión, CRUZ BLANCA, CPC 2001, p. 487; FEIJÓO SÁNCHEZ, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (dtor.): *Comentarios LRPM*, 2008, p. 166. La objeción obvia a esta interpretación del principio es para qué sirve, en realidad, el mismo, si se trata tan sólo de reiterar, en el ámbito del Derecho Penal de menores, la vigencia de los derechos fundamentales.

³⁵ RIVERO HERNÁNDEZ, *Interés*, 2007, pp. 159-163.

³⁶ De otro modo, el principio del interés del menor (y el principio de proporcionalidad, como método de ponderación en torno a dicho interés) acabaría operando como un arma en contra de los derechos fundamentales de los menores delincuentes. Lo que, ciertamente, no parece que sea su finalidad primigenia.

En segundo lugar, un punto de partida valorativo ineludible a la hora de construir dicho modelo normativo en nuestro Derecho Penal ha de ser el del pluralismo moral: a tenor del mismo, no es posible presuponer que existe una única forma de vida moralmente deseable, sino que, antes al contrario, hay que aceptar que hay muchas, y potencialmente contradictorias entre sí, entre las cuales el Ordenamiento jurídico no puede tener criterio para elegir³⁷.

Por ejemplo, creo difícil aducir argumentos valorativos aceptables a favor (o en contra) de que la vida del adolescente en una familia nuclear estadísticamente normal resulte preferible a la vida en una comunidad de *squatters*.

Obviamente, la afirmación anterior ha de poseer algún límite: es decir, tiene que haber, necesariamente (y en contra del mito ideológico liberal de la neutralidad del Estado), algunas formas de vida que puedan ser, legítimamente, rechazadas para el menor delincuente; rechazándose, así, que puedan formar parte de su interés. Pero veremos, en todo caso, que la frontera entre estas formas de vida «extremas» e inaceptables y aquellas otras simplemente «distintas» (estadísticamente inusuales y reprobables a ojos de la mayoría) es siempre muy lábil.

7. Autonomía del menor y paternalismo estatal

Por fin, en tercer lugar, la elaboración del modelo que dota de contenido al principio del interés del menor necesariamente pone sobre el tapete la cuestión (que, como es sabido, viene siendo ampliamente debatida tanto en Ética como en Filosofía Política) del papel del paternalismo –en este caso, estatal– en la delimitación de la libertad individual de acción. Por supuesto, el problema del paternalismo estatal (puesto que, no lo olvidemos, de ello trata siempre la discusión en la que aquí nos concentramos)³⁸ es uno de complejos

³⁷ En sentido similar, RIVERO HERNÁNDEZ, *Interés*, 2007, pp. 153-158.

³⁸ Es importante, en efecto, destacar las notables diferencias entre aquel paternalismo ejercido por terceras personas y aquel otro ejercido por organizaciones –aquí, el Estado– en nombre de (pretendidos) «intereses generales». Pues, mientras que en el primer caso es más fácil identificar las posiciones ocupadas (por cuidador y cuidado), sus respectivos intereses y la clase de relaciones que pueden y deben establecerse entre ellos, en el caso de las organizaciones, ocurre que las mismas pueden ser utilizadas como instrumentos para perseguir una amplia diversidad de objetivos (puesto que, de hecho, pueden estar en manos de sujetos muy diferentes). Es por ello por lo que (además de por el presupuesto característicamente neutra-

contornos, ya en general³⁹. Y, desde luego, se vuelve todavía más difícil de resolver cuando los individuos a los que el Estado pretende cuidar (aquí: definiendo –en su lugar– su interés, el «interés del menor») son sujetos sin plena capacidad de obrar en Derecho.

A este respecto, en mi opinión, es preciso partir del siguiente presupuesto, dotado de un fundamento político: en nuestro sistema político, en general, no es función del Estado la de establecer cuál es la forma de vida buena para los individuos (para ningún individuo); sino que, por el contrario, le corresponde únicamente fijar límites infranqueables en el ejercicio de la libertad individual. De este modo, en general, el Estado no puede actuar (legítimamente) de un modo paternalista en relación con los individuos. Más aún, cuando la actuación paternalista resulte, por alguna razón (que a continuación veremos), imprescindible, la misma debería recaer antes en manos de particulares –individuos u organizaciones– que del propio Estado. Esto último, sin embargo, únicamente cuando tales individuos u organizaciones particulares no se hallen en claro conflicto de intereses con la persona en cuyo bien han de actuar de modo paternalista.

Desde luego, el principio general expuesto puede, y debe, tener excepciones. En todo caso, el requisito de subsidiariedad que se acaba de apuntar me parece importante, por cuanto que no parece que deba ser siempre un órgano del Estado (el Ministerio Fiscal, el juez) quien determine prioritariamente qué es lo mejor para el menor. Antes al contrario, la determinación de los contenidos del modelo que fija el interés del menor deberían, en primer lugar, basarse en las opiniones y forma de vida del propio menor⁴⁰. En caso –conforme a las condiciones que apuntaré– de que las mismas no puedan ser tomadas como punto de partida válido, deberían ser (ciertos) individuos u organizaciones particulares, y no el Estado, quienes aporten su visión de qué es bueno para él. Y solamente en último término, cuando ninguna de las visiones anteriores resulte accesible o admi-

lista del que parte la teoría liberal del Estado) el papel paternalista del Estado en relación con sus ciudadanos y ciudadanas –aun menores– resulta siempre mucho más problemático.

³⁹ VANDEVEER, Donald: *Paternalistic Intervention: The Moral Bounds of Benevolence*, Princeton University Press, Princeton, 1986; FEINBERG, Joel: *The Moral Limits of the Criminal Law, III: Harm to Self*, Oxford University Press, Oxford, 1989.

⁴⁰ RIVERO HERNÁNDEZ, *Interés*, 2007, pp. 37-41, 173-181, 295 ss.; DE TORRES PEREA, *Interés*, 2009, pp. 51 ss., *passim*, describen sintéticamente la evolución paralela –y previa– que se ha vivido en Derecho de familia en este mismo sentido. Cfr. igualmente, por lo que hace al Derecho comparado, RIVERO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 109-119.

sible, deberían ser los criterios propios de los órganos del Estado los que predominasen⁴¹.

La pregunta que surge, entonces, es en qué casos nos hallamos ante una u otra situación, de las tres acabadas de describir. Así, en primer lugar, es preciso determinar en qué supuestos a las opiniones y a la forma de vida del menor –que, no lo olvidemos, es ya un adolescente– se les ha de negar (excepcionalmente)⁴² la relevancia decisiva en la configuración de su interés. Ello, en mi opinión, sólo puede ocurrir (aparte del caso obvio –que merecería una detenida consideración separada– de que el menor resulte psicológicamente incompetente: por enfermedad mental o por discapacidad intelectual) cuando las conclusiones a las que conduciría la toma en consideración de dichas opiniones y de dichas formas de vida resultarían ser⁴³: 1.º irracionales (por *completamente* incoherentes⁴⁴, o de imposible cumplimiento)⁴⁵; 2.º contrarias a los intereses básicos del menor; o 3.º frontalmente –y evidentemente– contrarias a los intereses relativos al desarrollo de su personalidad^{46 47}.

⁴¹ *Vid.*, a favor de esta visión pluralista de las funciones de regulación del interés del menor, en Derecho de familia, DE TORRES PEREA, *Interés*, 2009, pp. 39-41.

⁴² Desde la perspectiva del Derecho de familia, se aporta un argumento adicional (o, si se quiere, otra forma de presentar el mismo argumento, en contra de un modelo de paternalismo exacerbado) en favor de tal excepcionalidad (*vid.* RIVERO HERNÁNDEZ, *Interés*, 2007, pp. 179-181; DE TORRES PEREA, *Interés*, 2009, pp. 36-39): que la mejor vía para el desarrollo personal del menor resulta ser, precisamente, la autorregulación de su conducta.

⁴³ En sentido similar, RIVERO HERNÁNDEZ, *Interés*, 2007, pp. 149-150.

⁴⁴ El matiz –«*completamente*»– es importante: se trata de una incoherencia lógica, no de otro tipo (pragmática, moral, etc.). Así, por ejemplo, carece de relevancia, por contradictoria, la voluntad de estudiar en la universidad y de no salir del pueblo... pero, tal vez, sea posible sugerir la educación universitaria a distancia como solución (¿posible?).

⁴⁵ Así, por ejemplo, no es posible atender plenamente al deseo de un menor de hacerse boxeador y bailarín de ballet clásico... aunque es posible, desde luego, aclararle la imposibilidad de cumplir con ambos deseos, dejándole luego elegir entre los dos.

⁴⁶ De nuevo, la matización es importante: como veremos, los intereses relativos al desarrollo de la personalidad del menor pueden ser concebidos (y aquí estriba principalmente la diferencia con los intereses básicos) desde muy diferentes puntos de vista. Por ello, la opinión del menor sólo puede volverse irrelevante cuando no exista ninguna forma racional de defender que resulta compatible con dichos intereses. Pero no en otro caso: esto es, por ejemplo, si su concepción de la vida buena resulta ser extremadamente minoritaria, pero, no obstante, defendible racionalmente. Según esto, no puede ser tomada en consideración la idea de vivir a solas en el bosque entre los animales, como Mowgli (el personaje de *The jungle book*, de Rudyard Kipling). Pero sí la de vivir en una comuna vegetariana que no cultiva la tierra ni trabaja, y se alimenta sólo de los frutos de los árboles.

⁴⁷ Los conceptos de intereses básicos del menor y de intereses relativos al desarrollo de su personalidad serán definidos más abajo: *vid.* infra 9.

En todos esos casos, no es posible fiar exclusivamente a las opiniones y formas de vida cuál sea el contenido de su interés⁴⁸. Sin embargo, como he señalado, ello aún no quiere decir que pueda el Estado (a través del Ministerio Fiscal o del juez) determinar cuál es el interés del menor. Por el contrario, a tenor del principio de subsidiariedad antes expuesto, entiendo que, en general, deberían ser ciertos individuos y/u organizaciones, siempre que reúnan determinadas condiciones, quienes lleven a cabo dicha determinación, en defecto del propio menor. En concreto, aquellos individuos u organizaciones que, según el Ordenamiento jurídico (y el modelo de sociedad imperante), suelen estar legitimados para –según los casos– tomar decisiones en nombre del menor o complementar su voluntad deberían ser aquí también el punto de referencia secundario (después del propio menor): quienes ostentan la patria potestad, la tutela o la guarda, sea *de iure* o meramente *de facto*⁴⁹. Así, en ausencia de circunstancias que se opongan a la atribución de dicha función, allí donde las opiniones del menor mismo resulten inaceptables (por irracionales, por contrarias a sus intereses básicos o por frontalmente contrarias a los intereses relativos al desarrollo de su personalidad), debería estarse a las opiniones de dichos individuos o grupos

Naturalmente, esta atribución de funciones de determinación del contenido del interés del menor a otros individuos u organizaciones ha de tener límites. Límites que se derivarán principalmente de dos posibles situaciones, las dos de conflictos de intereses entre el menor y sus guardadores⁵⁰: primero, cuando el conflicto de intereses sea objetivo (en torno a derechos patrimoniales, presentes o en expectativa –a una sucesión, por ejemplo–, etc.); y, en segundo lugar, si el conflicto se deriva de diferencias irreconciliables entre la opinión y forma de vida del menor y aquellas que sostienen y/o practican sus guardadores. En este último supuesto, en efecto, también parece imposible fiar la determinación del contenido del interés del menor a estos últimos, ya que con ello se estaría apostando por un paternalismo fuerte (en el que la visión del protector sobre la buena vida del protegido predominaría sin restricción alguna), difícilmente compa-

⁴⁸ Ello, no obstante, no significa que la opinión del menor resulte irrelevante en tales supuestos: habrá de ser oída, pero no será necesariamente decisiva (aunque siempre deba ser tomada seriamente en consideración).

⁴⁹ RIVERO HERNÁNDEZ, *Interés*, 2007, pp. 291-293. En este caso, creo que lo decisivo es que, de hecho, estos individuos u organizaciones estén actuando ya en nombre del menor, para sustituir o complementar su voluntad. Pues a estos efectos me parece irrelevante dichas funciones poseen plena consagración jurídica, o resultan tan sólo socialmente aceptadas.

⁵⁰ RIVERO HERNÁNDEZ, *Interés*, 2007, pp. 293-295.

tible tanto con los derechos fundamentales del menor como con el respeto a su libertad y a su dignidad. Por ello, allí donde el conflicto de visiones en torno a la buena vida surja en toda su crudeza (y no sea posible recurrir sin limitaciones a la opinión del propio menor, el interés del menor deberá ser determinado por otros medios.

Así, el interés de un menor que se mueve habitualmente con una pandilla de amigos y amigas pertenecientes al movimiento punk difícilmente puede ser determinado por unos padres o guardadores que –por ejemplo– sean seguidores estrictos de una organización cristiana fundamentalista. No es, desde luego, imposible que el conflicto entre ellos resulte resoluble mediante el diálogo. Pero, si no lo es, y la opinión del menor no puede ser aceptada sin más, deberán ser la Ministerio Fiscal o el juez quienes determinen autónomamente cuál es el interés del menor en ese caso.

Cabe preguntarse si, entre esos otros medios, es posible recurrir, antes que a una decisión autónoma de los propios órganos estatales implicados, a organizaciones que (sin representar específicamente los intereses del menor afectado) tengan como objetivo el bienestar de los menores de edad y el respeto a sus derechos: organizaciones no gubernamentales que trabajan alrededor de los problemas de la infancia y –sobre todo– la adolescencia. Sin embargo, en mi opinión, dicho recurso no resulta aceptable. Pues ello conllevaría, inevitablemente, una opción implícita, por parte del poder estatal, en favor de una o de otra visión comprensiva acerca de lo que constituye el interés auténtico del menor⁵¹. En efecto, resulta imposible fijar el interés de un menor particular, desde la perspectiva de una organización que pretenda defender en general los intereses y derechos de los menores, sin comprometerse con una u otra de tales visiones. Y, en esta situación, no se ve como podría el Estado inclinarse legítimamente por una de dichas visiones comprensivas, en detrimento de las restantes. En tales circunstancias, parece preferible que sean los propios órganos estatales (el Ministerio Fiscal y/o por el órgano judicial competente)⁵² los que determinen autónomamente dicho interés del menor.

⁵¹ Empleo aquí el término de «concepción comprensiva», que ha popularizado John Rawls (como opuesto al de concepción limitada –«política»: RAWLS, John: *Liberalismo político*, trad. A. Domènech, Crítica, Barcelona, 1996), refiriéndose precisamente a aquellos modelos normativos que pretenden determinar por completo cómo se debería vivir.

⁵² Obviamente, el uno o el otro, dependiendo de las competencias que la LRPM les atribuye respectivamente: así, por ejemplo, si se trata de decidir si se incoa o no expediente, o si éste se sobresee (a tenor de lo dispuesto en los arts. 18-19 LRPM),

8. Determinación del interés del menor por parte del Estado

Decisión autónoma (de los órganos estatales) no significa, desde luego, decisión arbitraria. Por el contrario, estamos ante una decisión que, aunque eminentemente discrecional, debe someterse, consiguientemente, a los requisitos de aceptabilidad que resultan exigibles para todas las decisiones de tal índole⁵³. En particular, dos de dichos requisitos resultan particularmente importantes a nuestros efectos: de una parte, la carga de una motivación suficiente de la decisión; y, de otra, la orientación de la decisión a determinados fines (y no a cualesquiera).

Por lo que hace a esto último, es sabido que una decisión discrecional se caracteriza –y se diferencia de otra meramente arbitraria– por el hecho de que la misma pueda ser justificada (precisamente: en la motivación de la resolución en que la misma es adoptada) como aquella alternativa óptima de actuación para lograr la finalidad (legítima) que la decisión ha de perseguir⁵⁴. En este caso, la finalidad a perseguir es aquella con la que se identifique el mejor interés del menor: ese modelo (imaginario, ideal, normativo) de vida buena, en atención al cual debería establecerse cuál es el interés del menor en cada situación concreta (la incoación o no de un expediente, la determinación de una u otra medida, de una u otra duración para la misma, de uno u otro régimen de cumplimiento,...).

La cuestión, claro está, es que, en un contexto de pluralismo cultural y moral asumido como valor del sistema político (y jurídico), no parece sencillo establecer cómo debería el órgano del Estado llenar de contenido ese modelo de vida buena⁵⁵. Es ésta una cuestión que no posee una respuesta sencilla, como demuestran los largos debates en el ámbito de la Filosofía Política sobre el particular. En este

será el Ministerio Fiscal; y si se trata de fijar el régimen de cumplimiento de una medida, será el juez (art. 7.3 LRPM).

⁵³ RIVERO HERNÁNDEZ, *Interés*, 2007, pp. 317-318. En este sentido, no basta (como, sin embargo, pretende AGUIRRE ZAMORANO, Pío: *Medidas aplicables en la legislación de menores*, en MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ (dtor.): *Menores privados de libertad*, 1996, pp. 200-202) con equiparar el «interés del menor» a la aplicación del principio de oportunidad, sino que es preciso llenar de contenido las finalidades que legítimamente pueden perseguir las decisiones de oportunidad, discrecionales.

⁵⁴ Y, como la Teoría de la Decisión nos indica que resulta siempre posible modelar una situación de adopción de decisiones de varias maneras diferentes, ello justifica que, en el caso de decisiones discrecionales, pueda haber varias diferentes entre sí y, sin embargo, todas justificadas (justificables). Varias, pero no cualquiera.

⁵⁵ RIVERO HERNÁNDEZ, *Interés*, 2007, p. 315.

sentido, mi propuesta (que se apoya en una teoría política que aquí sólo puede ser esbozada) es que los únicos objetivos que le es dado perseguir legítimamente al Estado en relación con el bienestar de sus ciudadanos son: de una parte, la protección y promoción (respetando, protegiendo, haciendo efectivos) de los derechos fundamentales; y, de otra, la promoción de la autonomía personal, en el marco de una igual consideración moral para todos los sujetos⁵⁶. Y ningún otro, para el caso de los individuos con plena capacidad de obrar. A lo que habría que añadir, en el caso de los individuos a los que se les niegue (en parte) dicha capacidad, el objetivo adicional (paternalista) de preservar los planes autónomos de vida de dichos individuos, en contra de sus propias acciones irracionales (por incapacidad de comprensión, por acrasia,...). Como ocurre, precisamente, en el caso de los menores.

Si esto es así, entonces, en aquellos casos en los haya de ser un órgano del Estado –Ministerio Fiscal o juez– el que determine autónomamente el contenido del interés del menor (que ha de ser contrapuesto, en la ponderación de que se trate, a los objetivos preventivo-especiales propios del Derecho Penal de menores), las finalidades que debería ser tomadas en consideración para determinar el modelo de vida buena del menor que pretende preservarse deberían ser exclusivamente: la preservación y fomento de los planes de vida del propio menor y la promoción genérica de su autonomía⁵⁷.

9. Intereses básicos, intereses relativos al desarrollo de la personalidad e intereses de autonomía

Así, por lo que hace al primero de dichos objetivos (preservación de los planes autónomos de vida del propio menor), sólo pueden formar parte del contenido del interés del menor, determinado por el órgano estatal –no lo olvidemos– *en contra de la opinión del propio menor*, aquellos intereses que pueden ser calificados como *intereses básicos* (de cualquier persona –y, por ende, también del menor): a saber, aquellos intereses que resulta necesario preservar si es que

⁵⁶ RAZ, Joseph: *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, Oxford, 1988; el mismo: *La ética en el ámbito público*, trad. M. L. Melón, Gedisa, Barcelona, 2001.

⁵⁷ CRUZ MÁRQUEZ, *Educación*, 2006, pp. 27-28; RIVERO HERNÁNDEZ, *Interés*, 2007, p. 316-317. Puesto que, como más arriba se señaló, la protección de los derechos fundamentales del menor constituye una condición previa –no sujeta a ponderación– para que pueda empezar a discutirse sobre cuál es el interés del menor y cuánto debe pesar en la resolución jurídico-penal.

cualquier plan de vida futura ha de ser posible. Me refiero con ello al interés en la preservación de la vida, de la salud física y psíquica y de la libertad personal. En virtud del objetivo de la preservación de estos intereses básicos, el Ministerio Fiscal o el juez podrán determinar, aun sin contar con la aquiescencia del menor (aunque siempre escuchándole previamente), que ciertos patrones de vida contrarios a los mismos no pueden formar parte del interés del menor; y que, por consiguiente, no pueden ser ponderados, en contraposición a los objetivos preventivo-especiales.

Así, por ejemplo, el fiscal o el juez no tienen por qué considerar la grave adicción al alcohol o a la heroína del menor, su deseo de participar habitualmente en el juego de la ruleta rusa, o el de venderse como esclavo sexual en un país africano, como planes de vida estimables del propio menor, que debieran ser preservados (en alguna medida, a tenor de la ponderación que se lleve a cabo) en la determinación de –por ejemplo– las medidas a aplicarle. Antes al contrario, en tales casos, puede resultar plenamente legítimo que dichas medidas vayan dirigidas, precisamente, a –respectivamente– deshabituarse al menor toxicómano o a ofrecerle alternativas de ocio y de vida mejores que jugarse la vida, o someterse, como prostituto o prostituta, a una vida duradera de esclavitud⁵⁸.

Por el contrario, a la hora de realizar la ponderación de intereses que determine la medida a aplicar, sí que debería tenerse en cuenta –por ejemplo– si el menor delincuente es heterosexual, homosexual, transexual; si le interesa el deporte, la poesía o la discoteca; si tiene una buena relación con sus padres o prefiere vivir alejado de ellos; etc. Pues, en todos los ejemplos que acabo de proponer, se trata de planes autónomos de vida que no resultan notoriamente irracionales, por lo que el Estado no puede tener base suficiente para apoyar legítimamente unos en detrimento de los otros.

En segundo lugar, por lo que se refiere al objetivo de promover la autonomía del menor, aquellos intereses que el fiscal o el juez pueden tomar en consideración aun en contra de la voluntad del propio menor son solamente los *intereses relativos al desarrollo de*

⁵⁸ Debe observarse, por lo demás, que, como más arriba se ha apuntado, dicho tratamiento (coercitivo) por parte del Estado sólo resulta legítimo por el hecho de que el menor es un sujeto sin plena capacidad de obrar, por lo que frente a él (como frente a ciertos enfermos mentales, a personas con cierto grado de discapacidad intelectual, etc.) pueden resultar admisibles las intervenciones paternalistas. Por el contrario, si se tratase de una persona adulta con plena capacidad de obrar, cualquiera de los planes de vida que figuran en el ejemplo deberían –tal es mi tesis, discutible, desde luego– ser respetados por el Estado (al menos, no deberían ser prohibidos, cuestión distinta es que no puedan –y deban– desincentivarse por otros medios).

la personalidad. Se trata de aquellos componentes del plan de vida de una persona (aquí, del menor) que favorecen u obstaculizan el futuro y progresivo desarrollo de un sujeto moral (más, plenamente) autónomo⁵⁹.

Más exactamente, en este segundo caso, aquello que el Estado puede y debe tomar en consideración es el reverso negativo de los intereses relativos al desarrollo de la personalidad: aquellos componentes del plan de vida del menor que, notoriamente, hagan imposible (o, cuando menos, altamente improbable) la plenitud de ese sujeto moral autónomo. Dichos componentes, completamente negativos desde este punto de vista, pueden y deben ser dejados de lado, cuando se considera el interés del menor (y se pondera, en contraposición a los objetivos preventivo-especiales). Pero sólo ellos. Pues, en efecto, es obvio que el desarrollo de la personalidad no es nunca un concepto valorativamente neutro, sino que está preñado de significación moral. Por ello, no puede ser que el Estado, a través de las decisiones de sus órganos jurisdiccionales, tome posición en favor de ciertas opciones de desarrollo de la personalidad y en contra de otras. Por el contrario, solamente resulta aceptable, desde el punto de vista del respeto al pluralismo cultural y moral, que dichos órganos rechacen aquello que es comúnmente (vale decir: por todas las concepciones de la vida buena) rechazado.

Así, a la hora de determinar cuál es el interés del menor, un juez podrá, por ejemplo, dejar de tomar en consideración el deseo del menor de permanecer en el más completo analfabetismo; o de no lavarse nunca; o de no salir jamás de su habitación ni ver nunca a ninguna otra persona;... Pero, por el contrario, no podrá prescindir del hecho de que el menor desee dedicarse, como viene haciendo su familia, a la mendicidad y a la venta en mercadillos carentes de autorización administrativa. Puesto que nada (salvo algunas determinadas concepciones, comprensivas, de la vida buena, pero no cualquiera) que dicha forma de vida sea menos digna, peor, más irracional, etc. que, por ejemplo, trabajar como aprendiz, por un sueldo miserable, pero con contrato de trabajo (temporal, precario), en un taller mecánico.

En el resto de las cuestiones (de los intereses del menor), entiendo que, a la hora de determinar cuál es el interés del menor que ha de contraponerse a los intereses preventivo-especiales, ha de prevalecer siempre aquello que forme parte de las opiniones y del plan de

⁵⁹ Puesto que, al fin y al cabo, el menor –como cualquier ser humano, pero en mucho mayor grado– es siempre un sujeto en devenir (RIVERO HERNÁNDEZ, *Interés*, 2007, pp. 165-169), que está sometido a un proceso de desarrollo psíquico y de inserción social.

vida del menor mismo. Y ello, porque en el resto de las cuestiones –distintas de los intereses básicos y de los intereses relativos al desarrollo de la personalidad– nos hallaremos exclusivamente ya ante *intereses relativos a la autonomía del propio menor*. Y la autonomía de un sujeto, mayor o menor, solamente puede ser promovida (una vez garantizados sus intereses básicos y un espacio para el desarrollo de su personalidad) posibilitando efectivamente su ejercicio por parte del mismo; y de ninguna otra forma⁶⁰.

10. La ponderación del interés del menor

A partir del análisis que se acaba de presentar, creo que es ya posible determinar la función que debe cumplir el principio del interés del menor en la interpretación y aplicación del Derecho Penal de menores. E igualmente, el método conforme al cual dicho principio debe ser tomado en consideración. Cojamos, como ejemplo, el de la determinación del tipo y duración de la medida a imponer (en el supuesto de que haya que imponer alguna) al menor delincuente, a tenor de lo dispuesto en el art. 7.3 LRPM.

El precepto acabado de señalar declara que, a la hora de realizar dicha determinación, el juez debe atender «*no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor*». Es decir, la ley prevé expresamente la necesidad de tomar en consideración un conjunto de factores: algunos relativos al hecho delictivo cometido y otros referidos a la personalidad del menor delincuente. Lo que la ley no contempla (al menos, de forma explícita) es la perspectiva desde la que ha de ser considerado cada uno de dichos factores. Así, por una parte, las características del hecho podrían en principio ser valoradas como elementos del merecimiento de sanción del mismo. Pero también podrían serlo como indicios de la peligrosidad criminal del menor delincuente. Del mismo modo, factores como «*la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad (...) del menor*» pueden ser igualmente vistos como indicadores de su peligrosidad criminal; o bien, como datos relevantes para determinar su interés (que, como más arriba se apuntó, rara vez coincidirá –ni

⁶⁰ El origen de la distinción entre intereses básicos, intereses relativos al desarrollo de la personalidad e intereses relativos a la autonomía está en EEKELAR, John: *The Emergence of Children's Rights*, en *Oxford Journal of Legal Studies* 6 (1986), pp. 170 ss.

siquiera en parte– con los intereses preventivo-especiales, de control de su peligrosidad criminal).

En mi opinión, y puesto que el legislador no ha especificado suficientemente esta cuestión, la misma debe ser resuelta a partir de consideraciones de índole político-criminal: es decir, determinando qué datos, de entre los mencionados explícitamente por la ley (que, por lo demás, tampoco prohíbe que se tomen en consideración otros que puedan ser considerados –justificadamente, a tenor de razones político-criminales de fuste– relevantes), deben vincularse a los objetivos preventivo-especiales, cuáles al interés del menor y cuáles (aunque en diferentes aspectos en cada caso) a ambos. Sobre esta base, entiendo que una resolución judicial adecuadamente (vale decir: político-criminalmente) motivada en materia de determinación de medidas debería ser una que tuviese en cuenta:

- Las características del hecho delictivo cometido, entendidas, en primer lugar, como factores determinantes del merecimiento de sanción derivado del mismo. Dicho merecimiento ha de servir, sin embargo, tan sólo para fijar el límite máximo de la reacción sancionadora frente al menor, en atención al principio de proporcionalidad de las sanciones (entendido aquí como garantía para el menor sancionado).

- Algunas características del hecho delictivo cometido, entendidas, en segundo lugar, como factores indiciarios de las características criminológicas y –por ende– de la peligrosidad criminal del menor delincuente⁶¹.

- Las características personales del menor delincuente, entendidas, primero, con indicios de peligrosidad criminal.

- El interés del menor.

Y, claro está, para la determinación de este último, las características personales del menor habrán de ser tomadas siempre en consideración de manera relevante: ya no, como cuando se trata de determinar su peligrosidad criminal, desde la perspectiva de su contribución a la propensión del menor a infringir normas sociales; sino, más bien, con la finalidad de establecer cuáles son los intereses

⁶¹ Pienso en características tales como: forma objetiva de comisión (alevosía, enañamiento, etc.), elementos de la parte subjetiva del tipo penal (clase de dolo, concurrencia de elementos subjetivos del injusto, motivos), circunstancias situacionales en las que el hecho fue cometido. Todas estas características, además de su aportación a la graduación del merecimiento de sanción, resultan también útiles como indicadores de peligrosidad criminal.

básicos del menor y los intereses relativos al desarrollo de su personalidad, así como cuáles son sus opiniones y su plan autónomo de vida (y, por consiguiente, los intereses relativos a su autonomía).

Así pues, lo que el juez debería elaborar, como fundamento para su resolución, es un análisis complejo, en el que, por una parte, llegue a una evaluación de la peligrosidad criminal del menor delincuente (basada en las características del hecho que resulten reveladoras de dicha peligrosidad, así como de aquellos datos personales del menor que, analizados por el equipo técnico, aporten también información a dicha evaluación). A partir de dicha evaluación, se podrá determinar qué medida o medidas, y en qué duración, resultarían indicadas para el tratamiento de (la peligrosidad criminal de) dicho menor. Esto es, lo resultarían si sólo la cuestión de la peligrosidad y su control –la prevención especial– constituyesen los objetivos del Derecho Penal de menores en este caso.

Sin embargo, ya hemos visto que esto no es así: por el contrario, el Derecho Penal de menores español contrapone constantemente (aquí, en concreto, lo hace además de un modo explícito, en el propio art. 7.3 LRPM) el principio del interés del menor a dichas necesidades preventivo-especial de intervención sancionadora. Por ello, no es suficiente con que las medidas y su duración resulten indicadas desde esta última perspectiva: es preciso además que, en la ponderación, se valore que resultan suficientemente respetuosas con el interés del menor. Pues, en otro caso, habría que optar por una medida menos idónea (o por una duración menor de la necesaria) desde el punto de vista de la prevención especial, pero que respete mejor el interés del menor.

Por lo tanto, la vigencia del principio del interés del menor en el ámbito del Derecho Penal de menores español obliga a que todas las resoluciones judiciales sobre las medidas a aplicar⁶² sean motivadas necesariamente a través del método de la ponderación: una ponde-

⁶² Para ser más precisos: no necesariamente todas, pero sí la abrumadora mayoría. Pues cabe la posibilidad –improbable, pero existe– de que en algún caso la medida que se pretende imponer no afecte en absoluto al interés del menor: porque es aceptada voluntariamente –de forma sinceramente voluntaria– por éste, por ejemplo; o porque la misma posee un efecto coercitivo tan ínfimo (la obligación de acudir una vez al mes a una charla de media hora en un centro cultural, por ejemplo) que no puede decirse razonablemente que afecte en alguna medida mínimamente relevante al interés del menor (...salvo que, por ejemplo, la charla a la que se impone la asistencia fuese de naturaleza religiosa, en cuyo caso cambiarían las cosas). De cualquier modo, en la práctica, estos supuestos resultarán muy excepcionales, por lo que creo que, en general, podemos dejarlos de lado.

ración que debe determinar si el tipo y duración de la medida que resultan idóneas desde el punto de vista de la prevención especial constituyen, en el caso concreto, una actuación estatal proporcionada (al objetivo preventivo-especial perseguido y al valor que posee el interés del menor). Se trata, pues, de adoptar en cada caso una decisión acerca de cuál es el objetivo que merece precedencia⁶³: la prevención especial (y, por consiguiente, la medida resulta, en ese supuesto, proporcionada), o bien el interés del menor (y, entonces, la medida no puede ser adoptada, por desproporcionada).

Dicha decisión ha de tomarse sobre la base de dos clases de argumentos (que deben ser combinados):

– Por una parte, debe argumentarse acerca de cuál es, en el caso concreto, la relevancia del objetivo político-criminal (preventivo-especial) perseguido y cuál la afectación al interés del menor. Se trata, en este sentido, de destacar qué aspectos concretos de ambos intereses se están poniendo en juego en el supuesto de que se trate (puesto que, obviamente, lo normal no será que, en cada caso y en cada medida que se pretenda imponer, se pongan en juego todos los intereses colectivos de índole preventiva y todos los intereses del menor, sino que usualmente se sustanciarán sólo algunos).

Así, por ejemplo, ante una medida de prestaciones en beneficio de la comunidad, habrá que considerar, de una parte, de qué modo (concreto) el cumplimiento de dicha medida va a contribuir a reducir la peligrosidad criminal del menor (inocuiéndole, intimidándole, resocializándole). Y, de otra, cuánto afecta ello al interés del menor: a sus planes de vida (no es igual que el menor sea aficionado a la jardinería que una persona a quien desagrade profundamente estar en la calle) y a sus posibilidades de desarrollo (habrá que examinar no sólo los horarios, sino también las necesidades de integración en el medio escolar)... y, en algún caso, incluso sus intereses básicos (no es igual si el menor es muy vigoroso físicamente que si sufre severas discapacidades).

Se trata en todos los casos de argumentos de naturaleza valorativa, que versan acerca de cuánto se ven afectados uno y otro interés en el caso concreto, así como sobre cuánto vale dicha afectación.

– En segundo lugar, es preciso argumentar también en relación con las cuestiones empíricas inherentes: en relación, pues, con la

⁶³ Sobre la estructura del juicio de proporcionalidad, *vid.*, por todos, BERNAL PU-LIDO, Carlos: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3.ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 617 ss., con ulteriores referencias.

eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración de la afectación al interés del menor; y con la eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración de la obtención del fin preventivo perseguido. Pues, en efecto, *ceteris paribus* (esto es, a igual grado de relevancia valorativa del objetivo político-criminal perseguido y del interés del menor afectado), el aspecto empírico del asunto debe ser también examinado.

Supongamos que, tratándose de un menor que se dedica a perpetrar actos vandálicos (de pequeña importancia) en su barrio, con la medida de prestaciones en beneficio de la comunidad se pretende lograr el fin de reintegrarle en la comunidad a la que viene atropellando y molestando, contribuyendo así a su resocialización. Y supongamos también que dichas prestaciones afectan, por su configuración, no sólo a la autonomía del menor, sino incluso a sus posibilidades de desarrollo, por entrar en colisión con algunas necesidades propias de la escolarización. Pues bien, en tal caso, aun cuando pudiera llegarse a la conclusión –admitámoslo, siquiera sea a efectos retóricos– que la ponderación de la relevancia de ambos fines resulta, en este supuesto, muy equilibrada, habría siempre que examinar también las cuestiones empíricas implicadas: ¿cómo de probable es que las semanas de prestación produzcan la reintegración efectiva del menor en la comunidad (teniendo en cuenta su extracción social, las características socioculturales y económicas de la comunidad misma, etc.)? ¿Y cuánto va a afectar, previsiblemente, las dificultades de escolarización que el cumplimiento de la medida de prestaciones ocasiona al futuro desarrollo de la personalidad del menor? Sin responder a estas cuestiones empíricas adicionales, una ponderación verdaderamente racional resultaría imposible.

Este segundo grupo de argumentos serán en todos los casos juicios de probabilidad, que han de apoyarse en evidencia empírica –en generalizaciones– extraídas de las ciencias sociales.

Sobre la base de ambas clases de argumentos, al final, el juez deberá concluir (y motivar en su resolución) si la medida, o su duración, resultan o no proporcionadas en el caso concreto.

11. Cuestiones procesales

Para finalizar, apuntaré algunas cuestiones de naturaleza procesal que suscita la toma en consideración del principio del interés del menor en el ámbito del Derecho Penal de menores:

1.^a La determinación de cuál es el interés del menor en un caso concreto ha de ser considerada, en sí misma, una cuestión de hecho,

no de Derecho⁶⁴. Por el contrario, los argumentos acerca de cómo (y en qué medida) han de valorarse, en general, diferentes facetas y componentes de dicho interés tienen, como se ha señalado, naturaleza normativa.

En mi opinión, esta distinción debería poseer trascendencia diversos aspectos del proceso penal de menores:

- en cuanto a la estructuración de las resoluciones del Ministerio Fiscal y de los órganos judiciales (y de los consiguientes escritos de las partes en el proceso);

- en cuanto a la forma de llegar a la resolución: aportación de pruebas, en el caso de la valoración del interés del menor en el caso concreto/ mera argumentación, cuando se discuta acerca de qué puede y qué no puede ser valorado (y probado);

- en cuanto a las posibilidades de impugnación a través de recursos: solamente la parte normativa resultaría susceptible del recurso de casación para unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo (art. 42 LRPM).

2.^a La afectación desproporcionada al principio del interés del menor por parte de una sanción impuesta por la justicia penal de menores no constituye, en general, una motivo de inconstitucionalidad –de nulidad, por consiguiente– de la resolución judicial (que resulte susceptible de recurso de amparo)⁶⁵, sino tan sólo materia de impugnación por vía ordinaria, por constituir interpretaciones valorativa y teleológicamente incorrectas del Derecho positivo⁶⁶. Y ello, porque, como ya he apuntado, entiendo que el principio de proporcionalidad no constituye un instrumento idóneo (por resultar excesivamente exigente) para el control de constitucionalidad de las leyes o decisiones de aplicación del Derecho.

En mi opinión, por lo tanto, sólo algunas clases de resoluciones desproporcionadas en su afectación al principio del interés del menor serían propiamente inconstitucionales. Y, en concreto, dos: de

⁶⁴ En el mismo sentido, RIVERO HERNÁNDEZ, *Interés*, 2007, p. 97.

⁶⁵ Claro está: en tanto que no sea, además, la infracción flagrante del contenido constitucionalmente reconocido de un derecho fundamental. Así, por ejemplo, sí que violaría la constitución, por infringir el art. 20 CE, una medida de libertad vigilada en la que, a tenor del art. 7.1.h), LRPM (regla de conducta 7.^a, se prohibiese al menor hacer hablar en público. Obsérvese, en todo caso, que las dos afirmaciones que se hacen en el texto (que una resolución desproporcionada no es inconstitucional y que tampoco resulta susceptible de recurso de amparo) son independientes entre sí, dado que la segunda podría ser cierto sin serlo por ello necesariamente la primera.

⁶⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, *Interés*, 2007, pp. 97-99.

una parte, aquellas que no motiven en absoluto la decisión desde el punto de vista de su afectación al interés del menor; de otra, aquellas que lo afecten de un modo tan intenso que lo destruyan (casi) por completo.

Así, un internamiento en régimen cerrado de diez años impuesto a un menor de dieciséis años (art. 11.2 LRPM) puede, según cuáles sean las condiciones de ejecución, constituir un caso claro de infracción de la prohibición del exceso⁶⁷, caso límite de violación del principio de proporcionalidad en el que la resolución adoptada resulta frontalmente inconstitucional⁶⁸.

El resto de las resoluciones que resulten desproporcionadas en relación con el principio del interés del menor podrán, sin embargo, también ser impugnadas, aunque únicamente por las vías propias de la jurisdicción ordinaria⁶⁹. Pues, pese a todo, en el caso del Derecho Penal de menores, la desatención (relativa, no completa) al principio del interés del menor no constituye únicamente –que también– una decisión político-criminalmente criticable (por imponer una política criminal excesivamente represiva –moralmente injustificable y pragmáticamente cuestionable), sino que, además, puede ser también criticada en el plano dogmático: esto es, como una mala interpretación del Derecho positivo⁷⁰. Ya que, en efecto, dicho Derecho

⁶⁷ *Vid.*, al respecto, la crítica de GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL: *Un proyecto alternativo a la regulación de la responsabilidad penal de los menores*, Málaga, 2000, pp. 30-31.

⁶⁸ Y, además, en mi opinión (y a diferencia de lo que ocurre en los supuestos de falta de motivación), claramente susceptible de impugnación a través de recurso de amparo, por infracción del art. 15 CE (interpretado a la luz del Derecho Internacional de los derechos humanos): de la prohibición de las penas crueles, inhumanas y degradantes.

⁶⁹ En el caso de las resoluciones judiciales: a través del recurso de apelación y, extraordinariamente (y tan sólo cuando se trate de cuestiones atinentes al razonamiento jurídico en torno al principio), del recurso de casación para unificación de doctrina. Y, en el caso de las resoluciones del Ministerio Fiscal (por ejemplo: la de no desistir –según permite el art. 18 LRPM– de la incoación del expediente, o bien la de –art. 30 LRPM– proponer una determinada medida, desproporcionada), cuestionando, tras la apertura de la fase de audiencia (art. 31 LRPM), dichas resoluciones.

⁷⁰ Hay aquí una diferencia sustancial, por ejemplo, con lo que sucede en el Derecho Penal común, en relación con el llamado «principio de humanidad de las sanciones»; más propiamente, de la directriz (político-criminal) de humanización de las sanciones, que impone al legislador la obligación de aliviar en la medida de lo posible el carácter afflictivo de las sanciones penales para los sancionados. Pues en este último caso nos hallamos únicamente ante una directriz político-criminal. Lo que significa que su incumplimiento puede ser objeto de una valoración –moral, cuando menos– muy crítica. Pero que no es posible cuestionar la validez de las normas que no la respeten.

positivo contiene, de una parte, constante referencias explícitas al principio del interés del menor. Y, de otra, es posible sostener –como más arriba se ha argumentado– que dicho principio constituye un auténtico principio general del Derecho Penal de menores. Por ello, los órganos encargados de la revisión de dichas resoluciones desproporcionadas pueden y deben anularlas, sustituyéndolas por otras que respeten mejor las exigencias que hemos visto que el principio de proporcionalidad impone a este respecto.

3.^a De acuerdo con el método que se ha propuesto para la definición del interés del menor en el caso concreto, resulta imprescindible reconocer al menor siempre un derecho a ser oído sobre dicha cuestión⁷¹. Para ello no es suficiente con las disposiciones procesales específicas contenidas por la ley: se regula, en efecto, en la misma la declaración del menor (art. 26.2 LRPM), la conformidad del menor las medidas propuestas y/o con los hechos que constan en el expediente (arts. 32 y 36 LRPM) y la participación del menor en la audiencia (arts. 35.1 y 37.2 LRPM). Pero, más allá de lo establecido en dichas disposiciones, es preciso que el menor sea oído, preceptivamente antes de adoptar cualquier resolución (cuando menos) para determinar cuál es su interés y tenerlo en cuenta.

Por ejemplo, cuando el Ministerio Fiscal ha de decidir si desiste o no de la incoación del expediente, o qué medida o medidas va a proponer en el mismo.

Es cierto que el reconocimiento, en el art. 22.1.d) LRPM, del derecho del menor a «*ser oído por el Juez o Tribunal antes de adoptar cualquier resolución que le concierna personalmente*» permite cubrir algunos de los supuestos. Pero no todos: por ejemplo, aquellos en los que la resolución que afecta al interés del menor no es de un órgano judicial, sino del Ministerio Fiscal⁷². Y, en todo caso, nada se dice –tampoco en el mencionado precepto– acerca de que una de las cuestiones sobre las que el menor haya de ser oído sea la de la determinación de su propio interés. Por ello, sería conveniente, por las razones normativas más arriba expuestas, que el uso procesal de oír al menor siempre que su interés se vea afectado fuese instituido como práctica habitual. Y también, desde luego, que se llevase a cabo una reforma legislativa que estableciera tal garantía de forma explícita.

⁷¹ Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, *Interés*, 2007, pp. 190 ss.

⁷² Ciertamente, es posible sostener que el art. 22.1.d) LRPM es aplicable analógicamente también al procedimiento para que el Ministerio Fiscal dicte sus resoluciones, por lo que existe una obligación de dicho órgano de escuchar al menor antes de adoptarlas.

4.^a Por último, como ya se ha apuntado, en el modelo de justicia penal de menores propia del Derecho positivo español (interpretado de un modo político-criminalmente convincente) es absolutamente necesario que cada resolución –del Ministerio Fiscal o de un juez o tribunal– que afecte de algún modo a los derechos del menor contenga, en su motivación, una referencia explícita y detenida al modo e intensidad en que la decisión adoptada afecta al interés del menor y por qué, pese a ello, la misma resulta todavía justificable, por los fines que persigue. Ello implica, por un lado, abandonar un modelo de argumentación pseudo-paternalista, en virtud del cual cualquier decisión adoptada en el ámbito de la justicia penal de menores va siempre orientada, por definición, al interés del menor. Hemos visto que esto no es cierto, que es pura ideología. Es necesario, pues, reconocer la existencia de un conflicto, y argumentar en torno a la solución mejor para el mismo. Lo que implica también, en segundo lugar, discutir, caso por caso (individualizando, pues, la respuesta en atención a cada menor) cuál es el interés –el real, no el presupuesto– de aquel menor cuyos derechos se pretenden limitar. Todas estas cuestiones deben estar tratadas y razonadas en cualquier resolución que se adopte en un Derecho Penal de menores que respete verdaderamente (y no sólo en su retórica) el principio del interés del menor.