

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES

María José Jiménez Díaz

Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Granada

JIMÉNEZ DÍAZ, María José. Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de los menores. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2015, núm. 17-19, pp. 1-36. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-19.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 17-19 (2015), 4 dic]

RESUMEN: Cada vez que tiene lugar un crimen ejecutado por menores se reabre y recrudece el debate en torno al sistema de justicia juvenil implantado en España por la *LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. Así ha sucedido una vez más tras el luctuoso hecho ocurrido el pasado mes de abril de 2015 a manos de un chico de 13 años que mató a un profesor en el Instituto barcelonés en el que cursaba sus estudios y lesionó a otras cuatro personas (dos profesores y dos compañeros). En dicho contexto, el presente artículo tiene por objeto realizar algunas reflexiones sobre la actual regulación penal de los menores, que se inician con la revisión crítica de las numerosas modificaciones sufridas por la conocida como “Ley del Menor”, algunas de ellas aprobadas, incluso, antes de su misma entrada en vigor. De entre las numerosas cuestiones tratadas en el desarrollo de este trabajo (entre otras, sujetos sometidos a la *LO 5/2000*; naturaleza de la responsabilidad que se les exige; imputabilidad de los menores entre 14 y 18 años; culpabilidad en materia de menores; posible matización de la responsabilidad del menor con otras instituciones penales), ocupa una parte central del mismo la situación de los infractores menores de 14 años y, en particular, la espinosa polémica sobre si dicha edad de 14 años es adecuada para constituir el límite mínimo para ser responsable criminal o si, por el contrario, debería ser disminuida.

PALABRAS CLAVE: Sistema de justicia juvenil, Ley del Menor, responsabilidad penal del menor, minoría de edad penal, imputabilidad del menor, menores y culpabilidad.

ABSTRACT: Whenever a crime takes place run by minors, the debate about juvenile justice system is raised. So it has happened once again after the tragic fact that occurred in the past month of April 2015, which took place at the hands of a 13 year-old boy who killed a professor at the Barcelona Institute where he was studying and he injured four others (two teachers and two companions). In this context, this article aims to make some reflections about the current criminal regulation of minors, which start with a critical review of the many modifications suffered by the known as the “Children Act”, some of them approved, even before his entrance into force. Among the many issues dealt with in the development of this work (among others, subjects are subjected to the *5/2000*; nature of responsibility required of them; imputability of children between 14 and 18 years; guilt in respect of minors; possible clarification of responsibility of the child and other penal institutions) is a central part of the same situation of offenders under 14 years of age and, in particular, the thorny controversy whether the age of 14 years is adequate to constitute the minimum limit for being responsible for criminal or whether, on the contrary, it should be decreased.

KEYWORDS: System of juvenile justice, “Children Act”, criminal responsibility of minors, minority of age of criminal responsibility, accountability of the minor, minors and guilt.

Fecha de publicación: 4 diciembre 2015

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La LO 5/2000 y sus cuestionadas reformas. 3. Sujetos de la Ley del Menor. Especial referencia a los infractores menores de 14 años. 4. ¿Es penal la responsabilidad que se exige a los menores entre 14 y 18 años? 5. Sobre la imputabilidad de los menores entre 14 y 18 años. 6. Luces y sombras del artículo 19 del Código Penal. 7. Vinculación del Derecho de menores al principio de culpabilidad. 8. Solución para casos especiales: instrumentos jurídicos aplicables. 9. ¿Debe la LORPM incorporar su propio catálogo de delitos para menores? 10. Reflexiones finales.

1. Introducción

Nuestro Ordenamiento jurídico regula la minoría de edad penal en el Código Penal (en adelante CP) y en la *LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores* (conocida popularmente como “Ley del Menor”; en adelante LORPM) a la que dicho CP remite. El artículo 19 del CP prescribe en su párrafo primero que la edad para quedar sujeto al CP de adultos son los 18 años, señalando en su segundo párrafo que los menores de dicha edad serán responsables con arreglo a lo dispuesto en la ley reguladora de la responsabilidad penal del menor, la que por cierto no existía cuando se aprobó el CP en 1995 y que finalmente terminó siendo la anteriormente mencionada *LO 5/2000, de 12 de enero*. De acuerdo con esta previsión, la *LO 5/2000* establece en el artículo 1.1 su ámbito de aplicación, señalando que la misma se aplicará “para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales”. Es importante tener presente que desde el 1 de julio del presente año 2015, las faltas han desaparecido del CP español en virtud de la reforma operada por *LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*.

Desde 2000, año de aprobación de la LORPM, han sido numerosos los casos que han llevado a la opinión pública a cuestionar la efectividad de la misma. Algunos de los más polémicos fueron el del asesino de la Katana (un adolescente de 16 años mató a sus padres y a su hermana con una katana); la violación, atropello y muerte de Sandra Palo (el ataque fue liderado por un menor de tan solo 14 años); el crimen de San Fernando (dos chicas de 16 y 17 años asestaron 32 puñaladas a otra adolescente de 16 años a la que finalmente degollaron); el crimen de Albacete (varios jóvenes, tres de ellos menores de edad, uno con tan solo 13 años, mataron a una persona que apareció sólo con ropa interior y con señales que mostraban una gran violencia en la producción de la muerte); el crimen de Ripollet (dos chicos de 14 y 15 años mataron a una compañera de clase después de recogerla en su casa); la violación de Baena (una niña de 13 años fue violada en el patio común de unos bloques de viviendas por varios menores, algunos de edad inferior a 14 años, y un joven de 21 años); o la violación de Isla Cristina (una niña disminuida psíquica fue violada durante las fiestas por varios menores, algunos de ellos menores de 14

años). El crimen más reciente cometido por un menor tuvo lugar el pasado mes de abril de 2015: un chico de 13 años (ya conocido como el agresor de la ballesta) mató a un profesor del Instituto barcelonés en el que estudiaba y lesionó a otras cuatro personas (dos profesores y dos compañeros), al parecer en el transcurso de un brote psicótico.

Este último suceso ha vuelto a reabrir una vez más la polémica acerca de la responsabilidad de los menores en nuestro país, polémica que se repite periódicamente cada vez que tiene lugar un crimen ejecutado por un menor de edad. Tanto en esta ocasión, como en todas las anteriores, se han lanzado al debate público infinidad de críticas que ponen en jaque nuestro sistema de justicia juvenil y que nos llevan a efectuar algunas reflexiones sobre el mismo.

2. La LO 5/2000 y sus cuestionadas reformas

Antes de entrar en el análisis de algunas cuestiones fundamentales sobre la regulación actual de la responsabilidad penal de los menores de edad, resulta imprescindible volver la vista atrás y repasar dos circunstancias que pueden ayudar a su mejor comprensión: la primera, determinar cuál era el régimen de la minoría de edad penal en el CP anterior al de 1995 (en adelante ACP), precisando hasta cuándo estuvo realmente vigente y, la segunda, dar cuenta del largo camino que se ha tenido que recorrer hasta llegar al momento actual en el que la “Ley del Menor” goza por fin de cierta estabilidad tras sufrir un elevado número de reformas legales, incluso antes de su misma entrada en vigor.

El ACP de 1973 fijaba la mayoría de edad penal en los 16 años siguiendo un criterio puramente biológico (presunción *iuris et de iure* de inimputabilidad de los menores de dicha edad). La minoría de edad se recogía en el catálogo general de eximentes del artículo 8, concretamente en su número 2º, presentando la naturaleza de causa de inimputabilidad en sentido estricto, exactamente igual que lo eran la enajenación mental/trastorno mental transitorio (artículo 8.1º) o las alteraciones en la percepción (artículo 8.3º). El CP de 1995, en cambio, ha optado por separar la regulación de dicha institución del resto de eximentes, de manera que la cuestión de la edad penal, como se ha indicado, aparece recogida en el artículo 19, mientras que el catálogo de exenciones se contiene en el artículo 20, aunque tanto el art. 19 como el 20 se ubican en un mismo capítulo titulado genéricamente “De las causas que eximen de responsabilidad criminal” (Capítulo II, Título I, Libro I). La razón de dicha separación legal se encuentra en el cambio de tratamiento otorgado a los menores en el CP vigente, que según se ha señalado, consiste en que los menores de 18 años no responden penalmente conforme al CP de adultos sino que deben quedar sujetos a una ley de responsabilidad penal del menor, que en el momento de aprobación del texto punitivo (año 1995) todavía no existía.

Lo razonable hubiera sido que, paralelamente a la elaboración del nuevo CP, se hubiera tramitado también la correspondiente ley de responsabilidad penal del menor, de manera que ambos textos hubieran sido aprobados a la vez y entrado en vigor en la misma fecha. Pero no fue así. La absoluta falta de previsión legislativa supuso que el CP se aprobara en 1995 y que, en aquel momento, la “Ley del Menor” ni siquiera se estuviera tramitando, lo que determinó que la remisión del art. 19 CP fuera efectuada a una ley inexistente que debía aprobarse en un futuro que se suponía inmediato o, al menos, próximo. Pero tampoco fue así: el Proyecto de Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores fue presentado en octubre de 1998 (3 años después de aprobar el CP) y aprobado en enero del año 2000.

Fruto de esta laguna legal, el legislador de 1995 se vio obligado a incluir en la *Disposición Final Séptima* del CP, que fijaba la entrada en vigor del nuevo CP a los seis meses de su publicación en el BOE, un segundo párrafo mediante el que excepcionaba la entrada en vigor en ese momento del artículo 19¹, aunque se olvidó de hacer lo propio con el artículo 69², cuya vigencia igualmente quedaba vinculada a la futura ley penal del menor (en la práctica, su entrada en vigor también fue aplazada³, con los cambios posteriores que después se mencionarán). Además de retrasar la entrada en vigor del art. 19, para evitar la laguna que dicha moratoria suponía, tuvo que prorrogar la vigencia de la regulación existente en la materia a través de su *Disposición Derogatoria Única*⁴. Asimismo, incorporó en el último momento la *Disposición Transitoria Duodécima*, con el siguiente contenido:

“Hasta la aprobación de la ley que regule la responsabilidad penal del menor, en los procedimientos que se sustancien por razón de un delito o falta presuntamente cometido por un menor de dieciocho años, el Juez o Tribunal competente requerirá a los equipos técnicos que están al servicio de los Jueces de Menores, la elaboración de un informe sobre la situación psicológica, educativa y familiar del me-

¹ *Disposición Final Séptima* (CP): “El presente Código entrará en vigor a los seis meses de su completa publicación en el *Boletín Oficial del Estado* y se aplicará a todos los hechos punibles que se cometan a partir de su vigencia.

No obstante lo anterior, queda exceptuada la entrada en vigor de su artículo 19 hasta tanto adquiera vigencia la Ley que regule la responsabilidad penal del menor a que se refiere dicho precepto”.

² *Artículo 69*: “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”.

³ De otra opinión SILVA SÁNCHEZ, para quien el artículo 69 entró en vigor, al menos formalmente, cuando lo hizo el CP en su conjunto (Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M.: “El régimen de la minoría de edad penal (artículo 19)”, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 162 y 178.

⁴ *Disposición Derogatoria Única* (CP): “1. Quedan derogados:

a. El texto refundido del Código Penal publicado por el Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, con sus modificaciones posteriores, excepto los artículos 8.2, 9.3, la regla 1 del artículo 20 en lo que se refiere al número 2 del artículo 8, el segundo párrafo del artículo 22, 65...”.

nor, así como sobre su entorno social y, en general, sobre cualquier otra circunstancia que pueda haber influido en el hecho que se le imputa”.

En definitiva, aun cuando el 25 de mayo de 1996 entró en vigor el actual CP, la regulación de la minoría de edad penal siguió siendo la prevista en el ACP de 1973 hasta el día 13 de enero de 2001, fecha en la que fueron derogados todos los preceptos que configuraban la antigua normativa (*Disposición Final Quinta* de la LORPM)⁵, puesto que por fin entró en vigor tanto el artículo 19 CP (y teóricamente también el art. 69 CP) como la *LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores* (LORMP)⁶. La Ley fue desarrollada mediante Reglamento, aprobado por *RD 1774/2004, de 30 de julio* (que entró en vigor a los seis meses de su publicación).

La LORPM fue aprobada el 12 de enero de 2000 pero, como se ha indicado, no entró en vigor hasta un año después de su publicación, el 13 de enero de 2001. Lo sorprendente es que, incluso, ya antes de su entrada en vigor fue modificada por dos leyes aprobadas en diciembre de 2000: una fue la *LO 7/2000, de 22 de diciembre* y otra la *LO 9/2000, de 22 de diciembre*.

a) La *LO 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo*, modificó los artículos 7 y 9 de la LORPM (referidos a las medidas susceptibles de ser impuestas a los menores y a las reglas para su aplicación, respectivamente) y añadió a su texto dos nuevas *Disposiciones Adicionales* (Cuarta y Quinta).

El contenido de estas dos *Disposiciones Adicionales* requiere aclarar que el art. 69 del CP prescribió que podrían ser aplicadas las disposiciones de la ley reguladora de la responsabilidad penal del menor, en los casos y con los requisitos que ésta

⁵ *Disposición Final Quinta* (LORPM): “1. Se derogan: la Ley Orgánica reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores, texto refundido aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948, modificada por la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio; los preceptos subsistentes del Reglamento para la ejecución de la Ley Orgánica reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores, aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948; la disposición transitoria duodécima de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; y los artículos 8.2, 9.3, la regla 1 del artículo 20, en lo que se refiere al número 2 del artículo 8, el segundo párrafo del artículo 22 y el artículo 65 del texto refundido del Código Penal, publicado por el Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre.

2. Quedan asimismo derogadas cuantas otras normas, de igual o inferior rango, se opongan a lo establecido en la presente Ley”.

⁶ *Disposición Final Séptima* (LORPM). Entrada en vigor y desarrollo reglamentario:

“1. La presente Ley Orgánica entrará en vigor al año de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*. En dicha fecha entrarán también en vigor los artículos 19 y 69 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

2. Durante el plazo mencionado en el apartado anterior, las Comunidades Autónomas con competencia respecto a la protección y reforma de menores adaptarán su normativa para la adecuada ejecución de las funciones que les otorga la presente Ley”.

dispusiera, a los mayores de 18 años y menores de 21 (denominados “jóvenes”). Pues bien, la *Disposición Adicional Cuarta* (apartado 1) de la LO 7/2000 estableció que el artículo 4 de la LORPM (precepto que, dando cumplimiento al art. 69 CP establecía el régimen de los mayores de 18 años) no sería de aplicación a los mayores de 18 años imputados en la comisión de los delitos previstos en los artículos 138 (homicidio), 139 (asesinato), 179 y 180 (agresiones sexuales), 571 a 580 (terrorismo) y aquellos otros sancionados en el CP con pena de prisión igual o superior a 15 años. Por lo que se refería a los menores de 18 años imputados en la comisión de tales delitos, se decretaba la aplicación de la LORPM, pero con sujeción a una serie de especialidades que se introducían mediante la propia *Disposición Adicional Cuarta* (apartado 2). Por su parte, la *Disposición Adicional Quinta* tenía por objeto prever la evaluación de los efectos y consecuencias resultantes de la aplicación de la *Disposición Adicional Cuarta* en un plazo de cinco años desde su entrada en vigor⁷.

b) De forma completamente incomprensible, el mismo día en que se aprueba la Ley 7/2000, es decir, el 22 de diciembre, idéntico legislador aprueba otra ley (*LO 9/2000, de 22 de diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*) que suspende la ejecución de la LORPM por un plazo de dos años desde su entrada en vigor (es decir, hasta el 13 de enero de 2003) en lo referente a los infractores de edades comprendidas entre los 18 y los 21 años, esto es, los enmarcados en el ámbito del artículo 69 del CP y del artículo 4 de dicha LORPM (*Disposición Transitoria Única*). Quiere decirse que en idéntica fecha (22 de diciembre de 2000, antes por tanto de la entrada en vigor de la LO 5/2000), mientras que con la LO 7/2000 se restringe el ámbito del artículo 4, con la LO 9/2000 se suspende su aplicación durante dos años.

c) Por si lo anterior no bastaba, antes de agotarse dicho plazo de dos años, la *LO 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores*, mediante su *Disposición Transitoria Única*, vuelve a prorrogar dicha suspensión hasta el 1 de enero de 2007.

d) Pero con las enumeradas no acaban las reformas de la LORPM en este tema de los mayores de 18 años, pues con posterioridad se produjo otra en 2006 (*LO 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*⁸) de mayor trascen-

⁷ *Disposición Adicional Quinta*:

“El Gobierno dentro del plazo de cinco años desde la entrada en vigor de esta Ley Orgánica remitirá al Congreso de los Diputados un informe, en el que se analizarán y evaluarán los efectos y las consecuencias de la aplicación de la disposición adicional cuarta”.

⁸ Sobre la misma, vid. VENTAS SASTRE, R.: “Una alternativa al proceso penal de menores *versus* la nueva política criminal de la LO 8/2006”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 97, 2009, pp. 139 y ss.

dencia que las anteriores por determinar al respecto unos efectos definitivos. La reforma, además, fue relevante en otros muchos e importantísimos extremos pues modificó gran parte de su articulado, en cumplimiento de lo dispuesto por la *Disposición Adicional Sexta* de la LORPM, que fue introducida en ésta por la *LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*⁹. Pues bien, la *LO 8/2006* otorgó un nuevo contenido al artículo 4 (el vigente en la actualidad)¹⁰ que nada tiene que ver con el originario aprobado en el año 2000 y que entró en vigor el 5 de febrero de 2007. Asimismo, suprimió los apartados 2 y 4 del artículo 1, pasando el que era apartado 3 de dicho precepto a convertirse en su nuevo apartado 2. Esta supresión no es sino la consecuencia lógica de la anterior, habida cuenta de que si había sido derogado el texto original del artículo 4 (sustituyéndolo por otro radicalmente diferente) y con él la posibilidad de aplicar la LORPM en determinados supuestos a los mayores de 18 años y menores de 21, coherentemente había que hacer desaparecer esta previsión, así como la remisión al propio artículo 4 que, como declaración

⁹ La *LO 15/2003, de 15 de noviembre*, mediante su *Disposición Final Segunda*, de una parte, modificó el artículo 25 de la LORPM, en el sentido de admitir la anteriormente vetada personación como acusadores particulares de las personas directamente ofendidas por el delito imputado al menor, sus padres, herederos o representantes legales si fueran menores de edad o incapaces; de otra, reformó el artículo 8 para adicionar a su primer párrafo la frase “o por el acusador particular”, añadido que venía a acompañar este precepto con la antedicha admisión de la acusación particular; por último, incorporó a la LORPM la mencionada *Disposición Adicional Sexta* mediante la que se preveía que, una vez evaluada la aplicación de la misma (lo que por mandato de la *LO 7/2000* tendría lugar a los cinco años de su entrada en vigor, que coincidía con la propia entrada en vigor de la LORPM y, por tanto, tendría lugar el 13 de enero de 2006) se procedería a impulsar las medidas orientadas a sancionar con más firmeza y eficacia los hechos delictivos cometidos por menores que revistieran especial gravedad, para cuyo fin se establecería la posibilidad de prolongar el tiempo de internamiento, su cumplimiento en centros en los que se reforzarían las medidas de seguridad impuestas y la posibilidad de su cumplimiento a partir de la mayoría de edad en centros penitenciarios.

¹⁰ Artículo 4 LORPM (texto vigente):

“El Ministerio Fiscal y el Juez de Menores velarán en todo momento por la protección de los derechos de las víctimas y de los perjudicados por las infracciones cometidas por los menores.

De manera inmediata se les instruirá de las medidas de asistencia a las víctimas que prevé la legislación vigente.

Las víctimas y los perjudicados tendrán derecho a personarse y ser parte en el expediente que se incoe al efecto, para lo cual el secretario judicial les informará en los términos previstos en los artículos 109 y 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, instruyéndoles de su derecho a nombrar abogado o instar el nombramiento de abogado de oficio en caso de ser titulares del derecho a la asistencia jurídica gratuita. Asimismo, les informará de que, de no personarse en el expediente y no hacer renuncia ni reserva de acciones civiles, el Ministerio Fiscal las ejercerá si correspondiere.

Los que se personaren podrán desde entonces tomar conocimiento de lo actuado e instar la práctica de diligencias y cuanto a su derecho convenga.

Sin perjuicio de lo anterior, el secretario judicial deberá comunicar a las víctimas y perjudicados, se hayan o no personado, todas aquellas resoluciones que se adopten tanto por el Ministerio Fiscal como por el Juez de Menores, que puedan afectar a sus intereses.

En especial, cuando el Ministerio Fiscal, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18 de esta Ley, desista de la incoación del expediente deberá inmediatamente ponerlo en conocimiento de las víctimas y perjudicados haciéndoles saber su derecho a ejercitar las acciones civiles que les asisten ante la jurisdicción civil.

Del mismo modo, el secretario judicial notificará por escrito la sentencia que se dicte a las víctimas y perjudicados por la infracción penal, aunque no se hayan mostrado parte en el expediente”.

general, se contenía en el artículo 1.2¹¹. Igualmente, ya no tenía sentido trazar la diferencia conceptual entre los términos “menores” y “jóvenes”, dado que estos últimos quedaban fuera del ámbito de aplicación de la LORPM¹².

En definitiva, si conjugamos los contenidos de estas tres últimas reformas, resulta que el artículo 4 originario, cuyo ámbito se restringió por medio de la *LO 7/2000* y cuya aplicación se suspendió de forma temporal, primero hasta el 13 de enero de 2003 por la *LO 9/2000* y después hasta el 1 de enero de 2007 por obra de la *LO 9/2002*, entró finalmente en vigor en esta última fecha (1 de enero de 2007), vigencia que sólo le duró hasta el 4 de febrero del mismo año 2007 (algo más de un mes), dado que el día 5 de ese mes y año cambió completamente su redacción, pasando a tener el texto hoy vigente que le fue otorgado por la *LO 8/2006*. Quiere decirse que, al menos formalmente, el anterior artículo 4 de la LORPM debió ser aplicado desde el 1 de enero hasta el 4 de febrero de 2007, a todos aquellos jóvenes entre 18 y 21 años que cumpliesen los requisitos exigidos en dicho precepto, solución a la que se opuso expresamente la *Fiscalía General del Estado* mediante su *Instrucción n° 5/2006* por haber llegado a las siguientes conclusiones:

1) La derogación del artículo 4 de la LORPM mediante L.O. 8/2006, excluye su aplicación en todo caso, tanto a hechos anteriores como posteriores al 1 de enero de 2007, debiendo entenderse prorrogada la suspensión desde esa fecha hasta el día 5 de febrero en que entraría en vigor formal dicha Ley derogatoria.

2) La definitiva inaplicación de la norma derogada no impediría el adecuado tratamiento de las circunstancias personales, en particular la inmadurez, de los jóvenes afectados, en el marco del Derecho Penal, la legislación penitenciaria y los instrumentos internacionales aplicables.

3) La aplicación aún ocasional, del derogado artículo 4 LORPM, además de resultar contraria a la interpretación lógica, sistemática, histórica y teleológica de las normas jurídicas concernidas, produciría efectos no previstos ni deseados por el Legislador, que, tras evitarlos en sucesivas ocasiones, ha dispuesto la definitiva exclusión de la norma de nuestro ordenamiento jurídico. En la medida en que tales efectos puedan afectar al correcto funcionamiento de la Justicia de menores, dificultando o demorando la atención a sus genuinos destinatarios, la citada aplicación de la norma resultaría contraria al principio del interés superior del menor¹³.

¹¹ Artículo 1, apartado 2 (texto originario 2000): “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”.

¹² Artículo 1, apartado 4 (texto originario 2000): “Al efecto de designar a las personas a quienes se aplica esta Ley, en el articulado de la misma se utiliza el término menores para referirse a las que no han cumplido dieciocho años, y el de jóvenes para referirse a los mayores de dicha edad.

Sin perjuicio de lo anterior, cuando esta Ley se refiera genéricamente al menor o a los menores, se entenderá que lo hace a todos los incluidos en su ámbito de aplicación”.

¹³ Asimismo se pronunciaron al respecto algunos Magistrados de las Secciones Penales de la Audiencia

Resulta obvio que, tras todas las reformas legislativas expuestas, la realidad es que después del definitivo cambio sufrido por el artículo 4 de la LORPM, ha quedado excluida la posibilidad de que la “Ley del Menor” se aplique a los “jóvenes”, esto es, a los mayores de 18 y menores de 21 años (según palabras textuales de la Exposición de Motivos de la *LO 8/2006*: “...se suprime definitivamente la posibilidad de aplicar la Ley a los comprendidos entre dieciocho y veintiún años”). Consecuencia automática de lo anterior es que, desde febrero de 2007, el artículo 69 del CP ha quedado materialmente sin contenido, aunque hay que denunciar que el mismo sigue intacto en el texto punitivo puesto que el legislador español no se ha preocupado de derogarlo, tal y como en buena técnica jurídica debería haber hecho.

e) La última reforma sufrida por la LORPM tuvo lugar en diciembre de 2012 (*LO 8/2012, de 27 de diciembre, de medidas de eficiencia presupuestaria en la Administración de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*), afectando únicamente a cuestiones de competencia.

Como se ha indicado antes, el 1 de julio del presente año 2015, las faltas han desaparecido del CP español en virtud de la reforma operada por *LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, lo que debería comportar que la LORPM sea nuevamente reformada para suprimir la alusión a dichas faltas en los preceptos en que se hace referencia a las mismas.

Como conclusión a las sucesivas reformas realizadas a la “Ley del Menor”, decir que llama poderosamente la atención que una Ley tan reciente haya sufrido en tan escaso período temporal tantas modificaciones, algunas incluso como se ha indicado, antes de su misma entrada en vigor, lo que sin duda pone de relieve la intrínseca complejidad del problema que se pretendía solucionar con su aprobación. Puede afirmarse que el largo período de *vacatio legis* fijado para su entrada en vigor (un año y, por tanto, el doble del que tuvo el propio CP que tan solo fue de 6 meses) ya anticipaba las dificultades de aplicación que iba a comportar su puesta en marcha, entre otras muchas razones, por el despliegue económico y humano que comportaba¹⁴.

Provincial de Madrid y también el Consejo General de la Abogacía Española. Para conocer el contenido de dichos pronunciamientos, vid. ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R.: *Derecho Penal de Menores (Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, reformada por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre y a su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1774/2004, de 30 de Julio)*, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 153 y 154.

Defendiendo que existen fundados argumentos a favor de aplicar el artículo 4 de la LORPM durante ese pequeño período de tiempo, MORENILLA ALLARD, P. en GÓMEZ RIVERO, C. (Coord.): *Comentarios a la Ley Penal del Menor (Conforme a las reformas introducidas por la LO 8/2006)*, Iustel, Madrid, 2007, p. 63

¹⁴ Según LANDROVE, dicha *vacatio* de un año parecía, en principio, razonable, siempre que se actuase con la debida diligencia para poner en marcha los complejos e innovadores mecanismos que debían hacer viable la Ley, teniendo en cuenta que no podrían rebasar dicho plazo las modificaciones legislativas,

3. Sujetos de la Ley del Menor. Especial referencia a los infractores menores de 14 años

Entrando ya en una de las cuestiones centrales, esto es, el ámbito de aplicación de la LORPM, o lo que es lo mismo, la determinación exacta de sus destinatarios, resulta claro que dicha Ley regula la responsabilidad penal de los menores de entre 14 y 18 años (artículo 1.1) que hayan ejecutado un hecho tipificado como delito o falta en el CP o en las leyes penales especiales (sólo delito a partir del 1 de julio de 2015).

Volviendo a la edad de los sujetos vinculados a la Ley, es importante dejar claro que tanto los menores de 14 años como aquellos de edad comprendida entre los 18 y los 21, permanecen al margen de su ámbito de aplicación. Estos últimos, los que según el derogado apartado 4 del artículo 1 podían ser referidos como *jóvenes*, en ningún momento han quedado sometidos al imperio de la LORPM (aunque esa fuera la idea inicial), tal y como *supra* se ha expuesto. Por lo que se refiere a los *niños* (menores de 14 años), en virtud del artículo 3 de la Ley, aun cuando realicen un hecho tipificado como infracción penal, no responderán conforme a la misma, sino que se aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes. En estos casos, el Ministerio Fiscal deberá remitir a la entidad pública de protección de menores testimonio de los particulares que considere precisos respecto al menor, a fin de valorar su situación, y dicha entidad habrá de promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquel conforme a lo dispuesto en la *LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.

La *LO 1/1996* ya había sido modificada en dos ocasiones: una, por la *Ley 54/2007, de 28 de diciembre*, que derogó su artículo 25 relativo a adopción internacional (BOE núm. 312 de 29 de diciembre); otra, por la *Sentencia del Tribunal Constitucional 131/2010* (BOE núm. 4 de 5 de enero de 2011) que, de una parte, declara inconstitucional, con el efecto establecido en el fundamento jurídico 6 de la Sentencia, el párrafo primero del art. 211 del Código civil, en la redacción dada por su *Disposición final duodécima* y, de otra, declara inconstitucional y nula su *Disposición final vigésima tercera*.

Recientemente ha tenido lugar una modificación sustancial de la *LO 1/1996* a través de dos leyes diferentes: la *LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia* (BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015), que introduce los cambios jurídicos-procesales y sustantivos

estatutarias, de personal, ni de dotación de infraestructuras necesarias para habilitar su aplicación. Aunque al final, el tiempo se echó encima y no fue posible disponer de los recursos humanos y materiales necesarios llegado el mes de enero de 2001 (LANDROVE DÍAZ, G.: *Introducción al Derecho Penal de Menores*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 64).

necesarios en aquellos ámbitos considerados como materia orgánica al incidir en los derechos fundamentales y libertades públicas establecidos en los artículos 14, 15, 16, 17.1, 18.2 24 de la Constitución; y la *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia* (BOE núm. 180, de 28 de julio de 2015) que afecta al resto de cuestiones que no están sujetas a reserva de ley orgánica.

Destacar únicamente que la primera de dichas Leyes (LO 8/2015), según describe literalmente el apartado II de su Preámbulo, regula como novedad importante en un nuevo capítulo (IV del título II), el ingreso de menores en centros de protección específicos para menores con problemas de conducta en los que esté prevista, como último recurso, la utilización de medidas de seguridad y de restricción de libertades o derechos fundamentales, así como las actuaciones e intervenciones que pueden realizarse en los mismos. Según nos indica el legislador, estos centros de protección a la infancia tienen en cuenta las especiales características, complejidad, condiciones y necesidades de estos menores, que requieren de una intervención especializada, cuando se encuentren bajo la protección de la Entidad Pública. Asimismo advierte que la sociedad española ha sufrido un proceso de cambios acelerados en los últimos años que ha tenido su manifestación en la aparición de un nuevo perfil de los usuarios de los servicios sociales y de los servicios de protección a la infancia y a las familias. Es el caso de los menores que ingresan en los centros de protección, en un número cada vez más elevado, a petición de sus propias familias, ante situaciones muy conflictivas derivadas de problemas de comportamiento agresivo, inadaptación familiar, situaciones de violencia filio-parental y graves dificultades para ejercer la responsabilidad parental. Su situación psicológica y social demanda soluciones diferentes a las que ofrecen los centros de protección ordinarios o sus familias y requieren de un ingreso en centros especializados, previo informe sobre su situación social y sobre su estado psíquico.

Como nos pone de relieve la propia LO 8/2015 su regulación puede, en ocasiones, incidir en los derechos fundamentales de los menores, lo cual exige una normativa en la que se determinen los límites de la intervención y se regulen, entre otras cuestiones, las medidas de seguridad como la contención, el aislamiento o los registros personales y materiales, así como otras medidas como la administración de medicamentos, el régimen de visitas, los permisos de salida o sus comunicaciones, en cada caso.

El apartado II del Preámbulo finaliza advirtiendo que estos centros nunca podrán concebirse como instrumentos de defensa social frente a menores conflictivos, teniendo en cuenta, además, que la intervención no deriva de la previa acreditación de la comisión de delitos. Estos centros deben proporcionar a los menores con problemas de conducta, cuando las instancias familiares y educativas ordinarias no existen o han fracasado, un marco adecuado para la educación, la normalización de

su conducta y el libre y armónico desarrollo de su personalidad. La justificación de recursos específicos destinados a atender graves problemas del comportamiento, así como situaciones de crisis, radica en la necesidad de proporcionar a estos menores un contexto más estructurado socio-educativo y psicoterapéutico, que solo un programa específico pueda ofrecerles, tratando el problema desde un enfoque positivo y de oportunidades, además desde los principios y proyectos educativos diseñados con carácter general.

Volviendo a la cuestión de la edad de la persona en el momento de ejecución de un hecho criminal, a efectos de exigirle o no de responsabilidad penal y, en su caso, para determinar la normativa aplicable en cada supuesto, pueden diferenciarse *cuatro franjas de edad* (aunque, en la práctica, las mismas quedan reducidas a tres en lo atinente a su tratamiento jurídico):

a) *Niños* (menores de 14 años): no sujetos a responsabilidad penal sino a las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes.

b) *Menores* (entre 14 y 18 años): a los que se exigirá responsabilidad penal conforme a lo dispuesto en la LORPM. Asimismo, la propia Ley distingue dos grupos de edad dentro de este segmento (mayores de 14 y menores de 16 años, de un lado, y mayores de 16 y menores de 18 años, de otro) con la finalidad de establecer para cada uno de ellos diferencias en la duración de las medidas (artículo 10), lo que en palabras del legislador se justifica “por presentar uno y otro grupo diferencias características que requieren, desde un punto de vista científico y jurídico, un tratamiento diferenciado” (punto 10 de la Exposición de Motivos).

c) *Jóvenes* (entre 18 y 21) y *adultos* (mayores de 18 años): responsables penales en los términos establecidos por el CP¹⁵.

Cuando se aprobó la *LO 5/2000*, parte de la doctrina afirmó que en virtud del artículo 19 CP había sido elevada la mayoría de edad penal desde los 16 hasta los 18 años. Sin embargo, a poco que se reflexione, la conclusión es justamente la contraria, esto es, que la LORPM ha rebajado en dos años la edad para ser responsable penal, pues si con el ACP (vigente en esta materia hasta el 13 de enero de 2001) todo menor de 16 años era considerado inimputable (presunción *iuris et de iure* de inimputabilidad) y, por tanto, irresponsable absoluto desde el punto de

¹⁵ CARMONA SALGADO clasifica las distintas edades de la siguiente forma: hasta 13 años, *niños*; de 13 a 16 años, *menores*; de 16 a 18, *jóvenes*; y de 18 a 21, *jóvenes/adultos* (se refiere a 13 años porque su trabajo data de 1999, fecha en la que todavía no había sido aprobada la LORPM, de forma que la autora manejó para su elaboración el entonces Proyecto de Ley de 1998; Cfr. CARMONA SALGADO, C.: “Comentario al artículo 19”, *Comentarios al Código Penal, Tomo II (Artículos 19 a 23)*, dirigidos por COBO DEL ROSAL, Edersa, Madrid, 1999, pp. 43 y 44).

Consideramos preferible la clasificación expuesta en el texto principal (*niños* –menores de 14 años–; *menores* –entre 14 y 18 años–; *jóvenes* –entre 18 y 21–; *adultos* –a partir de 18 años–) y, por tanto, estimar como “menores” a todos los de edad comprendida entre 14 y 18 años, porque así se respeta la delimitación efectuada por la propia Ley que, dirigida a regular la “responsabilidad penal de los menores”, establece su ámbito de aplicación para las personas comprendidas en esa franja cronológica.

vista criminal, con el citado artículo 19 y su remisión a la LORPM, también el menor de entre 14 y 16 años está sujeto a responsabilidad penal, aunque ésta sea diferente de la exigida para los adultos¹⁶. Así que, en definitiva, aunque bien es cierto que la actual normativa eleva en dos años (de 16 a 18) la edad para ser responsable penal conforme al CP de adultos, también lo es que se ha rebajado en otros dos la genérica sujeción a responsabilidad criminal (de 16 a 14 años).

Con el establecimiento de los 18 años como límite mínimo para ser responsable conforme al CP, se produce la equiparación de la mayoría de edad penal (entendiendo por tal la que corresponde a los adultos) con la fijada en el ámbito civil y político (artículo 12 CE) y se adapta la normativa penal a la previsión efectuada por la *Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989*, según la cual, han de ser considerados niños los menores de 18 años (artículo 1)¹⁷. Con dicha equiparación que, sin duda, constituye un acierto de nuestro vigente sistema punitivo, se superan críticas tan acertadas como la realizada por MARTÍNEZ GONZÁLEZ, quien ponía de relieve la incoherencia de que un menor de 18 y mayor de 16, fuese incapaz para contratar o administrar sus bienes o para ejercer el derecho al voto y que, sin embargo, se reputara en condiciones para ser enviado a un establecimiento penitenciario adecuado a la personalidad de delincuentes adultos¹⁸. Dado que nuestro marco constitucional, a través del citado artículo 12, se adscribe a un criterio biológico-cronológico para fijar la mayoría de edad de los españoles, tal criterio también debe resultar válido (por razones de seguridad jurídica) para el Ordenamiento penal¹⁹.

¹⁶ De esta opinión, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: “La nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor”, *Actualidad Penal*, nº 33, 2000, p. 705. En contra, BUENO ARÚS, por entender que no se ha rebajado la edad para exigir responsabilidad criminal, habida cuenta de que no es penal la responsabilidad derivada de la LORPM (BUENO ARÚS, F. en PANTOJA GARCÍA, F. (Dir.): “La Ley de Responsabilidad Penal del Menor: Compromisos internacionales, análisis de la imputabilidad penal y respuesta penal”, *La Ley de Responsabilidad Penal del Menor: situación actual* (Cuadernos de Derecho Judicial XXV, 2005), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp. 310 y 311).

¹⁷ Además de la citada Convención, la normativa internacional (anterior y posterior a la misma) en la que debe enmarcarse esta cuestión, se conforma en torno a los siguientes instrumentos: el *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, de 4 de noviembre de 1950; la *Declaración de los Derechos del Niño*, de 20 de noviembre de 1959; el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York*, de 16 de diciembre de 1966; las *Reglas “mínimas” de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores* o *Reglas Beijing*, de 29 de noviembre de 1985; la *Recomendación nº (87) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil*, de 17 de septiembre de 1987; las *Reglas de Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad* y las *Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de RIAD)*, ambas de 14 de diciembre de 1990. Para mayor detalle, vid. entre otros, BUENO ARÚS, F. en PANTOJA GARCÍA, F. (Dir.): “La Ley de Responsabilidad Penal...”, *cit.*, pp. 285 y ss.; MORENILLA ALLARD, P. en GÓMEZ RIVERO, C. (Coord.): *Comentarios...*, *cit.*, pp. 43 y ss.; ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R.: *Derecho Penal de Menores...*, *cit.*, pp. 47 y ss.

¹⁸ MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M. I.: “La minoría de edad penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 20, 1983, p. 401.

¹⁹ En este sentido, HALL GARCÍA, A. P. en GÓMEZ RIVERO, C. (Coord.): *Comentarios a la Ley Penal del Menor (Conforme a las reformas introducidas por la LO 8/2006)*, Iustel, Madrid, 2007, p. 76. En contra PÉREZ MACHÍO, quien aboga por la construcción de un sistema mixto donde se conjuguen tanto el

Centrándonos ahora en los infractores menores de 14 años, como ya se ha indicado con anterioridad, quedan fuera del ámbito de aplicación de la LORPM, en virtud de lo dispuesto en su artículo 1.1, que lo circunscribe a los mayores de dicha edad y menores de 18. Como también se ha expuesto, su régimen jurídico viene establecido en el artículo 3, precepto que claramente advierte que a tales sujetos no se les exigirá responsabilidad conforme a la LORPM (ni conforme a ninguna otra Ley penal, porque es obvio que si no están sometidos a la LORPM, mucho menos lo van a estar al CP de adultos), aun cuando ejecuten un hecho tipificado como delito o falta en el CP (sólo delito a partir del 1 de julio de 2015), supuesto éste en el que se aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes.

La plena irresponsabilidad penal de los menores de 14 años se fundamenta en que, con absoluta independencia de su madurez mental, son consideradas personas inimputables. Más concretamente, son razones de seguridad jurídica las que llevan a que el criterio cronológico se sustente en una presunción *iuris et de iure* que impide considerarlos imputables, aun cuando en la práctica, su madurez mental pueda permitirlo.

Respecto de estos niños procede plantearse dos cuestiones fundamentales:

a) La primera, si los 14 años puede ser considerada una edad apropiada para constituir el límite mínimo a partir del cual se exija responsabilidad criminal conforme a la LORPM o si, por el contrario, debería ser disminuida o elevada.

b) La segunda, si el régimen establecido para los “niños” infractores es adecuado o si, contrariamente, debería ser sometido a revisión.

a) Por lo que se refiere a la primera cuestión, debe recordarse, de una parte, que la *LO 4/1992, de 5 de junio, reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores* (que estuvo vigente hasta el 13 de enero de 2001) establecía ese límite inferior en los *12 años* a los efectos de otorgar competencia a los Jueces de Menores para conocer de los hechos cometidos por los mismos (artículo 9.1)²⁰; y, de otra, que el Proyecto de Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores presentado por el Gobierno de España (BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 144-1, de 03/11/1998), que

criterio cronológico de la edad como el de la capacidad de comprensión del alcance de los actos cometidos o discernimiento -PÉREZ MACHÍO, A. I.: *El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores –LO 8/2006- (Aspectos de Derecho comparado y especial consideración del menor infractor inmigrante)*, Tirant monografías 412, Valencia, 2007, pp. 52 y ss.-.

²⁰ Artículo 9:

“1. Los Jueces de Menores serán competentes para conocer:

De los hechos cometidos por mayores de doce años y menores de la edad fijada en el Código Penal a efectos de responsabilidad criminal, tipificados como delitos o faltas en las Leyes penales.

Cuando el autor de los citados hechos sea menor de doce años será puesto, en su caso, a disposición de las instituciones administrativas de protección de menores.

2. De las faltas cometidas por mayores de edad penal comprendidas en el artículo 584 del Código Penal, excepto de las de su número 3”.

finalmente llegó a aprobarse como LORPM, lo situaba en *13 años*²¹, siendo elevada finalmente a 14 como consecuencia de las enmiendas que la mayor parte de los Grupos Parlamentarios presentaron en ese sentido. Por cierto que, al parecer, aprovechando la reforma de la LORPM, llevada a cabo por la *LO 8/2006*, hubo algún intento infructuoso de volver a rebajar la edad mínima a los 12 años²².

Aun cuando algún sector doctrinal y, sobre todo, determinados grupos sociales, vienen defendiendo que el límite inferior para quedar sometido a la exigencia de responsabilidad penal conforme a la LORPM debería ser rebajado por debajo de los 14 años o, cuanto menos, admitir algún tipo de excepción para determinados niños que presenten un amplio historial delictivo pese a su corta edad, debe afirmarse que los 14 parece una edad aceptable para fijar el comienzo de la responsabilidad penal del menor conforme a la LORPM, pero por una razón bien distinta de la alegada por el legislador en la *Exposición de Motivos* (punto 4). Ésta explica dicha exclusión de los menores de 14 años del ámbito de la Ley “con base en la convicción de que las infracciones cometidas por los niños menores de esta edad son en general irrelevantes y que, en los escasos supuestos en que aquéllas pueden producir alarma social, son suficientes para darles una respuesta igualmente adecuada los ámbitos familiar y asistencial civil, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado”²³. Puede que la práctica demuestre que las infracciones ejecutadas por los niños de menos de 14 años sean en su inmensa mayoría de poca trascendencia y que, con carácter general, pueda resultar suficiente la intervención social para hacer frente a dicha problemática, pero no parece un fundamento adecuado para adoptar una decisión de tamaña envergadura. Dicha opción político-criminal debería haberse basado en las características subjetivas del sujeto afectado por ella (los menores de 14 años) y, en tal sentido, hubiera debido tomarse, adoptando como punto de referencia el todavía escaso nivel formativo o

²¹ *Exposición de Motivos* (Proyecto de LORPM):

“Conforme a los principios señalados, se establece, inequívocamente, el límite de los trece años de edad para exigir este tipo de responsabilidad sancionadora a los menores de edad penal y se diferencian, en el ámbito de aplicación de la Ley y de la graduación de las consecuencias por los hechos cometidos, dos tramos, de trece a dieciséis y de diecisiete a dieciocho años, por presentar uno y otro grupo diferencias características que requieren, desde un punto de vista científico y jurídico, un tratamiento, asimismo, diferenciado, constituyendo una agravación específica en el tramo de los mayores de dieciséis años la comisión de delitos que se caracterizan por la violencia, intimidación o peligro para las personas”.

Artículo 1. Declaración general:

1. “Esta Ley será aplicable a las personas mayores de trece años y menores de dieciocho, responsables de hechos tipificados en el Código Penal o leyes penales especiales como delitos o faltas, en relación con lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Dichas personas serán aludidas en los artículos siguientes con el término genérico de «menores»”.

²² Así lo denuncian BUENO ARÚS, F. en PANTOJA GARCÍA, F. (Dir.): “La Ley de Responsabilidad Penal...”, *cit.*, p. 299; MORENILLA ALLARD, P. en GÓMEZ RIVERO, C. (Coord.): *Comentarios...*, *cit.*, p. 61.

²³ En sentido crítico respecto del criterio seguido por el legislador para fundamentar la irresponsabilidad de los menores de 14 años, PÉREZ MACHÍO, A. I.: *El tratamiento jurídico-penal...*, *cit.*, p. 43.

educativo de los afectados. Partiendo de esta consideración, los 14 años pueden considerarse una edad apropiada para marcar el límite inferior a partir del que comienza la responsabilidad penal del menor, si se tiene en cuenta que con la misma ya se ha adquirido la formación esencial que aporta la realización de la enseñanza básica²⁴. Con el anterior régimen educativo, la EGB (Educación General Básica) se extendía precisamente hasta los 14 años, edad en la que se comenzaban los estudios de BUP (Bachillerato Unificado Polivalente). Actualmente, la EP (Educación Primaria) finaliza a los 12 años, de manera que a los 14, el menor cursa los estudios de 2º de ESO (Educación Secundaria Obligatoria). Quiere decirse que, al menos en teoría, todos los niños deben estar escolarizados de forma obligatoria hasta que terminen la ESO a los 15 o 16 años, por lo que ha de presumirse que a los 14 años han adquirido la educación básica necesaria que les hace poseer una determinada madurez mental.

En todo caso, la fijación de esa edad como límite mínimo, para exigir responsabilidad al menor con arreglo a la LORPM, otorga una seguridad jurídica a la que no debe renunciarse, aunque en la práctica puedan existir supuestos específicos en los que la carencia real de formación de un mayor de 14 años aconseje utilizar aquellas instituciones que proporciona el CP para corregir sus efectos²⁵.

b) En cuanto a la segunda cuestión, esto es, la relativa al régimen establecido para los infractores menores de 14 años, como anteriormente se indicó, aun cuando realicen un hecho tipificado como infracción penal, no responderán conforme a la misma, sino que se aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes (artículo 3 LORPM), debiendo remitir el Ministerio Fiscal a la entidad pública de protección de menores testimonio de los particulares que considere precisos respecto al menor, a fin de valorar su situación, habiendo de promover dicha entidad las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquel conforme a lo dispuesto en la *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero* que, como se ha indicado con anterioridad, actualmente se encuentra en trámite de reforma.

Como se indicó *supra*, esta solución se acoge, según explica el propio legislador mediante la Exposición de Motivos de la LORPM, con base en el convencimiento de que las infracciones cometidas por los niños menores de esta edad son generalmente irrelevantes y que, en los escasos supuestos en que aquéllas pueden producir alarma social, son suficientes para darles una respuesta igualmente adecuada los

²⁴ De esta opinión, HALL GARCÍA, A. P. en GÓMEZ RIVERO, C. (Coord.): *Comentarios...*, cit., pp. 76 y 77. En contra, MORENILLA ALLARD, para quien “sin explicación plausible, ensanchó la horquilla de aplicación de la Ley elevando la edad de la inimputabilidad absoluta (de los doce a los catorce años)” - MORENILLA ALLARD, P. en GÓMEZ RIVERO, C. (Coord.): *Comentarios...*, cit., p. 54-.

²⁵ Así, las alteraciones en la percepción desde el nacimiento o la infancia (artículo 20.3º CP) o el error de prohibición (artículo 14.3 CP).

ámbitos familiar y asistencial civil, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado.

Así pues, parece que el criterio rector que inspira al creador de la LORPM, cuando excluye de su ámbito de aplicación al inimputable menor de 14 años, no es otro que el de dejarlo al margen del sistema sancionador del Estado, esto es, del sistema penal (aunque no lo refiera expresamente). Sin embargo, esta opción plantea algunos problemas, porque, según denuncian BERDUGO y OTROS, la realidad es que esos niños quedan sujetos a leyes de protección de menores promulgadas por el Estado y las distintas Comunidades Autónomas, cuya atenta lectura “ofrece un panorama bien distinto al de esa supuesta irresponsabilidad”. Más concretamente, a los menores en conflicto social “las leyes autonómicas les reservan prácticamente las mismas *medidas* que la *LO 5/2000* prevé para los mayores de catorce años, sin que exista como contrapartida el mismo nivel de garantías en su adopción”. Lo anterior les lleva a afirmar que de alguna manera “el sistema *tutelar* pervive en nuestro Ordenamiento para los menores de catorce años, para los que se ha configurado una especie de *sistema sancionador administrativo tutelar* que carece de reconocimiento constitucional y que lesiona derechos fundamentales del menor”²⁶. Incidiendo en esta crítica, CEZÓN GONZÁLEZ destaca que algunas “Comunidades Autónomas han incluido en sus formas de actuación protectora medidas de tipo correctivo, que encierran un reproche y aun carácter de sanción”. Como posible vía para evitar que la remisión que efectúa el artículo 3 LORPM a las instituciones y normas de protección para menores de 14 años autores de delitos, constituya una solución falsa o incompleta, propone la elaboración de un Derecho correccional de menores (que actualmente echa en falta) que contemple específicamente la problemática delictual o predelictual de los menores por debajo de los 14 años y que dé respuesta a problemas de desajuste social o conductual que rebasan lo que es una genuina actuación pública de protección²⁷.

4. ¿Es penal la responsabilidad que se exige a los menores entre 14 y 18 años?

Algunos autores niegan que la LORPM tenga naturaleza penal. Tal es el caso de BUENO ARÚS²⁸, quien defiende que aunque la LORPM diga que regula una

²⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y OTROS: *Curso...*, cit., pp. 335 y 336.

²⁷ Para evitar un vacío de idoneidad en esa zona en que el Derecho penal juvenil no es aplicable y las medidas de corrección inadecuadas al caso, dicho Derecho correccional de menores pasaría “a formar parte de las instituciones de protección, a virtud de medidas consistentes en imposiciones exigibles a menores infractores, a efectos de preservar una equilibrada maduración y conformación de su personalidad, cuando la intervención pública sea precisa, por la gravedad de los hechos o por rechazo por el menor de las manifestaciones educativas ordinarias –la familia y el sistema educativo–” (CEZÓN GONZÁLEZ, C.: *La nueva Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores (Con las reformas introducidas en el articulado de las Leyes Orgánicas 7/2000 y 9/2000)*, Bosch, Barcelona, 2001, pp. 13 y 14).

²⁸ También MORENILLA ALLARD considera que si bien el legislador dudó entre establecer un sistema de justicia de menores fuera del sistema punitivo y del proceso penal o decantarse por la voluntad represiva

responsabilidad que es *penal*, realmente no es así, alegando como justificación que los autores del Anteproyecto (entre los que se encontraba) aceptaron en su día llamar *penal* a un tipo de responsabilidad que no lo es, únicamente para evitar que las competencias en esta materia correspondieran a las Comunidades Autónomas en lugar de al Estado, con las disfunciones que dicha atribución de competencias hubiera supuesto²⁹.

Contrariamente, la Fiscalía General del Estado, mediante su *Circular 1/2000, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores*, declaró expresamente la naturaleza penal de la LORPM de la siguiente forma: “La fuerza expansiva que se ha de atribuir al principio general de retroactividad favorable que el art. 2.2 CP de 1995 aplica a todas las leyes de naturaleza penal -y la LORPM desde luego lo es-, su virtualidad informadora, vincula la interpretación de los apartados 3 y 4 de la Disposición Transitoria única e impone como necesidad la revisión sistemática de todas las penas en fase de ejecución o pendientes de cumplimiento y su sustitución por medidas de corte educativo en los términos previstos en la propia Ley”.

La doctrina penal española mayoritaria patrocina la naturaleza penal de la LORPM, con argumentos lo suficientemente sólidos como para considerar acertada esta postura, de entre los que resulta destacable el carácter supletorio del CP y de las leyes penales especiales en lo no previsto expresamente en la misma, según dispone su *Disposición Final Primera*. Argumentos que, además, se consolidan con base en la propia denominación que recibe la Ley y con las explicaciones manifestadas en su *Exposición de Motivos*, en la que el legislador reconoce en varias ocasiones que la responsabilidad exigida por la Ley al menor es “penal”.

En particular³⁰:

de mantener la amenaza penal que asegure el cumplimiento de la ley penal entre los menores, finalmente se inclinó por una solución sancionadora educativa en un sistema autónomo, fuera del sistema penal. Ello no obstante, en desacuerdo con dicha elección, mantuvo en su denominación el concepto de responsabilidad penal del menor, cuando en realidad está ordenando una responsabilidad tuitiva o correctora distinta a la penal (MORENILLA ALLARD, P. en GÓMEZ RIVERO, C. (Coord.): *Comentarios...*, *cit.*, pp. 52y ss.).

²⁹ “Terminamos por respetar el epígrafe «penal» aplicado a la responsabilidad de los menores, de acuerdo con el criterio del CP, porque, dada la curiosa configuración de nuestro «Estado de las Autonomías» (y eso que entonces aún no había empezado la era ZP) y el reparto de competencias que lleva a cabo la Constitución de 1978, si el Derecho correccional del menor no se calificaba de Derecho penal, habría que atribuirle otra naturaleza y considerarlo por ejemplo Derecho administrativo o «Asistencia social», en cuyo caso la competencia, incluso la legislativa, no habría de corresponder al Estado (art. 149.6 de la Constitución), sino a las Comunidades Autónomas (art. 148.20) y pensamos que 17 leyes reguladoras de la responsabilidad del menor hubiera sido demasiado disfuncional. De forma que dejamos intacta la denominación que apareció ya en el CP de 1995 y *paciencia y barajar*, y esperar –si cabe- tiempos mejores...” -Cfr. BUENO ARÚS, F. en PANTOJA GARCÍA, F. (Dir.): “La Ley de Responsabilidad Penal...”, *cit.*, pp. 301 y ss. y, en particular, 310. En el mismo sentido, Cfr. BUENO ARÚS, F. en DÍEZ RIAZA, S. (Coord.): “Prólogo”, *Cuestiones relevantes en la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de responsabilidad penal del menor*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2004, pp. 14 y ss.-.

³⁰ La cursiva que aparece resaltada a continuación es nuestra.

- Cuando afirma que la Ley se aprueba para responder a la exigencia establecida en el artículo 19 del vigente Código Penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, “que fija efectivamente la mayoría de edad penal en los dieciocho años y exige la regulación expresa de la *responsabilidad penal* de los menores de dicha edad en una Ley independiente” (punto 4).

- En el mismo punto, un poco más adelante, señala que “la edad límite de dieciocho años establecida por el Código Penal para referirse a la *responsabilidad penal* de los menores precisa de otro límite mínimo a partir del cual comience la posibilidad de exigir esa responsabilidad y que se ha concretado en los catorce años” (punto 4).

- Finalmente, cuando hace alusión a los principios generales por los que la redacción de la Ley “ha sido conscientemente guiada”, se explicita la “*naturaleza formalmente penal*” del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad, si bien nos aclara que, desde un punto de vista material, dicha naturaleza debe ser considerada “sancionadora-educativa” (punto 6).

Aunque, sobre todo del último extremo reflejado, pareciera deducirse que el legislador sentía cierto temor a llamar a las cosas por su nombre, ello no ha de suponer ningún obstáculo para afirmar la naturaleza propiamente penal de la LORPM³¹ y, en consecuencia, para considerar que dicha Ley materializa en España el que podemos sin reparos denominar “Derecho penal de menores”³². Obviamente, se trata de un Derecho penal diferente y especial respecto del que rige para los adultos y que, por tanto, comporta unas consecuencias también distintas. Seguramente estas peculiaridades fueron las que llevaron al legislador a definir la naturaleza de la Ley en la forma en la que lo hizo, esto es, como “formalmente penal y materialmente sancionadora-educativa”³³. Como acertadamente destaca ORNOSA FERNÁNDEZ, con esta declaración, lo que el creador de la LORPM quiso dejar claro es que la misma, por sus características y estructura es penal, pero

³¹ En este sentido, MACHADO RUIZ, M. D.: “Minoría de edad e imputabilidad penal”, *Actualidad Penal*, Tomo 2003-I, p. 124. Afirmando también la naturaleza penal de la responsabilidad exigida por la LORPM, entre otros, GARCÍA PÉREZ, O.: “La evolución del sistema de justicia penal juvenil. La Ley de Responsabilidad Penal del Menor de 2000 a la luz de las directrices internacionales”, *Actualidad Penal*, nº 32, 2000, pp. 684 y ss. y, en particular, p. 686; CANO PAÑOS, M. A.: “¿Supresión, mantenimiento o reformulación del pensamiento educativo en el Derecho penal juvenil?”, *RECPC* 13-13 (2011), pp. 5 y ss.

³² Tal y como hacen, entre otros muchos autores, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y OTROS: *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2004, p. 335; CUELLO CONTRERAS, J.: *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 965 y ss.; MORILLAS CUEVA, L.: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal y Ley Penal*, 2ª edic. revisada y puesta al día, Dykinson S. L., Madrid, 2010 (este último penalista, además, incluye expresamente el Derecho penal de menores como uno de los ámbitos del Derecho penal en sentido extensivo –pp. 49 y 50- y se refiere al sistema aportado por la LO 5/2000 como “sistema de justicia penal del menor” –p. 52-); SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: “La nueva ley reguladora...”, *cit.*, p. 709 (“el Derecho Penal Juvenil es Derecho Penal, pero especialmente adaptado a los jóvenes”).

³³ De esta opinión, ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R. (Dir.): *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*, (Cuadernos de Derecho Judicial III, 2001), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 21.

que su finalidad es educativa³⁴. Ello no obstante, en ocasiones, la Ley ha llegado a ser tan extremadamente penal, que alejándose de esa finalidad educativa que debería subyacer en todo el texto, deja traslucir una finalidad represiva impropia de su ideología rectora³⁵, por ejemplo introduciendo en ella una serie de preceptos de carácter tuitivo (emparentados con la ideología paternalista que inspiraba la antigua legislación tutelar), que al apartarse de criterios penales estrictos, suponen un ataque a principios esenciales como el de igualdad, seguridad jurídica, legalidad y proporcionalidad, de manera que producen un efecto contrario al que persiguen (perjudican al menor, cuando lo que se pretendía era favorecerlo)³⁶.

Afirmado el carácter penal indiscutible de la LORPM, surge correlativamente la duda en torno a la naturaleza que disfrutaban las medidas previstas en el artículo 7 de la misma. Resulta consecuente que quienes defienden que la LORPM no tiene carácter penal, patrocinen asimismo que las medidas recogidas en ella tampoco lo tienen. En este sentido BUENO ARÚS estima que “no son penas, ni medidas de seguridad, ni medidas cautelares de naturaleza discutible”, ni tampoco “*consecuencias accesorias*, según el estúpido término adoptado por el CP de 1995”, sino que son “*medidas pedagógicas o correccionales*, por llamarlas de una forma inteligible sin perderse en las trampas del sistema”³⁷. No obstante, estimamos más correcta la opinión de aquellos autores que, mayoritariamente, consideran que las medidas de la LORPM tienen naturaleza penal, lo que constituye la única postura coherente si previamente se ha optado por afirmar la naturaleza penal de la Ley que las recoge. En esta línea se manifiestan BERDUGO y OTROS, quienes destacan que “la LO 5/2000 establece un sistema procesal acusatorio dotado de todas las garantías del justo proceso, lógica contrapartida de la naturaleza *penal* de las sanciones que se imponen”³⁸. También GARCÍA PÉREZ, quien tras advertir que muchas de las

³⁴ ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R.: *Derecho Penal de Menores...*, cit., p. 118.

³⁵ De este parecer, ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R.: *Derecho Penal de Menores...*, cit., pp. 118 y 119.

³⁶ ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R.: *Derecho Penal de Menores...*, cit., pp. 134 y 135.

³⁷ BUENO ARÚS, F. en PANTOJA GARCÍA, F. (Dir.): “La Ley de Responsabilidad Penal...”, cit., p. 307. Para este autor, “Sólo la mala fe en la defensa a ultranza de una postura doctrinal partidista y previa, sólo la asunción interesada y consciente del papel de *contreras* como protagonista escandaloso del *gran teatro del mundo*, pueden llevar a proclamar, como una consecuencia de la *naturaleza de las cosas*, que aquellas llamadas *medidas* son necesariamente *penas*, porque consisten en privaciones coactivas de derechos que responden a la comisión de un delito con una finalidad preventivo-especial, definición que podría servirnos tan propiamente para el concepto de pena. Sin embargo, un profesor universitario no puede ignorar que el Derecho civil, el Derecho administrativo, el Derecho internacional y otros sectores del ordenamiento –y además las normas disciplinarias informales del *pater familias*- están plagados de privaciones coactivas de derechos, de naturaleza disuasoria o intimidativa, que no constituyen penas, ni formal ni materialmente, por más que tengan de parecido con ellas que todas las *sanciones* se parecen en sus rasgos fundamentales. No se puede atribuir, por ello, alegremente al legislador un *fraude de etiquetas*, sin proceder a la vez fraudulentamente contra el pueblo que nos lee o que nos oye” (BUENO ARÚS, F. en DÍEZ RIAZA, S. (Coord.): “Prólogo”, cit., pp. 12 y 13).

³⁸ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y OTROS: *Curso...*, cit., p. 335. No obstante la afirmación antes citada en texto, en un momento posterior de su discurso parecen defender justamente la tesis contraria: “los mayores de catorce años y menores de dieciocho sí son considerados responsables de los delitos que cometen (el propio sistema se denomina de *responsabilidad*), lo cual no impide que el legislador, en

sanciones no difieren de las establecidas para los adultos por más que se empleen eufemismos, considera que las reacciones previstas en la LORPM son verdaderas penas³⁹. Así lo entiende igualmente MAPELLI CAFFARENA, quien reconoce que la “doctrina se ha mostrado desde los orígenes de la ley coincidente en que el catálogo que ofrece el Art. 7 se corresponde más con un catálogo de penas que con un catálogo de medidas”. En tal sentido, afirma, que el “mismo criterio de clasificación, diferenciándose en medidas privativas de libertad y las que no lo son pone más énfasis en la parte represiva que en la terapéutica”⁴⁰. Dentro de esta línea cabe citar, asimismo, a MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN quienes estiman que aunque en la LORPM se emplee el nombre de medidas, dichas sanciones deben ser consideradas dogmáticamente como penas, ya que no se basan en la peligrosidad del menor, sino en su culpabilidad, aunque esa culpabilidad presente algunas peculiaridades⁴¹. En definitiva, como indica MACHADO RUIZ, la naturaleza penal del sistema de justicia de menores conduce inevitablemente a considerar las consecuencias jurídicas previstas para su comportamiento delictivo como penas (juveniles)⁴², de forma que la finalidad educativa que se predica de las mismas no es más que la propia función que se le atribuye en este ámbito a las reacciones penales⁴³. Incluso, el propio legislador, cuando en la *Exposición de Motivos* (punto 6) se refiere a la ya mencionada “naturaleza formalmente penal”, la predica tanto del procedimiento como de las medidas aplicables a los infractores menores de edad, por lo que cualquier atisbo de duda debe ser disipado⁴⁴.

cumplimiento de la Convención de Derechos del Niño, prescinda de la imposición de *penas* propiamente dichas y prefiera aplicar a estos delincuentes un catálogo de *medidas* especialmente indicadas para ellos” (Cfr. *ob. cit.*, p. 336).

³⁹ GARCÍA PÉREZ, O.: “La evolución del sistema...”, *cit.*, pp. 686, en particular, p. 688.

⁴⁰ MAPELLI CAFFARENA, B.: “Las recientes reformas de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor”, *Actas del Symposium Internacional sobre Justicia Juvenil y del I Congreso Europeo sobre Programas de Cumplimiento de Medidas Judiciales para Menores*, Tomo I, Sevilla, 2008, p. 338.

⁴¹ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*, 8ª edic., revisada y puesta al día, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 365.

⁴² SILVA SÁNCHEZ, en el año 1997 (por tanto, bastante antes de que se aprobara la LORPM), ya afirmaba que “en los casos en que el sujeto pueda ser estimado responsable (y ello procede, en general, a partir de los catorce años, salvo patología específica) necesariamente habrá que recurrir a la imposición de una pena. Obviamente, una pena que ha de ser diversa de la pena convencional, normalmente aplicable al sujeto delincuente adulto. Habría de constituirse, pues, como una *pena juvenil*, como la que se contempla, en general, en los ordenamientos jurídicos que han elaborado un auténtico Derecho penal juvenil. Ello quiere decir que la pena juvenil debiera caracterizarse por tener una duración especial, unas normas especiales de ejecución, así como unos centros especiales para llevar a cabo dicha ejecución” (SILVA SÁNCHEZ, J. M.: “El régimen de la minoría...”, *cit.*, pp. 179 y 180).

⁴³ MACHADO RUIZ, M. D.: “Minoría de edad...”, *cit.*, pp. 131 y ss.

⁴⁴ *Exposición de Motivos*:

“6. Como consecuencia de los principios, criterios y orientaciones a que se acaba de hacer referencia, puede decirse que la redacción de la presente Ley Orgánica ha sido conscientemente guiada por los siguientes principios generales: *naturaleza formalmente penal* pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y *de las medidas aplicables a los infractores menores de edad*, reconocimiento expreso de todas las garantías que se derivan del respeto de los derechos constitucionales y de las especiales exigencias del interés del menor, diferenciación de diversos tramos a efectos procesales y sancionadores en la categoría de infractores menores de edad, flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas

En conclusión, las medidas recogidas en el artículo 7 de la LORPM son sanciones penales (al igual que es penal la Ley que las impone), aunque su finalidad prioritariamente educativa las haga gozar de una naturaleza *sui generis* que las distingue de las penas previstas para los delincuentes adultos, lo que por cierto no hace sino reflejar de forma paralela la especificidad de la responsabilidad de los menores que, aun siendo penal, presenta marcadas diferencias con la exigida a dichos delincuentes mayores.

5. Sobre la imputabilidad de los menores entre 14 y 18 años

Todavía hoy se discute si el menor sometido al imperio de la LORPM (mayor de 14 y menor de 18) es imputable, inimputable, se sitúa en una zona intermedia entre ambos extremos (imputabilidad disminuida; imputabilidad *sui generis*) o, incluso, se sustrae *de facto* a los postulados de esta categoría dogmática.

a) Una primera postura sería aquella que, coherente con la consideración de que la Ley no tiene naturaleza penal, patrocina que la imputabilidad comienza a los 18 años (mayoría de edad penal) y que en las edades inferiores no hay responsabilidad penal, aunque exista “algún tipo” de responsabilidad. Parte de la base de que para que haya responsabilidad penal tiene que haberse producido una acción típica, antijurídica y culpable, y en la conducta del menor, por hipótesis, falta la culpabilidad al faltarle la imputabilidad, entendida como capacidad de conocer y querer libremente, determinada por un nivel de edad que el legislador establece más o menos arbitrariamente, pero que garantiza un nivel razonable de seguridad y certeza jurídicas⁴⁵. En definitiva, para esta tesis “el menor es un inimputable, como el enajenado, por lo que por definición no puede haber ni delito en su conducta ni pena en la condena judicial”, y no se trata de que los menores entre 14 y 18 años sujetos a la LORPM tengan una imputabilidad disminuida, “porque en tal caso la regulación legal consistiría en mantener la misma pena que para los delitos cometidos con imputabilidad plena, pero con una circunstancia atenuante que obliga a rebajar aquélla en uno o dos grados... y aquí se trata de una medida restrictiva de derechos pero de naturaleza distinta a la de la pena”. La de los menores es una responsabilidad independiente de la imputabilidad (responsabilidad *sui generis*), de manera que, penalmente, los sometidos a las medidas de la “Ley del Menor” son inimputables⁴⁶.

aconsejadas por las circunstancias del caso concreto, competencia de las entidades autonómicas relacionadas con la reforma y protección de menores para la ejecución de las medidas impuestas en la sentencia y control judicial de esta ejecución” (la cursiva es nuestra).

⁴⁵ BUENO ARÚS, F. en PANTOJA GARCÍA, F. (Dir.): “La Ley de Responsabilidad Penal...”, *cit.*, pp. 301 y ss.

⁴⁶ BUENO ARÚS, F. en PANTOJA GARCÍA, F. (Dir.): “La Ley de Responsabilidad Penal...”, *cit.*, pp. 325 y ss.

En parecido sentido se pronuncia PÉREZ MACHÍO, quien estima que el artículo 19 CP reconoce la inimputabilidad de los menores de 18 años, al interpretarse que éstos carecen de capacidad para conocer el

b) Una segunda corriente patrocina el entendimiento de la imputabilidad del menor entre 14 y 18 años como una imputabilidad disminuida o atenuada, lo que justificaría su exclusión del Derecho penal de adultos y su sometimiento a una Ley penal juvenil⁴⁷. Como principal argumento para sustentar esta tesis se ha alegado que el artículo 5.2 LORPM sólo otorga relevancia a los supuestos en los que al menor le falta totalmente la imputabilidad por concurrencia de alguna de las causas previstas en los números 1º, 2º, y 3º del artículo 20 CP, de manera que si no contempla aquellos otros en los que el mismo es semiimputable (eximente incompleta respecto de tales causas de inimputabilidad) es porque ello resulta innecesario, dado que la LORPM está dirigida a personas con capacidad de culpabilidad disminuida (los menores)⁴⁸.

c) Un tercer sector reconoce de forma genérica la plena imputabilidad o capacidad de culpabilidad de los menores de entre 14 y 18 años⁴⁹, de forma que en el sistema español únicamente los niños de menos de 14 años pueden considerarse realmente inimputables, ya que carecen formalmente de responsabilidad penal⁵⁰.

Hasta el momento se han repasado, pues, tres posturas respecto de los menores sujetos a la LORPM que pasan por defender: su inimputabilidad, su imputabilidad o, como vía intermedia, una imputabilidad disminuida. Sin embargo, todavía pueden mencionarse otras opciones que no se identifican plenamente con ninguna de las anteriores:

d) Así, la que postula que el menor de entre 14 y 18 años es responsable penal, pero inimputable⁵¹, que a su vez se acerca a aquella otra que reconoce en el menor

sentido de los mandatos y prohibiciones del Derecho. Considera que el citado precepto contiene una declaración absoluta de inimputabilidad que tropieza con el hecho de exigirle responsabilidad penal, por muy especial que ésta sea (PÉREZ MACHÍO, A. I.: *El tratamiento jurídico-penal...*, cit., p. 40). Para VENTAS SASTRE, la exclusión de imputabilidad o capacidad de culpabilidad prevista en el artículo 19 debería ser interpretada como una presunción *iuris et de iure* de ausencia absoluta de responsabilidad criminal (VENTAS SASTRE, R.: “Comentario al artículo 19”, *Comentarios al Código Penal, Tomo II (Artículos 19 a 23)*, dirigidos por COBO DEL ROSAL, Edersa, Madrid, 1999, p. 89).

⁴⁷ Entre otros, GARCÍA PÉREZ, O.: “La evolución del sistema...”, cit., pp. 683; LLORIA GARCÍA, P. en GÓMEZ RIVERO, C. (Coord.): *Comentarios a la Ley Penal del Menor (Conforme a las reformas introducidas por la LO 8/2006)*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 88 y 89; MACHADO RUIZ, M. D.: “Minoría de edad...”, cit., pp. 121, 127 y ss.; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: “La nueva ley reguladora...”, cit., pp. 710 y 716.

⁴⁸ GARCÍA PÉREZ, “La evolución del sistema...”, cit., pp. 683 y 684. Siguiendo esta opinión, MACHADO RUIZ, M. D.: “Minoría de edad...”, cit., p. 128.

⁴⁹ Sin aportar razones a favor de su tesis, LANDROVE DÍAZ, G.: *Introducción...*, cit., p. 69.

⁵⁰ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y OTROS: *Curso...*, cit., p. 336.

⁵¹ Esta es la opción mantenida por CUELLO CONTRERAS, quien ya la plasma de forma expresa cuando denomina el epígrafe en el que trata la cuestión “Fundamento de la inimputabilidad del menor de dieciocho años” o cuando se refiere a la minoría de edad como una causa de inimputabilidad: “La elevación de la mayoría de edad penal a los dieciocho años evidencia que, en última instancia, lo que justifica esta causa de inimputabilidad no reside en que el hombre alcance tarde la capacidad de culpabilidad, lo que sin duda es cierto, pero insuficiente para explicar la actual regulación...” (*El Derecho Penal Español...*, cit., p. 969). Así pues, este penalista considera que el menor es inimputable y que la justificación de dicha inimputabilidad se encuentra en la necesidad de una moratoria por razón de la edad (*ob. cit.*, p. 971). No obstante lo anterior, entiende que la LORPM, “por tratarse de Derecho penal, también es obligado a tener en

una capacidad elemental de responsabilidad (de asumir las consecuencias de sus actos), aunque dicha capacidad no se definiría conforme a las categorías dogmáticas clásicas, pues parte de rechazar el paradigma clásico de la inimputabilidad para estos casos⁵².

e) Por último, cabe citar la tesis que patrocina que debe reconocerse una cierta imputabilidad de los mayores de 14 y menores de 18, que permite hacerles capaces de una forma especial de responsabilidad penal⁵³.

Consideramos que el menor entre 14 y 18 años es plenamente imputable (coincidencia con la corriente expuesta en el punto c), aunque la responsabilidad penal que se le exige adquiere una forma especial (coincidencia con la opinión expresada en el punto e). Dicho de forma más clara, nos distanciamos de la defendida en último lugar (letra e) dado que ésta entiende que debe reconocerse al menor una “cierta imputabilidad” en tanto que según entendemos, la imputabilidad del mismo no es solo una “cierta responsabilidad” sino plena imputabilidad en el sentido patrocinado por la postura recogida en tercer lugar (letra c). En lo que, sin embargo, manifestamos un total acuerdo con la última línea reseñada es en que la responsabilidad penal que se exige al menor sujeto a la LORPM adopta una forma especial o *sui generis* y, por tanto, diferente a la que se deriva del CP para el adulto.

A continuación trataremos de argumentar las dos características que se derivan de esta hipótesis: que los menores de entre 14 y 18 años son imputables y que están sujetos a una responsabilidad penal peculiar y especialmente configurada para ellos, argumentación que nos permitirá poner de relieve las luces y las sombras del artículo 19 CP.

La regulación aplicable hasta que el 13 de enero de 2001 entró en vigor la vigente normativa española, fijaba la mayoría de edad penal en los 16 años⁵⁴. Basada en

cuenta el principio de culpabilidad” (*ob. cit.*, p. 970) y, consecuentemente, si la Ley es penal también lo es la responsabilidad que se deriva de su aplicación.

En un trabajo muy reciente, sin embargo, CUELLO CONTRERAS afirma que “En puridad, la minoría de edad penal no constituye un supuesto de inimputabilidad, ya que a los catorce años, por no decir de los dieciséis o dieciocho, el menor ya ha aprendido a diferenciar los contenidos vivenciales que habilitan para controlar la realidad. No son pues razones relacionadas con la capacidad de culpabilidad las que justifican la irresponsabilidad penal del menor conforme al CP, sino de otra índole político-criminal” (CUELLO CONTRERAS, J.: “Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad del menor y su tratamiento educativo, con una aportación al tratamiento de delincuentes jóvenes con trastorno narcisista de la personalidad”, en BENÍTEZ ORTUZAR, I. y CRUZ BLANCA, M. J. (dir.): *El Derecho Penal de Menores a debate*, Dykinson S. L., Madrid, 2010, p. 85).

⁵² GARCÍA PABLOS, A.: “Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores”, *Menores privados de libertad* (Cuadernos de Derecho Judicial XV, 1996), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 275. Parece manifestarse a favor de esta tesis SILVA SÁNCHEZ, quien afirma que “ya con la fijación de la frontera de la minoría de edad penal en los dieciséis años, pero mucho más si ésta se eleva a dieciocho, lo que procede es desvincular la exención de responsabilidad criminal *convencional* en el caso del menor de la noción clásica de imputabilidad” (Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M.: “El régimen de la minoría...”, *cit.*, p. 173).

⁵³ MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed. a cargo de V. GÓMEZ MARÍN, Reppertot, Barcelona, 2011, p. 597.

⁵⁴ Artículos 8.2, 9.3, la regla 1 del artículo 20 en lo que se refiere al número 2 del artículo 8, segundo

un criterio puramente biológico, se trataba de una presunción *iuris et de iure* de inimputabilidad de los menores de dicha edad. Su naturaleza de causa de inimputabilidad (en el sentido más propio de esta categoría) quedaba avalada por el emplazamiento sistemático otorgado a la misma, en el artículo 8.2º ACP, dentro del catálogo general de eximentes. Más concretamente, se enumeraba entre las otras dos causas de inimputabilidad contempladas en el derogado artículo 8, esto es, la enajenación mental/trastorno mental transitorio (número 1º) y las alteraciones en la percepción (número 3º). Como también se puso de relieve con anterioridad, el vigente CP ha dado un cambio radical a esta cuestión, excluyendo el tema de la edad penal del artículo 20 (vigente catálogo de eximentes de la responsabilidad criminal) e incorporándolo en un precepto específico, el artículo 19, lo que sin duda tiene una importante repercusión material⁵⁵, pues como indica SILVA SÁNCHEZ, si los números 1º, 2º y 3º de dicho artículo 20 regulan las causas de exclusión de la culpabilidad por inimputabilidad y el CP no ha recogido junto a ellas la minoría de edad, es porque para el CP “*el menor de 18 años no es un sujeto esencialmente inimputable, no es un sujeto «per se», exento de culpabilidad*”⁵⁶. Ambos preceptos (artículos 19 y 20) se ubican como único contenido dentro de un mismo bloque (Capítulo II del Título I del Libro I) cuya rúbrica genérica es “De las causas que eximen de responsabilidad criminal”.

6. Luces y sombras del artículo 19 del Código Penal

La primera crítica dirigida al legislador de 1995 radica en haber incluido el artículo 19 en un Capítulo así denominado (“De las causas que eximen de responsabilidad criminal”), dado que tal precepto no contiene ninguna causa eximente o, al menos, no en su sentido más propio, pues aunque ciertamente establece el mandato de que los menores de 18 años no respondan criminalmente con arreglo al CP, ello no supone una exención genérica y absoluta de responsabilidad penal (como sucede en todos y cada uno de los supuestos recogidos en el artículo 20), sino tan solo una remisión a otra Ley (que finalmente fue la LORPM) a la que tales menores quedan vinculados para responder penalmente de sus actos ilícitos. Así

párrafo del artículo 22 y artículo 65 del antiguo CP (Texto refundido del Código Penal publicado por el Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, con sus modificaciones posteriores).

⁵⁵ Afirmando la trascendencia material de la exclusión del contenido del artículo 19 del catálogo de eximentes del artículo 20, CARMONA SALGADO, C.: “Algunas observaciones sobre la responsabilidad penal de los menores, a raíz de la Ley 5/2000, de 12 de enero”, *Los derechos humanos (Libro Homenaje al Excmo. Sr. D. Luis Portero García)*, Universidad de Granada, Granada, 2001, p. 107.

⁵⁶ Con cursiva en el original. Dicho autor continúa con la siguiente afirmación: “Expresada a «contrario», la tesis central es la de que el menor de dieciocho años no es un inimputable, sino que es un sujeto *responsable* (en realidad se podría decir del mismo modo: imputable, culpable) al que, sin embargo, por razones político-criminales bastante obvias, y atendidas también sus peculiares circunstancias, se le sustrae del ámbito de las consecuencias jurídicas comunes del código penal” (SILVA SÁNCHEZ, J. M.: “El régimen de la minoría...”, *cit.*, pp. 159 y 160).

pues, lo correcto hubiera sido, en lugar de situar el artículo 19 dentro de ese Capítulo II⁵⁷, recogerlo en un capítulo independiente en el que también podría haberse incluido el artículo 69, cuya ubicación dentro de la Sección 1ª del Capítulo II del Título III⁵⁸ resulta improcedente, dado que su contenido poco tiene que ver con las reglas generales de aplicación de las penas reguladas en los preceptos que lo acompañan (tal y como se comprueba en el texto originario del artículo 4 LORPM, antes de ser modificado por la *LO 8/2006*). Si bien es cierto que haciendo uso de la información privilegiada que nos ofrece el tiempo, cuyo transcurso nos ha confirmado que el artículo 69 no puede aplicarse, el legislador podía haberse ahorrado el esfuerzo que en su día supuso su incorporación al texto punitivo.

De acuerdo con lo anterior, tampoco puede ser propiamente denominada “eximente de minoría de edad” la institución recogida en el artículo 19, puesto que si bien desvincula al menor de 18 años del CP de adultos, eximir no le exime de nada, sino que únicamente deriva su exigencia de responsabilidad penal a otra normativa. Quede claro, pues, que la no inclusión de la cuestión de la edad penal en el catálogo de eximentes del artículo 20 (el que sí que realiza una declaración absoluta de exención de responsabilidad criminal en los supuestos que enumera) implica que respecto de los menores de 18 años ya no existe, como antaño, una presunción *iuris et de iure* de inimputabilidad y, por tanto, de irresponsabilidad absoluta, sino tan solo de no responsabilidad en los términos exigidos para los mayores de 18 años (adultos)⁵⁹.

Siguiendo con las críticas que merece la regulación introducida por el CP 1995, se ha dicho de forma reiterada que su artículo 19 se limitó a establecer la no sujeción del menor de 18 años al CP y a declarar su responsabilidad con arreglo a la entonces inexistente “Ley del Menor”. Sin embargo hubiera sido aconsejable que:

- El propio legislador hubiera especificado que la responsabilidad que se va a exigir al menor, aunque sea al margen del CP de adultos, es también responsabilidad penal. Como ya se ha justificado de forma previa, resulta claro que ello es así, por las razones alegadas con anterioridad, pero hubiera sido conveniente que el creador de la norma hubiera evitado la discusión, sencillamente, añadiendo el término “penal” en su redacción diciendo “..podrá ser responsable penal con arreglo...” en lugar de limitarse a decir “..podrá ser responsable con arreglo...” (quizás no efectuó dicha calificación de forma directa en el art. 19 para no auto-

⁵⁷ El que para que no quedara con el artículo 20 como único contenido, podría haber recogido también todas las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (vigentes artículos 21 a 23) bajo la denominación conjunta de “De las causas que eximen de responsabilidad criminal y de las circunstancias que la modifican”.

⁵⁸ Título III (“De las penas”), Capítulo II (“De las aplicación de las penas”), Sección 1ª (“Reglas generales para la aplicación de las penas”).

⁵⁹ En este sentido, VENTAS SASTRE, R.: “Comentario...”, *cit.*, p. 86. Siguiendo a la anterior, MACHADO RUIZ, M. D.: “Minoría de edad...”, *cit.*, p. 121.

limitarse y poder decidir con posterioridad, según considerara más oportuno, el carácter penal o no de la normativa que todavía entonces tenía que desarrollar).

- También debería haber incluido de forma expresa en el art. 19 el límite mínimo en el que comienza la responsabilidad criminal *sui generis* del menor (que conforme a la LORPM se sitúa en los 14 años), que a su vez hubiera constituido el límite máximo para ser considerado inimputable y, por tanto, con incapacidad para ser declarado culpable. Aunque en cierto modo el silencio del legislador resulta comprensible, pues este es otro extremo que tampoco tenía claro cuando se aprobó el CP (y, como con la adición del término “penal” a la responsabilidad, prefirió no establecerlo, con objeto de analizar la cuestión en el marco de elaboración de la entonces futura ley).

Para CUELLO CONTRERAS la técnica empleada por el CP es sumamente defectuosa, vulnera la seguridad jurídica y adolece de una profunda insuficiencia de política criminal. En su opinión, todas estas objeciones se habrían obviado si el legislador hubiera optado por incluir la edad mínima por debajo de la cual no cabe ningún título de imputación penal en el artículo 20, es decir, entre las restantes eximentes, añadiendo asimismo un párrafo donde se establecieran qué regímenes especiales corresponderían para determinados tramos de edad superiores a ese mínimo. Y de haber escogido, como ha hecho, incluir la materia en el artículo 19 de manera independiente, tenía que haber sido más preciso y “o bien fijar la mayoría de edad penal terminantemente en los dieciocho años, es decir, sin abrir la posibilidad de establecer un régimen penal, por muy especial que sea, para menores de esa edad o bien establecer claramente que la mayoría de edad se alcanza a una edad anterior, con previsión de regímenes especiales” para tramos de edad por encima del mínimo⁶⁰.

La realidad es que el art. 19 no ha optado por incluir la edad mínima por debajo de la cual no cabe ningún título de imputación penal (en cuyo caso sí estaría regulando una eximente), sino que se ha limitado a excluir del CP a los menores de 18 y su remisión a la “Ley del Menor”. Consecuente con lo anterior, resulta correcta su desvinculación del catálogo de eximentes del art. 20 (que recoge exclusivamente supuestos para los que declara la exención absoluta de responsabilidad criminal) y su enclave sistemático al margen del mismo.

En definitiva, según entendemos, el artículo 19 es acertado en algunos extremos y podía haber sido mejorado en otros:

- Así, en relación a estos últimos, resulta deficiente porque debía haber marcado taxativamente la edad que marcaría el límite entre la inimputabilidad del menor y su exigencia de responsabilidad penal (tal y como hace, por ejemplo, el Código penal alemán en su § 19⁶¹), límite que se situaría en los 14 años por tratarse de una

⁶⁰ CUELLO CONTRERAS, J.: *El Derecho Penal Español...*, cit., p. 968.

⁶¹ § 19. Incapacidad de culpabilidad del niño

edad adecuada, según se vio con anterioridad⁶². Igualmente, para el tramo de edad comprendido entre esos 14 años y los 18 que determinan el paso a la edad penal adulta, en el momento de remitir a la normativa específica que lo regula, debería haber establecido con toda propiedad que la responsabilidad que se genera es de carácter penal.

- Pasando ya a los aciertos, el artículo 19 sigue una técnica correcta cuando se sustrae a la regulación genérica de las causas de exención de la responsabilidad criminal del artículo 20⁶³, puesto que este precepto debe recoger en exclusiva aquellos supuestos en los que se produce tal exención absoluta. Bien es cierto que, de haberse establecido de forma expresa en el artículo 19 el límite mínimo por debajo del cual se produce dicha exención plena, éste sería un contenido acorde con el resto de casos del artículo 20, pero también lo es que no sucede lo mismo con la previsión respecto de los mayores de 14 y menores de 18, en relación a los que sí se establece su responsabilidad y cuyo régimen resulta de obligada inclusión en un artículo genéricamente dedicado a la cuestión de la edad en materia penal. En todo caso, aunque se aplaude la desvinculación del artículo 19 del catálogo general de eximentes, debe criticarse su regulación conjunta en un mismo Capítulo denominado genéricamente “De las causas que eximen de responsabilidad criminal”, en el sentido *supra* indicado. También ha sido una opción adecuada la fijación de los 18 años como edad que determina el paso al sistema penal de adultos, y ello, no sólo por la antes apuntada equiparación que se produce con la mayoría de edad civil y política y por la adaptación que supone respecto de la normativa internacional en la materia, sino porque con dicha elección ha tomado cuerpo la opción político-criminalmente más adecuada desde un punto de vista material, por permitir la creación de un sistema penal juvenil que se asienta sobre criterios educativos y de resocialización.

Como con razón destaca MIR PUIG, al elevarse la mayoría de edad penal a los 18 años y preverse una especial forma de responsabilidad penal de los menores de dicha edad y mayores de 14 años, se hace evidente la imposibilidad de fundar la exclusión del CP de los menores de 18 años en una falta absoluta de imputabilidad⁶⁴. El menor comprendido en dicha franja cronológica es imputable y, en consecuencia, debe responder penalmente de sus actos. Se trata, además, de una imputabilidad plena y no tan solo disminuida, como defienden algunos autores⁶⁵, pues de tener esta última consideración hubiera bastado la sujeción de los menores al CP de adultos y, por tanto, la aplicación de las mismas penas previstas para

Es incapaz de culpabilidad quien en el momento de la comisión de un hecho aún no ha llegado a la edad de los catorce años.

⁶² De esta opinión, MACHADO RUIZ, M. D.: “Minoría de edad ...”, *cit.*, p. 127.

⁶³ En contra de esta opinión, VENTAS SASTRE, quien se lamenta, precisamente, de que la minoría de edad penal no figure entre las causas eximentes del artículo 20 (“Comentario...”, *cit.*, p. 86).

⁶⁴ MIR PUIG, S.: *Derecho penal...*, *cit.*, p. 597.

⁶⁵ Vid. *supra*.

dichos adultos, pero de una forma cualificadamente atenuada⁶⁶. No obstante, su responsabilidad penal no debe ser exigida conforme a los parámetros clásicos, sino que ha de configurarse como una responsabilidad *sui generis* en atención a las características especiales de los sujetos infractores, lo que finalmente se traduce en el establecimiento de un sistema de consecuencias penales acorde con los fines perseguidos, que no son otros sino educar al menor y recuperarle, en la medida de lo posible, para la sociedad. Puede afirmarse que el régimen de responsabilidad establecido para los menores en función de su edad se sustenta en razones diferentes que, asimismo, justifican el diverso tratamiento que les resulta aplicable: para los menores de 14 años (niños), el fundamento de su irresponsabilidad criminal no es otro que su inimputabilidad; para los mayores de 14 y menores de 18 años (menores), son criterios de política criminal los que impulsan que, aun considerándolos imputables, se opte por apartarlos del CP creando para ellos un sistema penal específico basado en los conceptos apuntados con anterioridad, esto es, educación y prevención/resocialización, los que sin duda serían absolutamente inalcanzables si respondieran con el cumplimiento de las penas impuestas por el CP⁶⁷.

7. Vinculación del Derecho de menores al principio de culpabilidad

En tanto que la normativa reguladora de la responsabilidad de los menores es, al fin y al cabo, Derecho penal, ha de quedar vinculado de forma obligada al principio de culpabilidad, tal y como acertadamente ha señalado CUELLO CONTRERAS⁶⁸. El menor es imputable y, cumpliendo con el resto de exigencias requeridas por el juicio de reproche, también es culpable. Lo que sucede es que las medidas que se imponen a los menores que delinquen no se fundamentan únicamente en su culpabilidad, sino que también se sustentan en razones de política criminal que aconsejan sustituir la clásica pena por una intervención sancionadora de tipo educativo mediante la que se pretende conseguir que el menor enderece su vida por una senda alejada del crimen⁶⁹. Se trata, pues, de hacerles responder de sus actos, esto es, de reprocharles jurídicamente la infracción penal ejecutada (culpabilidad), pero mediante un sistema sancionador (fundamentalmente educativo) específicamente diseñado para unas personas (los menores) que, por su edad, todavía son “moldeables” (entiéndase en el mejor sentido del término) y presentan grandes posibilidades de ser apartados del delito y recuperados socialmente (prevención/resocialización).

Como bien ha señalado MIR PUIG, el Derecho penal de menores es un buen

⁶⁶ De esta opinión, conforme se ha indicado con anterioridad, BUENO ARÚS, F. en PANTOJA GARCÍA, F. (Dir.): “La Ley de Responsabilidad Penal...”, *cit.*, p. 327.

⁶⁷ En similar sentido, MIR PUIG, S.: *Derecho penal...*, *cit.*, pp. 597 y 598.

⁶⁸ CUELLO CONTRERAS, J.: *El Derecho Penal Español...*, *cit.*, p. 970.

⁶⁹ Sustentando ese doble fundamento, MACHADO RUIZ, M. D.: “Minoría de edad...”, *cit.*, p. 124.

ejemplo de la moderna política criminal, porque si bien para la concepción clásica de corte retributivo era difícil admitir que pudiera quedar sin castigo la realización de un hecho en que pudiese demostrarse la culpabilidad del sujeto, para la actual concepción político criminal, aunque no puede castigarse sin culpabilidad, no siempre que concurra la misma debe imponerse una pena, sino que sólo habrá de ser impuesta cuando sea necesaria y adecuada para prevenir delitos y proteger a la sociedad⁷⁰. En conclusión, en el ámbito de los menores, las penas previstas en el CP (concebidas para personas adultas) no resultan adecuadas para la consecución de tales fines (prevención del delito y protección a la sociedad) y, por tanto, tampoco necesarias, de manera que cabe reprochar jurídicamente la realización del comportamiento ilícito realizado (culpabilidad) mediante unas consecuencias penales distintas, específicamente diseñadas en función de sus destinatarios (menores) y sustentadas en parámetros radicalmente diferentes (educativos)⁷¹.

8. Solución para casos especiales: instrumentos jurídicos aplicables

Con anterioridad ha sido defendida la imputabilidad del menor de entre 14 y 18 años, lo que tiene su lógica correspondencia en la exigencia de responsabilidad penal, conforme a lo dispuesto en la LORPM, para todos aquellos sujetos cuya edad queda integrada en ese segmento. Pero, qué duda cabe, que en las edades cercanas al límite mínimo de dicho período cronológico, la madurez mental del chico o chica, por naturaleza y en términos generales, debe encontrarse en un estado inferior a la del menor que se acerca al límite superior de esa franja biológica. Aun cuando esta consecuencia natural, derivada de la distinta edad del menor infractor, ha sido tenida en cuenta por la LORPM para establecer diferencias en la duración de las medidas previstas en el artículo 7 (según se trate de sujetos mayores de 14 y menores de 16 años o de edad comprendida entre 16 y 18 años - artículo 10-), lo que sin duda merece una valoración positiva, inevitablemente surge la preocupación de que puedan darse supuestos prácticos en los que la conciencia de la antijuricidad, en relación con un determinado hecho, esté presente en un menor de, por ejemplo, 17 años y no lo esté (o, al menos, no de forma tan clara) en otro que tan solo tenga 14. Pues bien, estimamos que esta diferente percepción de lo ilícito, derivada del distinto grado de madurez mental del menor infractor, debe ser evaluada y solucionada con otras herramientas jurídicas que nuestro sistema penal articula al margen de la imputabilidad, fundamentalmente, con la institución

⁷⁰ MIR PUIG, S.: *Derecho penal...*, cit., p. 598.

⁷¹ En este sentido afirma CUELLO CONTRERAS que “La razón por la que existe un régimen penal especial para los menores de signo educativo obedece a que... por debajo de cierta edad... el menor y el joven son más enderezables que el adulto de mayor edad, razón por la cual merece la pena apostar por la reeducación” (CUELLO CONTRERAS, J.: “Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad...”, cit., p. 85).

del error (artículo 14 CP) y, en particular, a través del error de prohibición (apartado 3).

Esta institución penal, de aplicación en el Derecho penal de menores por declaración expresa de la *Disposición Final Primera* de la LORPM (que establece el carácter de norma supletoria del CP, en todo lo no previsto expresamente en ella), debe ser utilizada como criterio correctivo en todos aquellos casos en los que la inferior madurez mental del menor le haya impedido tener un conocimiento adecuado de lo ilícito de su comportamiento.

Si la situación de especialidad proviniera de que el menor entre 14 y 18 años presentara una significativa carencia de formación debido al padecimiento de una alteración en la percepción que le llevara a tener gravemente alterada la conciencia de la realidad jurídica, cabría invocar la eximente 3ª del artículo 20 del CP, en cuyo caso, por previsión expresa del art. 5.2 LORPM serán aplicables, en caso necesario, las medidas terapéuticas a las que se refiere el artículo 7.1, letras d) y e), de la misma.

9. ¿Debe la LORPM incorporar su propio catálogo de delitos para menores?

El artículo 1 de la LORPM establece que la misma será aplicable para exigir responsabilidad a las personas mayores de 14 años y menores de 18 por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o leyes penales especiales (recordar que, como se ha indicado, a partir del 1 de julio del presente año 2015, las faltas han desaparecido del CP español en virtud de la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo). Quiere decirse que, derivada de esta accesoriadad de la LORPM en lo que se refiere al catálogo de delitos de posible comisión por un menor, en principio, éste puede ser autor de cualquiera de las figuras delictivas descritas como tales en el conjunto de la normativa penal española. Sin embargo, la experiencia pone de relieve que las infracciones de los menores se circunscriben a unos determinados tipos penales (fundamentalmente, homicidio, lesiones, atentados contra la libertad sexual, hurto, robo, utilización ilegítima de vehículos de motor, daños y delitos contra la salud pública) e, incluso, que existen figuras de imposible ejecución por un menor, dada su incapacidad por edad para ocupar determinados puestos (por ej. todos los delitos cuyo sujeto activo debe ser un funcionario público, estrictamente considerado, dado que sólo cabe acceder a la función pública una vez cumplidos los 18 años)⁷². Con base en lo anterior, se ha propuesto la delimitación de una tipología propia de menores que evite el recurso al Derecho penal de adultos, lo que supondría la elaboración de un catálogo de infracciones que recoja las figuras penales de posible comisión por un menor y, contrariamente, excluya de su ámbito todos aquellos tipos que

⁷² Para un análisis sobre la naturaleza de las infracciones cometidas por menores, SERRANO MAÍLLO, A.: "Mayoría de edad penal en el Código de 1995 y delincuencia juvenil", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 5, UNED, Madrid, 1995, pp. 775 y ss.

los menores estén incapacitados para realizar o, incluso, que la práctica demuestre que no entran en su campo de delincuencia⁷³. Estimamos, sin embargo, que esta tipificación específica plantearía más problemas de los que podría resolver, puesto que fijar un catálogo cerrado de infracciones penales para los menores implicaría el riesgo de crear lagunas de responsabilidad ante hechos que, si en el pasado no eran objeto de ejecución por menores, en el futuro sí que podrían serlo. El sistema actual es adecuado y proporciona una gran seguridad jurídica, puesto que no deja ningún espacio para la impunidad dependiendo de cuál sea la clase de infracción cometida. Y si el menor comete o no determinada clase de delitos o, en su caso, puede o no cometerlos dependiendo de la caracterización del sujeto activo o, incluso, de determinados rasgos propios de la conducta, no es motivo para complicar innecesariamente esta cuestión con la elaboración de una tipología específica para menores, habida cuenta de que el infractor menor sólo va a responder criminalmente si, con todas las garantías, y sin espacio para la duda, se prueba que ha ejecutado un hecho criminal que se subsume en un concreto tipo penal del CP o de alguna ley especial. En realidad, poco importa que la figura delictiva esté recogida en el Derecho penal de adultos, pues lo único relevante es que el menor no responda conforme a éste, sino con arreglo a las reglas específicas que se han regulado legalmente para someterlo a un régimen punitivo especial.

10. Reflexiones finales

A la hora de regular la responsabilidad penal de los menores, los vigentes ordenamientos jurídicos de nuestro entorno suelen partir de la premisa común de que el menor que delinque debe recibir una respuesta penal distinta de la prevista para los adultos.

Prácticamente todos los países europeos han modificado su legislación para adecuarla a las recomendaciones de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa, abandonando progresivamente modelos tutelares o de protección y adoptando modelos de responsabilidad o de justicia, con una clara vocación preventivo especial, caracterizados por perseguir como objetivo prioritario el interés superior del menor y por establecer regímenes sancionatorios-educativos flexibles y garantistas. Partiendo de este mínimo común, cada sistema penal se configura de manera específica dando entrada a las particularidades propias del país y de su sistema jurídico. En lo que se advierten mayores diferencias es en el límite de edad en el que se considera que debe comenzar la responsabilidad penal del menor, asunto en el que no existe un criterio unánime⁷⁴.

⁷³ Sustentando esta tesis, PÉREZ MACHÍO, A. I.: *El tratamiento jurídico-penal...*, cit., pp. 25 y ss.

⁷⁴ La franja es muy amplia y oscila entre fijar ese límite en una edad muy temprana (Suiza, 7 años;

Desde que en 2001 entró en vigor la LORPM, España se sumó al descrito sistema europeo de exigencia de responsabilidad penal a los menores sustentado en la firme convicción político-criminal de que no pueden ser tratados igual que los adultos que delinquen, posibilitando así que los menores que cometen un hecho criminal puedan ser recuperados socialmente. Las sucesivas reformas operadas sobre la misma, sin embargo, han supuesto un progresivo alejamiento de esa filosofía, mediante la incorporación de un creciente endurecimiento punitivo que resulta más propio de un sistema represivo basado en un modelo de prevención general-seguridad ciudadana, que del inicialmente planteado, fundamentado en postulados de carácter preventivo-especiales y educativos⁷⁵. Ello no es sino un reflejo de la evolución que en general está sufriendo el Derecho penal español que, acentuando su tendencia expansiva, se va acercando peligrosamente al modelo del Derecho penal de la seguridad ciudadana o securitario, tal y como demuestran las reformas penales realizadas en nuestro país en los últimos años⁷⁶.

El gradual endurecimiento de la LORPM ha llevado a autores como CANO PAÑOS a afirmar que en el Derecho penal juvenil vigente actualmente en nuestro país coexisten dos modelos de características muy diferenciadas: uno, el original ideado por la LORPM, en el que predominaban los criterios educativos y resocializadores (que se mantiene únicamente para los casos de faltas, delitos imprudentes y delitos dolosos menos graves en los que no concurren determinados factores); y otro, radicalmente distinto, de naturaleza represiva e inculpativa, iniciado con la LO 7/2000 (que, entre otras reformas, aumentó los períodos de internamiento en régimen cerrado inicialmente previstos) y consolidado definitivamente a través de la LO 8/2006 (que amplió los supuestos en los que cabía imponer medidas de internamiento en régimen cerrado; aumentó la duración de las medidas; renunció definitivamente a aplicar la LORPM a los “jóvenes” de entre 18 y 21 años, etc.).

Escocia, 8 años; Inglaterra y Gales, 10 años; Turquía, 11 años) o no exigir responsabilidad penal hasta los 18 años tal y como hace Bélgica (aunque en algunos supuestos permite someter a un régimen penal a mayores de 16 años). En una vía intermedia, se sitúan el resto de países europeos, aunque entre los mismos también encontramos límites diversos (de menos a más edad para fijar ese límite): 12 años (Irlanda y Holanda); 13 años (Francia, Grecia y Estonia); 14 años (Alemania, Austria, Bulgaria, Croacia, Eslovenia, España, Georgia, Hungría, Italia, Lituania y Rumanía); 15 años (Dinamarca, Eslovaquia, Finlandia, Noruega, República Checa y Suecia); 16 años (Portugal).

Datos extraídos de la tabla recogida en OLMEDO GÓMEZ, J.: “¿Es necesaria la rebaja de la edad penal de los menores a los 12 años en nuestro país?”

(<http://www.prodeni.org/Justicia%20y%20menores/Art%20de%20Joaquin%20Olmedo%20sobre%20la%20rebaja%20de%20la%20edad%20penal%20de%20los%20menores%20a%20los%20doce%20a%C3%B1os.htm>)

⁷⁵ Para un exhaustivo análisis de los contenidos de las diferentes reformas, vid. BARQUÍN SANZ, J. y CANO PAÑOS, M. A. en MORILLAS CUEVA, L.; NÁQUIRA RIVEROS, J. (dir): “Los cambiantes principios del Derecho penal español de menores. Del interés superior del menor a la prevención general”, *Derecho penal de menores y adolescentes: una visión dual desde Chile y España*, Madrid, Dykinson, pp. 15 y ss.

⁷⁶ Sobre la problemática acerca de la expansión del Derecho penal vid. JIMÉNEZ DÍAZ, M. J.: “Sociedad del riesgo e intervención penal”, *RECPC* 16-08 (2014), 25 pp.

Según el autor citado, este segundo modelo más represivo, ha adquirido protagonismo en la medida en que se ocupa de los hechos delictivos más graves o, al menos, de los hechos delictivos cometidos por menores que más parecen preocupar a la sociedad («núcleo duro» de la delincuencia de los menores de edad). El mismo colisiona con los principios proclamados en su día por la Exposición de Motivos de la LORPM y constituye una tendencia que también se constata últimamente en otros países del entorno cultural europeo⁷⁷.

En definitiva, una normativa (la LORPM) que en un principio obtuvo una valoración muy positiva por sustentarse en una filosofía educativa y resocializadora ha ido contaminándose de forma progresiva de la hipertrofia represiva del Derecho penal de adultos sin ni siquiera esperar un tiempo prudencial que permitiera evaluar su eficacia práctica tras su entrada en vigor (recordemos que la misma se reformó antes de que dicha entrada en vigor tuviera lugar).

¿Dicha evolución represiva está relacionada un incremento de la delincuencia juvenil en España? Así pareció entenderlo el legislador cuando en la Exposición de Motivos de la LO 8/2006 reconocía de forma expresa, para justificar los cambios introducidos mediante la misma, que: “Las estadísticas revelan un aumento considerable de delitos cometidos por menores, lo que ha causado gran preocupación social y ha contribuido a desgastar la credibilidad de la Ley por la sensación de impunidad de las infracciones más cotidianas y frecuentemente cometidas por estos menores, como son los delitos y faltas patrimoniales. Junto a esto, debe reconocerse que, afortunadamente, no han aumentado significativamente los delitos de carácter violento, aunque los realmente acontecidos han tenido un fuerte impacto social”. Sin embargo, como advierte MONTERO HERNANZ “(M)alas fuentes de información tenía el legislador cuando hizo estas afirmaciones, pues los datos que en 2006 publicaba el Ministerio del Interior sobre la evolución de la criminalidad en España decían justo lo contrario: la delincuencia juvenil estaba disminuyendo y dentro de ella estaban aumentando los delitos violentos”⁷⁸.

Este autor destaca que, posiblemente por el tratamiento que los medios de comunicación han hecho de algunos delitos cometidos por menores, en la sociedad española ha calado la imagen de que la delincuencia juvenil está creciendo de forma rápida y sin control, siendo cada vez más el número de delitos cometidos y cada vez de mayor gravedad, y que de dicha situación se culpa a la LORPM a la que se achaca un tratamiento excesivamente “blando”⁷⁹. MORENO HERNANZ rechaza de forma absoluta esta afirmación, desmontando la falacia instalada en la conciencia social de que la actual “Ley del Menor” ofrece una respuesta demasiado blanda y lo hace demostrando que no es así mediante el análisis comparativo de la

⁷⁷ CANO PAÑOS, M. A.: “¿Supresión, mantenimiento o reformulación...”, *cit.*, pp. 32 y ss.

⁷⁸ MONTERO HERNANZ, T.: “La delincuencia juvenil en España en datos”, *Quadernos de criminología: revista de criminología y ciencias forenses*, nº 9, 2010, p. 15.

⁷⁹ *Ibid.* cit.

respuesta legal que un mismo hecho grave (homicidio) hubiera recibido con la anterior regulación y la que recibe en el momento actual⁸⁰.

HUETE NOGUERAS, Fiscal de Sala y Coordinador de Menores en la Fiscalía General del Estado, afirmó a finales de abril del presente 2015 en un periódico de carácter nacional, que “las cifras de criminalidad asociadas a los menores de edad están estabilizadas, no están aumentando y no son superiores a las de otros países de nuestro entorno”. Partiendo de que el delito, como comportamiento desadaptado, nunca podrá ser completamente erradicado ni entre los adultos ni entre los menores y que, por tanto, el Derecho penal y el Derecho penal juvenil siempre serán necesarios, se pronuncia a favor de que este último debe ser empleado como *ultima ratio*, potenciando la finalidad de reinserción de los menores porque éstos disponen de más posibilidades de ser recuperados para la sociedad.

No podemos estar más de acuerdo con HUETE NOGUERAS en que es necesaria la reflexión, evaluación y estudio como *prius* a la introducción de cualquier modificación en una cuestión tan trascendental como es la del tratamiento penal del menor, de forma que en el Derecho penal juvenil, las reformas deben restringirse a los supuestos estrictamente necesarios y deben acometerse con sosiego y tras un intenso estudio y trabajo de campo bien documentado que evalúe el impacto de las medidas aplicadas, lo que implica que la alarma generada por hechos aislados no puede convertirse en elemento determinante para acometerlas⁸¹.

Partiendo de que la anterior forma de proceder es la correcta para afrontar posibles nuevas modificaciones de la LORPM, corresponde ahora dedicar unas breves reflexiones a la propuesta efectuada por algunos sectores consistente en rebajar el límite mínimo de 14 años para exigir responsabilidad penal.

Supra se ha constatado que España ha fijado idéntico límite mínimo que un alto número de países de nuestro entorno (Alemania, Austria Italia, ...). Ciertamente es que algunos lo sitúan por debajo, pero también lo es que hay otros que lo establecen por encima⁸². Luego si nos guiamos por la comparativa con otras legislaciones, la española se ha decantado por la opción seguida mayoritariamente, quedando en una franja intermedia que no puede ser criticada ni porque someta a los niños demasiado pronto al régimen penal ni tampoco porque se exceda de permisiva al esperar demasiado para hacerlo. También se ha tratado de justificar con anterioridad que, desde un punto de vista formativo, los 14 años son una edad adecuada para fijar el inicio de la responsabilidad criminal.

Si el límite mínimo de 14 años acogido por la LORPM se sitúa en la media de los países europeos y desde el punto de vista formativo se trata de una edad

⁸⁰ *Ibid.* cit., pp. 16 a 18.

⁸¹ Vid. HUETE NOGUERAS J. J.: “Ante la delincuencia juvenil” (<http://www.elmundo.es/opinion/2015/04/26/553d2db4268e3e6f7c8b457c.html>)

⁸² Vid. nota 74.

razonable para hacer al menor responsable penal de sus actos, ¿por qué se plantea rebajar dicho límite?

Afortunadamente, los crímenes graves cometidos por menores de 14 años son infrecuentes. Es cierto que, esporádicamente, niños de 13 años (por ej., el caso reciente del “agresor de la ballesta” planteado al inicio del trabajo) o incluso de menos edad (por ej. los dos “niños asesinos” de Liverpool tenían 10 años) ejecutan delitos horribles, pero ello no justifica que con base en actos aislados y, repetidos, infrecuentes, se generalice la exigencia de responsabilidad penal a los niños por debajo de una edad que se estima adecuada. Porque supongamos que el legislador español adopta la decisión de que debe rebajarse, por ejemplo a 12 años, la edad para ser responsable penal y que con posterioridad a la reforma que incorpora este cambio, varios menores de 11 años matan de forma cruel a un compañero de pandilla. ¿Debe plantearse entonces una nueva rebaja en la edad para ser responsable penal? Imaginemos que nuevamente se reforma la Ley para establecer otra rebaja hasta los 11 años y que, pasado un tiempo, es un niño de 9 años el que mata a su madre. ¿Volvemos a modificar la LORPM para disminuirla otra vez? ¿Dónde se sitúa el tope que no se debe rebasar?

Es cierto que, como inicialmente se dijo, el debate se reabre periódicamente y, sin duda, ello contribuye a la evaluación del sistema de justicia juvenil, al esclarecimiento del estado de la cuestión y a la progresiva adopción de cambios que, apareciendo como absolutamente necesarios, deben redundar en la mejora del funcionamiento del sistema en su conjunto. Pero lo que no es admisible es que, de forma recurrente, se cuestionen determinados extremos (así, el límite mínimo para ser responsable penal) que son correctos desde un punto de vista técnico y cuya aceptación implicaría cuestionar asimismo un principio que constituye el leitmotiv de los instrumentos internacionales en materia de menores y la piedra angular del sistema de justicia juvenil instaurado por la LORPM: el interés superior del menor. Y precisamente, persiguiendo ese interés superior del menor, lo que el legislador español debe hacer es buscar un adecuado tratamiento jurídico, fuera del ámbito penal, para el menor de 14 años que delinque. ¿El que tenemos en la actualidad lo es? ¿La reciente reforma que ha modificado el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia le ha afectado? Las respuestas a este doble interrogante quedan pendientes para una futura reflexión.