

LA PREMISA DE LA MINORÍA DE EDAD COMO OPCIÓN POLÍTICO-CRIMINAL EN EL SISTEMA DE JUSTICIA JUVENIL ESPAÑOL

Juan José Periago Morant.¹

RESUMEN

Ante la comisión de un hecho delictivo por parte de un menor de edad se plantea la cuestión de si es necesario o no ofrecer una respuesta sancionadora. Si se opta por castigar al menor por la perpetración de un delito es preciso fundamentar el reproche dirigido hacia el menor y la posibilidad de haber determinado su comportamiento conforme a las normas. Dicho fundamento implica una serie de cuestiones previas como es la de determinar la imputabilidad del menor, ¿Son todos los menores inimputables? ¿Cuándo una persona deja de ser inimputable?. Ello supone que el legislador debe decantarse entre una serie de alternativas como son que la imputabilidad del menor va a depender de su grado de discernimiento o de la edad del menor en el momento de la comisión del hecho o de ambos elementos. Por otra parte si se opta por el criterio de la edad biológica el legislador debe elegir la franja de edad. Entre las opciones de política criminal finalmente se plantea el debate de si la respuesta sancionadora a proporcionar al menor infractor debe ser la misma que la de los adultos. En las siguientes líneas se examinarán estas cuestiones y la elección del legislador penal español en el sistema de justicia juvenil de España.

ABSTRACT

When a minor commits a crime, the question arises whether it is necessary or not to offer a criminal response. If one chooses to punish the minor for the commission of a crime, it is necessary to base the reproach directed towards the minor and the possibility of having determined his behavior according to the law. This foundation implies a series of previous questions such as determining the imputability of the minor,

¹ Doctor en Derecho por la Universidad Jaume I de Castellón. Profesor Ayudante Doctor de Derecho Penal en la Universidad Jaume I de Castellón. Avenida Sos Baynat, s/n. Código Postal 12071, Castellón de la Plana, España. periago@uji.es

are all the children not subject to prosecution, when a person ceases to be unimpeachable? This assumes that the legislator must choose between a series of alternatives such as that the child's responsibility will depend on their degree of discernment or the age of the child at the time of the commission of the act or both of them. On the other hand, if the biological age criteria is chosen, the legislator must choose the age range. Among the options for criminal policy, there is finally a debate on whether the sanctioning response to provide the minor offender should be the same as that of adults. The following lines will examine these issues and the choice of the Spanish criminal legislator in the juvenile justice system in Spain.

Palabras clave: *menor infractor, imputabilidad, principio de culpabilidad, merecimiento de pena, necesidad de pena.*

Key Words: *juvenile offenders, imputability, principle of guilt, deserved punishment, needed punishment.*

1. INTRODUCCIÓN.

Una de las preocupaciones que debe afrontar cualquier ordenamiento jurídico es cómo dar respuesta a las conductas delictivas cometidas por los menores de edad. La minoría de edad supone una fase de evolución del ser humano y por las especialidades que la rodean requiere de un tratamiento específico por parte del Derecho.

En lo que afecta al Derecho Penal, la atención sobre la minoría de edad se centra fundamentalmente en dos bloques. El primero dirigido a ofrecer la respuesta necesaria a las agresiones cuando las víctimas son menores y brindarles una adecuada protección. El otro punto de atención tiene como tarea el diseño de un sistema de reproche penal cuando el infractor es menor de edad y es el que nos ocupa.

Este segundo punto relacionado a la reprochabilidad penal por el injusto cometido por un menor nos obliga a detenernos brevemente en examinar la culpabilidad en la teoría jurídica del delito y su conexión con los menores infractores y es que en este sentido como dicen CERVELLÓ DONDERIS y COLÁS TURÉGANO² el sistema de

² Vicenta Cervelló Donderis y Asunción Colás Turegano, *La responsabilidad penal del menor de edad*, (Madrid, Editorial Tecnos, 2002), 49.

responsabilidad español actual ofrecido por la Ley orgánica 5/2000 de responsabilidad penal del menor (en adelante LORPM) implica la asunción, como fundamento del mismo de, entre otros, al principio de culpabilidad.

La culpabilidad según CARBONELL MATEU³ es “*el reproche jurídico personal verificado como consecuencia de la infracción de un deber: el de no cometer una conducta antijurídica ni, por lo tanto lesionar o poner en peligro de forma típica un bien jurídico protegido quebrantando los valores tutelados por el ordenamiento jurídico*”.

VIVES ANTON y COBO DEL ROSAL⁴ estiman que la culpabilidad se refiere a uno de los elementos del delito que es el que condiciona la posibilidad de atribuir el hecho antijurídico a su autor.

La concepción normativa de la culpabilidad considera la culpabilidad como “reprochabilidad”, es un juicio de reproche por el hecho cometido que contiene una estructura en la que está presente y se comprueba como primer elemento la imputabilidad (capacidad de culpabilidad, de entender y valorar las conductas y su significado jurídico), y como segundo elemento la conciencia de la ilicitud, donde se examinará si el sujeto actuó sabiendo que su conducta era contraria a las normas, o actuó pudiendo conocer que lo eran. Finalmente se examina si hay algunas causas de inexigibilidad que impidan que se pueda reprochar la conducta a la persona en cuestión.

El Tribunal Supremo Español argumenta con relación a la culpabilidad y la minoría de edad que “*La edad de 18 años no determina una menor culpabilidad ni la gravedad de la culpabilidad aumenta con la edad. La Ley Penal excluye a los menores de 18 años de su régimen, o establece en las normas todavía vigentes una atenuación de la pena, por razones que no tienen su razón de ser en la menor culpabilidad, sino en consideraciones preventivo-especiales: se admite como premisa político-criminal que es conveniente evitar que, por debajo de cierta edad, una persona sea introducida en el*

³ Juan C. Carbonell Mateu, “Sobre imputabilidad en Derecho penal español” en *Cuadernos de Derecho Judicial. La imputabilidad general en el Derecho Penal* (Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1993) 11.

⁴ Manuel Cobo del Rosal M. y Tomás S. Vives Antón, *Derecho Penal, Parte General*, (Valencia, Universidad de Valencia, 1984) 445.

sistema penal, pues se piensa que todavía es posible completar su educación social con medios predominantemente pedagógicos”, Sentencia N° 1638/1998, (Tribunal Supremo de España Sala de lo Penal de 29 diciembre, Fundamento Jurídico Único, RJ\1998\10067).

Ello supone defender el establecimiento de un sistema penal propio para los menores y sustraerlos de la legislación penal de adultos, por esas posibilidades de recuperación que el propio Tribunal Supremo menciona y conseguir al mismo tiempo que las acciones delictivas de los menores no queden impunes ya que los sujetos a la LORPM no son menos culpables que los adultos a los que se les aplica el Código Penal.

Si en un sistema de justicia juvenil se tiene que garantizar los mismos derechos, garantías y principios que han de regir en el de adultos, observamos que un principio básico del Derecho Penal es el principio de culpabilidad que también participa de esa dimensión en el derecho penal juvenil.

La culpabilidad es uno de los límites que tienen que tener en cuenta tanto el juez (en la aplicación de las leyes) como el legislador (en la elaboración de las leyes). De ello se derivan una serie de consecuencias o principios.

- El principio de personalidad de las penas, que supone que el castigo se adopta sobre el individuo que personalmente ha cometido el hecho. Por lo tanto no cabe castigar a un sujeto por un hecho ajeno.
- El principio del hecho que implica que no cabe castigar por el carácter o la forma de ser. Se castiga por lo que se ha hecho no por lo que se es.
- El principio del dolo o imprudencia donde el resultado no basta para exigir responsabilidad además se requiere que ese resultado aparezca como obra de una autor cuya evitación se le podía haber exigido. Ello significa rechazar los delitos cualificados por el resultado.
- No se puede castigar al sujeto que no reúna las condiciones psíquicas necesarias.

La culpabilidad precisa de la existencia de tres elementos. El primero la imputabilidad que supone la capacidad de culpabilidad. Si se entiende que la culpabilidad supone reprochar a alguien por una conducta contraria al deber, es preciso constatar que el individuo está en condiciones de cumplir esos deberes y por lo tanto se le puede reprochar su incumplimiento. Todo acto jurídico (considerando como tal al delito) precisa de una capacidad de obrar, que en derecho penal recibe el nombre de imputabilidad.

2. LA CUESTIÓN DE LA INIMPUTABILIDAD DE LOS MENORES.

Como manifiesta DOLZ LAGO⁵ la “*pretendida inimputabilidad del menor no puede quedar en impunidad de sus acciones delictivas ni en trato inquisitorial, sino en el tratamiento penal específico a sus necesidades, el que mejor protege tanto al menor como a sus víctimas*”.

En primer lugar se ha de examinar si el menor es culpable o no por la comisión de un delito, para adecuar el reproche penal más indicado a las características del menor y darle ese tratamiento al que hace referencia DOLZ LAGO. En este camino naturalmente se requiere repasar la imputabilidad y referir dicha cuestión a los menores.

En una detallada obra sobre la imputabilidad, MARTÍNEZ GARAY⁶ define la imputabilidad como “*la exigibilidad de conducta adecuada a derecho por no encontrarse alterada de manera relevante la estructura de los procesos psíquicos - cognitivos y afectivos- de la decisión de voluntad que dio lugar a la realización del delito*”.

En definitiva como manifiestan COBO y VIVES⁷ el individuo ha de tener un conjunto de requisitos psicobiológicos que le permitan tener capacidad de valorar y comprender la licitud del hecho realizado y de actuar en los términos requeridos por el ordenamiento jurídico.

El conjunto mayoritario de las legislaciones para determinar esa capacidad de culpabilidad parten de la situación de normalidad del individuo, de manera que todo ser humano en principio tiene capacidad para entender el imperativo legal y adecuar su conducta a este imperativo.

⁵ Manuel J. Dolz Lago, *Comentarios a la legislación Penal de Menores Incorpora las últimas reformas legales de la L.O 8/2006*, (Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2007) 35.

⁶ Lucía Martínez Garay, *La Imputabilidad Penal*, <http://www.tirantonline.com/tol/776.053>.

⁷ Cobo del Rosal y Vives Antón, *Derecho Penal*, 461.

La imputabilidad es una noción que en algunos países supone una construcción doctrinal, otras legislaciones en cambio sí que la aluden explícitamente⁸. Finalmente en otros ordenamientos, la doctrina señala preceptos en los que se considera que, sin mencionarla expresamente, se puede encontrar una definición o extraer su concepto, por medio de referencias⁹. En este caso, no regulan la imputabilidad como tal, sino que vienen a determinar las causas que excluyen esa imputabilidad. Es decir, el sujeto inicialmente es imputable salvo que se presente alguna de esas circunstancias que tienen la virtualidad de anular esa capacidad de culpabilidad.

El primer elemento de la culpabilidad es la imputabilidad. El segundo elemento de la culpabilidad está constituido por las formas de culpabilidad, el dolo o la imprudencia. El tercer elemento que compone el juicio de culpabilidad son las llamadas causas de inexigibilidad que, en caso de estar presentes, supone que al sujeto no se le puede reprochar la conducta llevada a cabo.

Según la teoría jurídica del delito que parte del juicio de antijuridicidad en el que se efectúa la comprobación de que la conducta sea contraria al ordenamiento jurídico y del juicio de culpabilidad como reproche por la conducta contraria al deber que corresponde cumplir a todo individuo de no lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos. Verificado el hecho típico y antijurídico tenemos que plantearnos que con respecto a los menores el eje del debate se sitúa en el juicio de culpabilidad y principalmente en el primero de sus elementos, la imputabilidad. ¿Es imputable el menor?.

Como ponen de relieve CERVELLÓ DONDERIS y COLÁS TURÉGANO¹⁰, con respecto al tema de la imputabilidad de los menores, la doctrina surgida con el Código Penal Español de 1944 consideraba que la exclusión del menor del Derecho

⁸Código Penal Italiano, art.85 establece: “Nadie puede ser castigado por un hecho previsto en la ley como delito, si, en el momento en que lo ha cometido, no era imputable. Es imputable quien tiene la capacidad de entender y de querer”.

⁹Sería el caso del Código Penal Español de 1995, cuando para eximir de responsabilidad por los supuestos del art. 20 1º, 2º y 3º, exige que el sujeto “no pueda comprender la ilicitud del hecho [que realiza o actuar conforme a esa comprensión o que «tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad”.

¹⁰ Cervelló Donderis y Colás Turégano, *La responsabilidad penal del menor*, 50.

Penal se debía a que éste era considerado como inimputable. Los partidarios de fundamentar la culpabilidad en el poder actuar de otro modo, consideraban que los menores carecen de la capacidad y voluntad necesarias para valorar la ilicitud del hecho y para actuar según las exigencias del derecho siendo la pena una reacción excesiva. Otros autores, desde la teoría de la motivación de la norma estiman que los menores tienen disminuida su capacidad de motivación. En este sentido, la Fiscalía General del Estado Español en su Instrucción 1/1993 decía *“sólo desde la concepción de la norma penal como instrumento motivador para el respeto a los bienes jurídicos que socialmente se estimen dignos de una más intensa y eficaz protección, puede explicarse la ausencia de culpabilidad del menor...El derecho penal parte de la consideración incuestionable de que el sujeto del injusto menor de dieciséis años no es un sujeto motivable mediante la norma penal. El menor de edad no puede llegar a conocer su verdadera dimensión...”*. La misma concepción se observa en el Informe del Consejo General del Poder Judicial Español al Anteproyecto de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal Juvenil y del Menor de 1995 que empleaba similar argumentación *“el menor que ha infringido las normas jurídicas es únicamente una persona en desarrollo, que no ha podido internalizar dichas normas, por lo que no se puede partir de la base de que ha defraudado las expectativas que la sociedad pudiera tener respecto a él, sino que ni siquiera, en gran número de supuestos, esa misma sociedad le ha dado oportunidad de adquirir la maduración necesaria para la internalización de las normas...el menor no ha podido internalizar las normas de un modo completo y perfecto, no se motiva por ellas...”*.

3. MAYORÍA DE EDAD VS MINORÍA DE EDAD.

Es importante detenernos en considerar los criterios elegidos para determinar la mayoría de edad penal/minoría de edad penal y los criterios para establecer el límite para la exigencia de responsabilidad al individuo que ha cometido un delito conforme al sistema penal para adultos o conforme al de menores o para declararlos inimputables.

La minoría de edad es una etapa de transición hacia la madurez que se caracteriza porque en ella se produce un estadio de aprendizaje de las destrezas cognitivas y de la capacidad volitiva del individuo.

La importancia de la edad penal ha promovido que sea necesario un diálogo entre las ciencias de la conducta y las ciencias jurídicas. Especialmente en este campo son muy importantes las aportaciones realizadas desde la Psicología Evolutiva como

disciplina que estudia los cambios psicológicos de las personas a lo largo de su vida. El problema central en la justicia para menores se relaciona con la falta de precisión analítica del concepto de madurez psicosocial, si bien recientemente han surgido contribuciones importantes para clarificar este concepto. Tradicionalmente, el concepto de madurez apuntaba principalmente hacia los aspectos cognitivos del desarrollo. Esta visión relacionada con los aspectos cognitivos aparece como demasiado estricta. Por ello, el avance en la solución de la cuestión se ha nutrido por investigaciones que hacen referencia explícita a que la evolución de los procesos socioemocionales no se puede disociar de la experiencia relacional de cada individuo con su entorno más próximo, y también de las propias condiciones de madurez biológica de dicho individuo, que la neurociencia está poniendo de manifiesto.

En este sentido, y partiendo del concepto de CAUFFMAN y STEINBERG¹¹, la madurez psicosocial puede ser entendida mediante el análisis de la complejidad y la sofisticación del proceso de la toma de decisión individual, considerando la influencia de un conjunto de factores cognitivos, emocionales y sociales. Un dato que resalta las investigaciones de las ciencias de la conducta y que pone de manifiesto CONCEIÇÃO y FORMOSINHO¹² es, por ejemplo, la mayor susceptibilidad de los adolescentes a la aprobación social, circunstancia que puede afectar negativamente a su proceso de decisión.

Si tomamos como referencia de la imputabilidad a la cognición, a la voluntad y la actuación conforme a esa comprensión, colocaremos al cerebro en un primer plano como principal protagonista de dichos procesos. Convirtiéndose en difícil determinar cuándo esa etapa de aprendizaje ha de darse por concluida, y en lo que nos ocupa, no es fácil fijar el momento concreto cuando un menor ha adquirido la capacidad suficiente para ser declarado penalmente responsable por tener la madurez suficiente en sus estructuras psíquicas, cognitivas y afectivas.

¹¹ Elisabeth Cauffman y Laurence Steinberg, “(Im)maturity of judgment in adolescence: Why adolescents may be less culpable than adults”, *Behavioral Sciences and the Law*, Nº 18 (2000),1-21.

¹² Maria de Conceição Taborda y Maria Formosinho, “Psicología Evolutiva y Delincuencia Juvenil”, *International Journal of Developmental and Educational Psychology INFAD Revista de Psicología*, Nº 1 Vol. Nº5 (2011), 383-391.

Durante la adolescencia el cerebro no se encuentra completamente maduro. Una de las últimas áreas en madurar de forma completa es el lóbulo frontal (especialmente la corteza prefrontal). Esa región del cerebro es la encargada de regular determinadas actividades como son la toma de decisiones, la planificación, la expresión de emociones y el control de los impulsos.

A la hora de decidir si se adopta una conducta peligrosa, los adolescentes no emplean de la misma manera que los adultos las áreas del cerebro que son responsables de la reflexión, la recompensa y la toma de decisiones. El menor es una persona en estado de formación en la que influyen diversas variables como por ejemplo la madurez, la influencia de su grupo de pares entre otras¹³. La toma de sus decisiones se encuentra influida por el contexto en el que se rodean. Sucede, que a veces, la capacidad intelectual de un joven puede estar igual de desarrollada que la de una persona adulta y que ese joven en principio sea capaz de adoptar decisiones razonadas. Pero cuando ese mismo joven se encuentra en un contexto con posible presión de sus pares para tomar una decisión rápida, donde existe la posibilidad de asumir un comportamiento de riesgo o donde hay un elevado nivel de emocionalidad, resulta más probable que se guíe más por la emoción que por la razón.

La cuestión de la incapacidad o capacidad dependerá de las características concretas del proceso de evolución del menor. Así hay menores que a una determinada edad pueden resultar perfectamente imputables y hay otros que sin embargo por una más lenta evolución en sus procesos cognitivos y volitivos a la misma edad que los anteriores, pueden presentar una imputabilidad disminuida o ser absolutamente inimputables.

La dificultad de determinar el grado de inimputabilidad de un menor de una manera exacta, ha motivado que el legislador español haya optado actualmente por un criterio taxativamente biológico en el sistema penal juvenil. Donde la dificultad, es decidir la franja de edad a partir de la cual el menor responderá con este sistema propio

¹³ Vid. Michael Gottferdson, “Una teoría del control explicativa del delito”, en *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Coordinadores Francisco Bueno Arús, José L. Guzmán y Alfonso Serrano (Madrid, Editorial Dykinson, 2006), 333-345.

de responsabilidad penal para menores y cuando se estará exento de responsabilidad por considerarlo inimputable al no haber alcanzado la edad mínima que se fija como frontera jurisdiccional del sistema.

Otra cuestión diferente, es que los menores al igual que cualquier otra persona también pueden estar afectados por cualquiera de las causas de inimputabilidad que aparecen en el Código Penal y por lo tanto exentos de culpabilidad. Esta cuestión en el sistema español ha sido resuelta ya que a estos menores que presentan estas causas de inimputabilidad, se les aplicarán las medidas previstas en el artículo 5.2 de la LORPM.

Así respecto de las franjas de edad, el artículo 1 de la Convención de los Derechos del Niño de la O.N.U de 20 de noviembre de 1989 considera niño a todo ser humano menor de 18 años, salvo que por la ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad.

En España los sistemas o fórmulas que se han seguido para determinar la edad en que se considera imputable a un menor han sido fundamentalmente tres: el del discernimiento, el biológico-cronológico y el mixto (biológico-discernimiento).

- La fórmula del discernimiento requiere probar si en el momento del hecho el autor se encontraba capacitado para comprender la ilicitud de la conducta cometida y actuar conforme a esa comprensión.
- El método biológico supone que la culpabilidad queda excluida en función al no haberse alcanzado una determinada edad.
- El criterio mixto, supone combinar ambas fórmulas, se constata una edad pero ello no supone que automáticamente sea inimputable ya que además se requiere examinar las capacidades intelectivas y volitivas del sujeto.

La elección de una fórmula u otro nunca ha sido cuestión pacífica. Así nuestro legislador ha optado por distintos criterios como puede comprobarse en los distintos códigos penales históricos que se señalarán seguidamente.

4. LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EN BASE AL DISCERNIMIENTO O EL CRITERIO BIOLÓGICO EN LA LEGISLACIÓN PENAL ESPAÑOLA.

Tradicionalmente, en el sistema clásico la culpabilidad tiene como eje central al juicio de reproche y la pena se relaciona con la retribución. En este sistema se distingue entre menores y adultos, siguiendo el modelo propio del Derecho Romano. Se aprecia la diferencia entre “infans” (menor de 7 años), para el que se prevé una absoluta

irresponsabilidad, el “impúber” (entre 7 y 14 años) cuya responsabilidad depende de la constatación de suficiente discernimiento en el menor, y el “minor” (entre 14 y 18 años), y se impone como sistema en nuestros textos españoles de 1822, 1848-50 y 1870, entre los cuales tan sólo se registran puntuales cambios en los límites de edad.

El Código Penal Español de 1822 establecía en su artículo 23 que no podía ser considerado como delincuente ni culpable “*en ningún caso el menor de siete años cumplidos*”. Para los mayores de esa edad, pero menores de diecisiete, el mismo precepto arbitraba una suerte de anticipado juicio de imputabilidad, de tal manera que “*se examinará y declarará previamente en el juicio si ha obrado o no con discernimiento y malicia, según lo que resulte y lo más o menos desarrolladas que estén sus facultades intelectuales*”. La decisión que se adoptara en relación con esa capacidad de discernimiento era determinante, bien para acordar una medida de corrección de naturaleza familiar, o para acordar el internamiento por el tiempo que se creyera conveniente, “*con tal de que nunca pase de la época en que cumpla los veinte años de edad*”. Por lo tanto, el Código Penal de 1822 declaraba exento de responsabilidad al menor de 7 años, en tanto que exigía el análisis del discernimiento, para decidir su capacidad criminal y con ello su eventual responsabilidad atenuada al mayor de 7 y menor de 17 (cuya responsabilidad o irresponsabilidad la fijaba el juez, que examinaba y declaraba previamente al juicio si había obrado o no con discernimiento y malicia¹⁴).

La cuestión del examen del discernimiento tenía una gran importancia en la Escuela Clásica que distinguía entre: la infancia durante la cual la persona era irresponsable; la adolescencia que era un periodo de culpabilidad dudosa y que suponía el examen del discernimiento caso por caso. En caso de actuar con discernimiento entonces era considerado culpable, pero en los casos en que el menor no obró con discernimiento entonces no era culpable. Finalmente como último estado distinguían la

¹⁴ Si había obrado *sin discernimiento y malicia*, no se imponía pena, ya que se le entregaba a sus familiares para que lo corrijan y cuiden de él; pero si éstos no pudieren hacerlo, o no merecieren confianza, y la edad adulta del menor y la gravedad del caso requiriese otra medida al prudente juicio del juez, podía el juez ponerle en una casa de corrección por el tiempo que estime conveniente, con tal que no superase los 20 años de edad. Si había obrado *con discernimiento y malicia* se le imponía según el artículo 25 una pena atenuada.

juventud que se era culpable aunque se atenuaba la pena, pero aquí se aplicaba la ley penal.

La Escuela Clásica fundamentaba la imputabilidad en la inteligencia y en la libertad del sujeto. La culpabilidad se concibe como el reproche por el indebido uso que las personas hacen de su libertad al actuar contra la norma. Se requiere que en el momento de la ejecución se posea inteligencia y el discernimiento necesario además de una voluntad libre. La responsabilidad del menor se subordina al obrar con discernimiento, cuya ausencia se presumía *iures et de iure* en la infancia y se sujetaba a examen en la adolescencia como se ha dicho.

Según la Escuela Clásica del Derecho Penal que argumentando en base al libre albedrío consideraban que sólo se podía imponer una pena si el hombre era libre. Por ese motivo en los menores igualmente, era preciso comprobar previamente caso por caso si el menor había obrado con discernimiento o no había obrado con discernimiento para castigarlo.

El criterio del discernimiento planteaba una gran ambigüedad en ese sistema. Nos dice LANDECHO¹⁵ que *“la prueba del discernimiento consistía en verificar, si el adolescente era capaz de discernir entre lo que era bueno y lo que era malo; lo que suponía un examen por un maestro nacional. Sin embargo con este requisito, se confunden dos aspectos de la imputabilidad: el elemento intelectual y el elemento volitivo. Un niño es capaz normalmente de discernir entre lo bueno y lo malo desde que tiene uso de razón pero esto no es más que el elemento intelectual de imputabilidad. Sin embargo el elemento volitivo supone la madurez de la personalidad para ser capaz de actuar conforme a dicho conocimiento. Es difícil precisar un límite de edad en que se haya dado la maduración de la personalidad”*.

El Código Penal Español de 1848, en su artículo 8.2 reputaba exento de responsabilidad criminal al menor de 9 años, respecto del que se presumía, con carácter *iuris et de iure*, su falta de imputabilidad. Tal exención era predicable, también, del mayor de 9 años y menor de 15, que se consideraba o no según el criterio del

¹⁵ Carlos M. Landecho, *Derecho penal español. Parte general*, tomo II, 3ª Edición (Madrid, Editorial Universidad Pontificia Comillas ICADE, Facultad de Derecho, 1992), 507.

discernimiento. Para ello, el Tribunal debía hacer “*declaración expresa sobre este punto para imponerle pena, o declararlo irresponsable*” si el menor entre 9 y 15 años obraba con discernimiento cabía imponer una sanción discrecional en su duración pero siempre inferior en dos grados a la prevista por la ley al delito cometido. Por último este Código nos presenta otra franja de edad que comprende entre los 15 y 18 años en que sólo se preveía una atenuación obligatoria a la pena inmediata inferior.

El Código Penal Español de 1870 mantiene un tratamiento similar al anterior, si bien incorpora una importante variación, como es la de disponer que a los mayores de 9 años pero menores de 15 años que carecieran de discernimiento, serían entregados a su familia con encargo de vigilarlos y educarlos debidamente, o bien debían ser puesto en un establecimiento de beneficencia, de donde no podían salir sino al tiempo y con las mismas condiciones que los acogidos en esas instituciones. Este sistema considera al menor de cierta edad (7 a 9 años) como inculpable por su propia condición de menor. Con respecto de otros tramos de edad su culpabilidad aparece disminuida atendiendo a la menor capacidad de discernimiento que presentan respecto de los adultos, lo que lleva a que sean castigados con una pena atenuada.

La Ley Montero-Villegas, de 28 de noviembre de 1918, que introduce el sistema tutelar, elevó la mayoría de edad penal a los 15 años, suprimiendo la prueba de discernimiento, e instaurando la medida de entregar el menor al Tribunal Tutelar de Menores. Aunque la aplicación de esta medida de entrega quedaba condicionada a que en la respectiva provincia existiese un reformatorio de menores.

El Real Decreto-Ley de 14 de noviembre de 1925 establece la edad de 16 años como edad para exigir responsabilidad penal. El Código Penal Español de 1928 es el que incorpora los 16 años como mayoría de edad penal, señalando la eximente de responsabilidad penal a los 16 años y la atenuante entre los 16 y 18 años. El Código Penal de 1928 acoge, además, el criterio normativo de que sólo eran responsables los mayores de 9 años y menores de 16 años que hubiesen actuado con discernimiento.

La incorporación en los diversos ordenamientos jurídicos de las medidas de seguridad para los inimputables conlleva una nueva situación, donde la concepción meramente retributiva de la pena es insuficiente, avanzándose a un concepto mixto o preventivo de la pena y de la culpabilidad. La pena como castigo antes era considerada como una expresión de justicia pero desde el punto de vista de la Escuela de la Defensa era considerada como insuficiente, lo que llevo a un nuevo punto de vista donde a los

menores se les considera incapaces para el Derecho Penal, no porque no tengan imputabilidad, sino porque la pena no les produce ningún efecto beneficioso.

El cambio en la perspectiva de la delincuencia juvenil tiene como consecuencia una nueva fórmula para determinar la responsabilidad penal de los menores infractores que se basa en un sistema cronológico-biológico. Con la nueva fórmula, el discernimiento no era lo esencial, sino que lo que marcaba la incapacidad penal era el hecho que el menor no había cumplido la edad fijada legalmente.

De acuerdo con este modelo, con la minoría de edad penal no se cuestiona que el menor no pueda actuar con libertad para regirse conforme a la norma sino lo que muestra es que la reacción mediante la pena es innecesaria ante este tipo de fenómenos delictivos. La innecesaridad de la pena no supone que el menor no deba responder socialmente por el daño causado ya que éste es peligroso socialmente. Se considera que es más adecuado aplicar al menor una medida de peligrosidad de las contempladas legalmente para lograr su reeducación.

Además existían otro tipo de razones que aconsejaban abandonar el criterio del discernimiento¹⁶. Como principal razón, aparece la inseguridad jurídica que supone delimitar la presencia del discernimiento. Fundamentalmente por la subjetividad en su apreciación ya que pesaban más en la decisión judicial las opiniones de los expertos de las ciencias de la conducta que las concretas circunstancias del hecho y del autor.

El Código Penal Español de 1932, acaba con el sistema de discernimiento y fija en los 16 años el límite de la minoría de edad penal. Por debajo de esta edad, sin exigencia de ninguna prueba de discernimiento, se excluye la responsabilidad criminal. Por encima de los dieciséis años, la persona se considera responsable desde el punto de vista penal, aunque se prevé un límite reducido, entre los 16 y 18 años, que opera como circunstancia atenuante de la responsabilidad penal.

El Código Penal Español de 1973 dispuso la exención de responsabilidad para los menores de dieciséis años (artículo 8.2º) y su atenuación cualificada para los

¹⁶ Vid. José E. Sáinz-Cantero Caparros, *Fundamentos teóricos y antecedentes del sistema de responsabilidad penal de los menores*, (Madrid, Edita Centro de Estudios Jurídicos Ministerio de Justicia, 2005), 5141 y ss.

menores de dieciocho años (artículo 9.3º y artículo 65). El Código Penal Español de 1973, contemplaba en su artículo 8.2, que el menor de 16 años estaba exento de responsabilidad criminal. Cuando el menor que no haya cumplido esta edad ejecutase un hecho penado por la Ley, sería confiado a los Tribunales Tutelares de Menores. Por tanto, al mayor de 16 años se le consideraba imputable y se le aplicaban las normas contenidas en la legislación penal general. Aunque se preveía una atenuante de carácter cualificado, en el artículo 65¹⁷ de ese código, para los mayores de esa edad pero menores de dieciocho años, que obligaba a rebajar la pena en uno o dos grados. A los menores entre 12 y 16 años se les declaraba inimputables, y en consecuencia, carentes de capacidad de culpabilidad e incapaces de incurrir en la comisión de un delito, entendido éste como acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible. Al faltar el requisito de la culpabilidad, si el menor incurría en una conducta típica no podía ser sometido a una pena sino sólo, en su caso, a una medida de seguridad¹⁸.

Los menores de edades comprendidos entre los 12 y 16 años eran confiados a los Tribunales Tutelares de Menores que más tarde, en un lento proceso que culmina con la LORPM, fueron sustituidos por los Juzgados y Fiscalías de Menores.

Como manifiesta GONZALEZ CUSSAC¹⁹ y CUERDA ARNAU la cuestión relativa a la responsabilidad criminal de los menores, adoptó un nuevo sentido a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional Español número 36/1991 de 14 de febrero, donde se afirma que los menores son responsables porque poseen capacidad de infringir una norma (la tesis del alto tribunal en opinión de VIVES ANTON²⁰ y de estos autores

¹⁷ El artículo 65 del Código Penal publicado por el Decreto 3096/1973 de 14 de septiembre establecía “*Al mayor de 16 años y menor de 18 se aplicará la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, pudiendo el tribunal en atención a las circunstancias del menor y del hecho, sustituir la pena impuesta por internamiento en institución especial de reforma por tiempo indeterminado hasta conseguir la corrección del culpable*”.

¹⁸ José M de la Rosa Cortina, “Imputabilidad y medidas terapéuticas en el sistema de justicia juvenil”, *Derecho y Proceso Penal*, Nº 26 (2011), 4.

¹⁹ José L. González Cussac y María L. Cuerda Arnau, *Justicia Penal de Menores y Jóvenes*, <http://www.tirantonline.com/tol/254.547>.

²⁰ Tomás S. Vives Antón, “Constitución y Derecho penal de menores”, *Revista del Poder Judicial*, Nº21, marzo 1991, 93-106.

confunde la capacidad de acción con la capacidad de infringir la norma), de esta forma se zanja la cuestión debatida sobre la existencia o no de responsabilidad de los menores y por tanto de si es necesario reaccionar penalmente contra ellos, sino que únicamente se discutirá como acertadamente señalan estos autores cuánto o cómo ha de reaccionarse. Y aquí el acuerdo en uno de sus términos parece también muy amplio: ha de reaccionarse de forma diferente de como se hace en el marco del Derecho Penal de adultos. Sin embargo desgraciadamente en lo referido a la medida de la reacción la cuestión no es tan pacífica y prueba de ello es que las reformas de la LORPM se han alejado del ánimo inicial del legislador.^[1]

5. CAMINANDO HACIA EL SISTEMA ACTUAL EN ESPAÑA.

Con relación al régimen de aplicación del sistema de responsabilidad penal antes de entrar en vigor la actual LORPM la situación discurría de la siguiente manera²¹. El Código Penal de 1995 en su artículo 19 extendía a los menores de dieciocho años la irresponsabilidad criminal con arreglo al dicho Código Penal aunque sin perjuicio de lo que pueda establecerse “*con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor*”. De este modo la ley de la responsabilidad penal del menor se configuraba como el único texto que habría de regular la de los menores de dieciocho años en un futuro, pero con la posibilidad de extender también sus previsiones normativas en determinados casos y con determinados requisitos a los menores de veintiún años, sometidos en principio desde los dieciocho al Código Penal. En el año 1995 el sistema descansaba en ese momento sobre una Ley que todavía no estaba promulgada, lo que justificaba que el Código Penal retrasase hasta ese momento futuro la entrada en vigor de su artículo 19 (disposición final 7^a), y que, para evitar un vacío normativo, la solución fue mantener la vigencia de los artículos 8.2, 9.3 y 65 entre otros, del Código Penal de 1973, exceptuándolos de la derogación ordenada en su disposición derogatoria primera.

El Código Penal Español de 1995 fijó las bases para el aumento de la mayoría

²¹ Vid. Maria J. Cruz Blanca, *Derecho Penal de Menores*, (Madrid, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 2002) 228-245.

de edad penal en el artículo 19, en el que los menores de dieciocho años de edad se excluyen de la responsabilidad criminal con arreglo al Código Penal. La entrada en vigor de este precepto quedó pospuesta conforme a la Disposición Final Séptima hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor²² -LORPM- (la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores se produjo al año de su publicación en el Boletín Oficial del Estado -el 13 de enero de 2001-).

En España según el artículo 12 de nuestra Constitución y el artículo 322 del

²² Teresa Gisbert Jordá en “Incidencias del nuevo código penal en la legislación de menores en menores privados de libertad”, *Ejemplar dedicado a: Menores privados de libertad, Cuadernos de Derecho Judicial*, Nº 15 (1996):101-14, interpretó que al existir una legislación que regulaba la responsabilidad penal de los menores (L.O/1992 Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores) entonces el artículo 19 debía entenderse vigente y de plena aplicación y consecuentemente cabía aplicarse la mayoría penal de los dieciocho años.

La Ley Orgánica 8/2006 de 4 de diciembre, por la que se modificaba la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores derogaba el artículo 4 de la redacción original de la Ley Orgánica 5/2000 que permitía su aplicación a las personas mayores de dieciocho años y menores de veintiuno imputadas en la comisión de hechos delictivos, cuando el Juez de Instrucción competente, oídos el Ministerio Fiscal, el letrado del imputado y el equipo técnico si se daban una serie de condiciones. El problema surgió sin embargo por un desfase de fechas no prevista por el legislador antes de entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2006 (que debía producirse en el día 5 de febrero de 2007). La entrada en vigor de dicho artículo 4 LORPM fue suspendida por el propio Legislador en dos ocasiones consecutivas. La primera, por un plazo de dos años, mediante la Disposición Transitoria Única de la Ley Orgánica 9/2000, de 22 de diciembre, sobre Medidas Urgentes para la agilización de la Administración de Justicia. Y la segunda a través de la Disposición Transitoria Única de la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de Modificación del Código Penal y del Código Civil sobre sustracción de menores, que establecía textualmente: “*Se suspende la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en lo referente a los infractores de edades comprendidas entre los 18 y 21 años, hasta el 1 de enero de 2007*”.

Comprobando las fechas apuntadas se pone de manifiesto la naturaleza del conflicto interpretativo: mientras que la Ley Orgánica 8/2006 entraba formalmente en vigor el 5 de febrero de 2007, la moratoria de la vigencia del artículo 4, en su anterior redacción dos veces suspendida, concluía antes, el 1 de enero de 2007.

Código Civil, la mayoría de edad se alcanza a los 18 años. El actual Código Penal junto con la LORPM han fijado un sistema de responsabilidad penal para adultos y menores que ha optado por un criterio cronológico puro, considerando que está exento del tipo de responsabilidad que se exige a los adultos al menor de dieciocho años. Supone la consagración del abandono del criterio del discernimiento proporcionando mayor seguridad jurídica en el tratamiento penal de la minoría de edad.

La LORPM, respecto de los menores infractores mayores de catorce años y menores de dieciocho adopta un sistema con una respuesta penal específica. Esa responsabilidad específica quiere decir que en esta franja de edad al menor se le considera responsable penalmente aunque la consecuencia jurídica que se deriva de su responsabilidad penal será diferente a la que se aplica a los adultos. Finalmente con respecto a los menores infractores de catorce años la exención de todo tipo de respuesta penal por la comisión de infracciones penales.

Hay que hacer mención también que el artículo 69 del Código Penal dice *“Al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno que cometa un hecho delictivo, podrán aplicársele las disposiciones de la ley que regule la responsabilidad penal del menor en los casos y con los requisitos que ésta disponga”*. Ello supuso distinguir entre menores (personas en edad comprendida entre 14 y 18 años) y jóvenes (mayores de 18 y menores de 21 años).

Esta posibilidad de aplicar la LORPM a los mayores de 18 años y menores de 21, se permitía bajo determinados requisitos en su redacción originaria de acuerdo a su artículo 1.2 *“También se aplicará lo dispuesto en esta Ley para los menores a las personas mayores de dieciocho años y menores de veintiuno, en los términos establecidos en el artículo 4 de la misma”*.

Las condiciones necesarias para la aplicación de la LORPM a los jóvenes eran:

- Que el imputado hubiere cometido una falta, o un delito menos grave sin violencia o intimidación en las personas ni grave peligro para la vida o la integridad física de las mismas, tipificados en el Código Penal o en las leyes penales especiales.
- Que no haya sido condenado en sentencia firme por hechos delictivos cometidos una vez cumplidos los dieciocho años.
- Que las circunstancias personales del imputado y su grado de madurez aconsejaran la aplicación de la LORPM, especialmente cuando así lo haya recomendado el equipo técnico en su informe.

Por efecto de la Ley Orgánica 8/2006, de 4 diciembre 2006, por la que se modifica la L.O. 5/2000, de 12 enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores se suprimían los apartados 2 y 4 del artículo 1 de la redacción original de la LORPM (que permitía aplicar lo dispuesto en esta Ley para los menores a las personas mayores de dieciocho años y menores de veintiuno, en los términos establecidos en el artículo 4 de la misma)²³.

Siguiendo con el sistema de responsabilidad penal conformado por el Código Penal y la LORPM. La LORPM permite la intervención penal sobre los menores a partir de los 14 años. Ello supone que la mayoría de edad fijada en el Código Penal no produce el efecto de una total exención de la responsabilidad penal de los menores de 18 años que cometan delitos. Si se examina las eximentes del Código Penal no se contempla el ser menor de 18 años como una de ellas ya que el artículo 19 del Código Penal lo que dice es que los menores de 18 años no serán responsables penalmente según el Código Penal pero que pueden serlo conforme a la LORPM.

El criterio cronológico no ha estado exento de críticas y no ha evitado la discusión doctrinal relativa a la naturaleza y contenido de la declaración de exigencia de responsabilidad penal, como se ha mantenido en ocasiones, respecto de los menores que a falta de dos días de cumplir la mayoría de edad no son responsables penalmente conforme al Código Penal por la comisión de unos hechos y pasados esos dos días y por la comisión de otros hechos diferentes responden penalmente conforme al Código Penal. Dichos autores sostienen que la plena responsabilidad penal no se adquiere de un día para otro y que hay personas que mantienen diferentes niveles de madurez y personalidad.

El sistema implantado supone que el mero hecho biológico de no haber alcanzado los dieciocho años impone la exclusión de la responsabilidad penal conforme al Código Penal, pese a que las condiciones del individuo y el estado de desarrollo de sus facultades intelectivas y volitivas, nos lleven a considerar que dicho menor sea

²³ El Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto manifiesta que la supresión de del tramo de edad comprendido entre los 18 y los 20 años no deja huérfana de regulación especializada el tratamiento de los penados comprendidos en dichas edades, los cuales tienen reconocidos en la normativa penitenciaria un régimen especial de ejecución, en el que se acentúan los rasgos educativos y formativos.

capaz de comprender la ilicitud de sus actos y de actuar conforme a dicha comprensión.

El sistema de responsabilidad sancionador educativo que actualmente está en vigor en España fija que la responsabilidad penal del menor, conforme a este sistema específico, será exigida como dice el artículo 1 de la LORPM a las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas²⁴ en el Código Penal o las leyes penales especiales. Con el sistema actual los menores de 14 años son plenamente inimputables, los mayores de 14 y menores de 18 son imputables²⁵, si bien, por razones de político-criminal es más adecuado proporcionarles un tratamiento educativo específico distinto del de las penas previstas para los adultos. En el caso de los mayores de catorce años y menores de dieciocho años

Hay que tener presente la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995. Conforme a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal donde una de las modificaciones más destacadas es la referida a la desaparición del Libro III correspondiente a las faltas. Ello provoca que no se aplique la LORPM a los menores que cometían los hechos tipificados anteriormente como faltas, aunque muchas de esas conductas se han convertido en la nueva categoría de delitos leves, que permite subsumir aquellas conductas constitutivas de falta que el legislador ha estimado necesario mantener. En este sentido, la práctica de la jurisdicción llevará a imponer a los menores que cometan delitos leves las medidas que anteriormente se imponían por la comisión de faltas (medidas de amonestación, prestaciones en beneficio de la comunidad, tareas socioeducativas).

Si bien algunas hechos tipificados anteriormente como faltas se han reconducido a infracciones administrativas previstas en la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, ello supone que ahora serán sancionadas esas conductas cometidas por menores²⁴ con las sanciones previstas en el artículo 39 de la Ley Orgánica 4/2015 que tiene un sustrato fundamentalmente económico. Este contenido económico se aleja del fundamento de la responsabilidad pensada por nuestro legislador para los ilícitos cometidos por menores dado que la sanción pecuniaria se aleja de la perspectiva sancionadora-educativa pretendida en la LORPM.

Entre las Disposiciones Finales que ordenan la modificación de distintas normas de nuestro ordenamiento jurídico no se ha contemplado la modificación del artículo 1.1 de la LORPM.

²⁵Teniendo en cuenta que si el artículo 5 de la LORPM prevé la posibilidad de aplicar las causas de exención de responsabilidad penal previstas en los números 1, 2 y 3 del artículo 20 del Código Penal se deduce que al menor se le somete a un juicio de culpabilidad y en el caso que concurriesen causas de inculpabilidad o de inimputabilidad se le aplicarían las medidas terapéuticas del artículo 7.1 letras d) y e) al menor inimputable.

que cometen delitos, hemos de decir que son imputables conforme a nuestra legislación aunque esta imputabilidad tiene ciertas particularidades que devienen por el estatus personal de ser menor y no es adecuado decir que se tratan de semiimputables.

El mismo Tribunal Constitucional de España manifiesta en la Sentencia N° 160/2012 (F.J Sexto, BOE número 250, 17 de octubre de 2012) que los menores a los que se les aplica la LORPM son imputables aunque dicha imputabilidad revista ciertas características según la edad que producen efectos de política criminal *“El legislador, en atención al principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) ha fijado en la cifra de los dieciocho años la mayoría de edad penal, considerando que los infractores menores de esa edad no cabe atribuirles plena imputabilidad penal y asignándoles, por esa razón, un régimen legal específico y diferenciado del de los adultos, pero es indudable que la imputabilidad penal es una medida graduable y que puede atribuirse en mayor grado cuanto más elevada sea la edad del infractor al tiempo de comisión de la infracción. Ello se pone de manifiesto en el hecho de que la propia Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores establece un tratamiento diferenciado —en aspectos tanto sustantivos como procesales— en función de la división en dos tramos de los destinatarios de la ley, tal como se expone en la exposición de motivos: de catorce a dieciséis años el primero, y de dieciséis a dieciocho el segundo. Desde esa perspectiva, resulta razonable concluir que la restricción de parámetros de prevención especial —cuya particular relevancia en la legislación penal de menores se justifica precisamente en su menor culpabilidad— ofrecerá mayor legitimidad cuanto más se aproxime la edad del menor infractor a la que demarca la frontera con la mayoría de edad penal, ámbito éste en el que la prevención general ostentará mayor protagonismo en el diseño político-criminal del sistema penal”*.

A efectos prácticos y con respecto al cómputo de la edad es preciso contar desde el día en que se cumplen los catorce años hasta el día anterior a que se cumplen los dieciocho años. Si no consta la hora se sigue el criterio cronológico puro, de día a día. Para la prueba de la edad no se excluye ningún tipo de medio para acreditarla, lo más lógico será la certificación de la inscripción de nacimiento en el registro civil aunque a falta de ésta cabe preferentemente los medios documentales DNI, pasaporte...o prueba pericial forense apoyada en radiografía de longitud de hueso.

