

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Penal



LA MINORÍA DE EDAD PENAL

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Rosa Ventas Sastre

Bajo la dirección del doctor

Manuel Cobo del Rosal

Madrid, 2002

ISBN: 84-669-2330-6

1. PRECEDENTES HISTÓRICOS DEL MOVIMIENTO DE CODIFICACIÓN PENAL EN ESPAÑA¹. LA MINORÍA DE EDAD²

¹ En general, sobre el proceso de codificación penal en España, véase: ALONSO MARTINEZ, M.: “Reformas legislativas que demandan con urgencia nuestra patria”, discurso leído por el Excmo. Sr. Alonso Martínez, Ministro de Gracia y Justicia, en la solemne apertura de los Tribunales, celebrada el 15 de septiembre de 1881, en *RGLJ*, t. LIX, Madrid, 1881, pp. 188-205; ANTON ONECA, J.: *Derecho penal*, 2º ed., anotada y corregida por HERNANDEZ GUIJARRO, J. J. y BENEYTEZ MERINO, L., Madrid, 1986, pp. 68 y ss.; CASABO RUIZ, J. R.: “Los orígenes de la Codificación penal en España: el plan de Código criminal de 1787”, en *ADPCP*, t. XXII, fasc. II, 1969, pp. 313-342; CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho penal español. Parte general*, t. I, 3º ed., Madrid, 1985, pp. 100 y ss.; CUELLO CALON, E.: *Derecho penal. Parte general*, revisado y puesto al día por CAMARGO HERNANDEZ, vol. I, 18º ed., Barcelona, 1980, pp. 148 y ss.; CUELLO CONTRERAS, J.: *El Derecho penal español. Curso de iniciación. Parte general*, vol. I, Madrid, 1993, pp. 246 y ss.; Del ROSAL, J.: *Principios de Derecho penal español*, t. I, Valladolid, 1945, pp. 390 y ss. Del mismo: *Acerca de un supuesto Código penal del siglo XVII*, en *RGLJ*, t. V, Madrid, 1943, pp. 614-644. Del mismo: *Tratado de Derecho penal español. Parte general*, vol. I, Madrid, 1968, pp. 195 y ss.; DU BOYS, A.: *Historia del Derecho penal de España*, traducida al castellano, anotada y adicionada por VICENTE y CARAVANTES, Madrid, 1872, pp. 545 y ss.; LASSO GAITE, F.: *Crónica de la Codificación española*, vol. I y II, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Madrid, 1970; GONZALEZ MIRANDA y PIZARRO, J.: *Historia de la Codificación penal española y crítica del Código vigente*, Tesis inédita, Madrid, s./f.; GUTIERREZ FERNANDEZ, B.: *Examen histórico del Derecho penal*, Madrid, 1886; JIMENEZ De ASUA, L.: *Tratado de Derecho penal*, t. I, 3º ed., Buenos Aires, 1964, pp. 755 y ss.; LALINDE ABADIA, J.: *Iniciación histórica al Derecho español*, Barcelona, 1970, pp. 243-244; LOPEZ BARJA De QUIROGA, J./RODRIGUEZ RAMOS, L./RUIZ De CORDEJUELA, L.: *Códigos penales españoles*, Madrid, 1987; LOPEZ-REY y ARROJO, M.: “Criterios y perspectivas de la Codificación penal”, en *ADPCP*, t. XXXII, fasc. III, 1979, pp. 551-565; MONTES, J.: *Derecho penal español. Parte general*, vol. I, Madrid, 1917, pp. 106 y ss.; PUIG PEÑA, F.: *Derecho penal*, t. I, Barcelona, 1944, pp. 34 y ss.; QUINTERO OLIVARES, G.: *Curso de Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1996, pp. 217 y ss.; RODRIGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho penal español. Parte general*, 10º ed., revisada y puesta al día por SERRANO GOMEZ, A., Madrid, 1986, pp. 93 y ss.; SAINZ CANTERO, J. A.: *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, t. I, Barcelona, 1981, pp. 215 y ss.; TOMAS y VALIENTE, F.: *El Derecho penal de la Monarquía Absoluta, (siglos XVI-XVII-XVIII)*, 2º ed., Madrid, 1992; VALDES RUBIO, J. M.: *Derecho penal. Su Filosofía, Historia, Legislación y Jurisprudencia*, t. II, cuaderno 1º, Madrid, 1890, pp. 212 y ss.; VICENTE Y CARAVANTES, J.: *Historia del Derecho penal de España*, Madrid, 1872, pp. 545 y ss.; VON LISZT, F.: *Tratado de Derecho penal*, traducido de la 18º edición alemana y adicionado con la historia del Derecho penal en España por SALDAÑA, Q., vol. I, 3º ed., Madrid, s./f., pp. 442 y ss.

² En materia de delincuencia infantil y juvenil, el antiguo Derecho penal español anterior a la Codificación puede verse en CUELLO CALON, E.: *Criminalidad infantil y juvenil*, cit., pp. 87 y ss. Del mismo: “La infancia delincuente y abandonada en la antigua legislación penal española”, en *Revista Penitenciaria*, año II, t. II, Madrid, 1905, pp. 741 y ss., cuyo contenido coincide con el anterior trabajo.

TOMAS y VALIENTE identifica y equipara en nuestro país el Derecho penal de la Monarquía Absoluta con el Derecho penal de la Edad Moderna, extendiéndose este periodo desde finales del siglo XV (reinado de los Reyes Católicos) hasta los comienzos del XIX. En materia legislativa, esta época se caracteriza por las Recopilaciones³, que comienzan a mediados del siglo XV y subsisten hasta las Cortes de Cádiz de 1812⁴.

En líneas generales, el Derecho penal medieval estaba formado por un conjunto de normas y costumbres ordenadas sin el menor rigor científico. Esta normativa fue recogida en la época de Alfonso X El Sabio en los *Fueros y Las Partidas*⁵. Posteriormente, durante los reinados de Felipe II y Carlos IV se ordena y recopila todo el Derecho penal, aunque no de manera sistemática, en *La Nueva Recopilación* y en *La Novísima Recopilación*⁶, respectivamente⁷.

³ El cometido de la Recopilación consistía en un intento de reunir, aunque con escasa fortuna, toda la legislación penal de una forma ordenada. Como resultado de esta labor aparecieron los siguientes Cuerpos legales: Las *Ordenanzas Reales*; las *Leyes de Toro*; y las *Recopilaciones Nueva y Novísima*. Cfr. MONTES, J.: *Derecho penal español*, cit., p. 104.

⁴ Cfr. TOMAS y VALIENTE, F.: *El Derecho penal de la Monarquía Absoluta*, cit., p. 13.

⁵ Como daremos noticia más adelante, ya en las *Partidas*, así como en el *Libro de Tortosa*, se contempla la menor edad como una causa de exención o atenuación de la responsabilidad criminal. Por consiguiente, independientemente del momento histórico, para la minoría de edad penal siempre se ha reconocido legalmente una menor responsabilidad.

⁶ En la *Novísima Recopilación* (Libro XII) también se regula una atenuación en la aplicación de las penas hasta los doce, diecisiete o veinte años, según los casos. Cfr. RIOS MARTIN, J. C.: *El menor infractor ante la Ley penal*, Granada, 1993, p. 76.

⁷ Para un estudio de estos Cuerpos legales, cfr. ALVAREZ MARTINEZ, C.: *Nociones fundamentales del Derecho*, Madrid, 1855, pp. 97-108; Del ROSAL, J.: *Tratado de Derecho penal*

Como ha expuesto CUELLO CALON⁸, nuestra legislación penal anterior a las *Partidas* carece de una doctrina orgánica sobre la situación legal del niño y del joven infractor. Tanto en el *Fuero Juzgo* como en el *Fuero Viejo de Castilla*, en el *Fuero Real de España* como en los *Fueros municipales*, sólo existían disposiciones fragmentarias y aisladas relativas a la infancia. Generalmente, su objeto consistía en la protección de los niños en la primera edad y la regulación del derecho paterno de educación que, en algunos casos, se limitaba muy racionalmente, mientras que en otros se concedía una excesiva amplitud⁹. Sólo, de cuando en cuando, aparecen en Leyes y Fueros algunos preceptos relativos a la delincuencia juvenil, pero, únicamente, en función de los concretos delitos determinados en el Texto legal, sin llegar a constituir una doctrina aplicable con carácter genérico.

En cuanto a las *Partidas*, paradigma de la recepción del Derecho romano, la doctrina científica ha coincidido en elogios. Para PACHECO¹⁰, se trata de una “obra

español, vol. I, cit., pp. 169 y ss.; MONTES, J: *Derecho penal español*, cit., p. 104 y ss.; PESSINA, E.: *Elementos de Derecho penal*, traducción del italiano por GONZALEZ Del CASTILLO, H., prologado y adicionado con arreglo al Derecho español de entonces por ARAMBURU y ZULOAGA, F., anotada conforme a la legislación vigente y adicionada con las doctrinas científicas modernas por CUELLO CALON, E., 4º ed., Madrid, 1936, pp. 144 y ss.

⁸ Cfr. CUELLO CALON, E.: *Criminalidad infantil y juvenil*, cit., p. 87. Del mismo: “La infancia delincuente y abandonada en la antigua legislación penal española”, cit., p. 741.

⁹ En sentido parecido ha señalado SANCHEZ OBREGON, L.: *Menores infractores y Derecho penal*, Méjico, 1995, p. 9, que en los Fueros las referencias al trato de los menores se limitaban, principalmente, a la regulación del derecho paterno y escolar de corrección.

maestra de la ciencia legislativa”; sin embargo, matiza que la séptima Partida, que es la concerniente al Derecho penal, “está en un grado muy inferior” respecto de las otras seis. Para los tratadistas JIMÉNEZ De ASUA y ANTON ONECA, son representativas “de un esfuerzo por la unidad legislativa”¹¹ y, en palabras de ALVAREZ MARTÍNEZ, “verificaron un cambio profundo, una revolución radical en la legislación y en la jurisprudencia española”¹².

Respecto de la materia objeto de nuestro estudio, ya, por fin, en las *Partidas* se recoge una doctrina completa sobre la punibilidad de los menores infractores¹³ y se establece una ordenación sistemática¹⁴, distinguiendo tres límites de edad penal: 1. Para los delitos de carácter sexual, “*en razón de luxuria*”, irresponsabilidad hasta los catorce años para los varones y doce para las hembras; 2. Para el resto de los delitos, (homicidio, hurto y otros semejantes) irresponsabilidad, sin distinción de sexos, hasta los diez años y medio. Consecuentemente, los menores de dichas edades no eran responsables y, por tanto, no sufrían castigo alguno, pues les excusaba “*la*

¹⁰ Cfr. PACHECO, J. F.: *El Código penal concordado y comentado*, t. I, 5º ed., Madrid, 1881, p. XLIII.

¹¹ Cfr. JIMENEZ De ASUA, L./ANTON ONECA, J.: *Derecho penal conforme al Código penal de 1928. Parte general*, t. I, Madrid, 1929, p. 39.

¹² Cfr. ALVAREZ MARTINEZ, C.: *Nociones fundamentales del Derecho*, cit., p. 104. Destaca también este autor la celebridad de estas Leyes en su artículo: “De la necesidad de reformar las Leyes penales”, en *RGLJ*, t. LIII, Madrid, 1878, p. 218.

¹³ Cfr. CUELLO CALON, E.: “La infancia delincuente y abandonada en la antigua legislación penal española”, cit., p. 743.

mengua de edad y de sentido”¹⁵; y, por último, 3. Desde los diez años y medio hasta los diecisiete se estimaba causa de atenuación de la pena¹⁶.

Así, pues, el compilador de las *Partidas* fijaba un periodo de absoluta inimputabilidad para el menor; periodo que, en lugar de ser siempre inflexible y fijo, variaba según la naturaleza de los delitos, siendo el límite de edad más bajo en los delitos contra la propiedad y las personas, y más alto, llegando incluso hasta la pubertad, en los delitos de carácter sexual. Y ello, posiblemente, por la creencia de que en los delitos de lujuria el menor obraba más por instinto que por inteligencia.

Pese a que las *Partidas* han sido consideradas por los autores de la época un Cuerpo legal considerablemente avanzado; sin embargo, como veremos seguidamente, a la hora de fijar los límites de la menor edad penal no fueron tomadas en consideración, ni por el legislador del Código de 1822, ni por los legisladores de los Textos penales subsiguientes.

¹⁴ En el mismo sentido, ha señalado SANCHEZ OBREGON, L.: *Menores infractores y Derecho penal*, cit., p. 10, que es con *Las Partidas* cuando aparece una orientación sistemática del tratamiento de los menores infractores.

¹⁵ Cfr. CUELLO CALON, E.: “La infancia delincuente y abandonada en la antigua legislación penal española”, cit., p. 744.

¹⁶ *Vid.* Ley IV, Tít. XIX, Partida VI; Ley VII, Tít. XXXI, Partida VII; Ley IX, Tít. I, Partida VII. Cfr. CARRARA, F.: *Programa del curso de Derecho criminal. Parte general*, traducido de la 10ª edición italiana por la redacción de la RGLJ, adicionada con el Derecho penal moderno y español por JIMENEZ De ASUA, L., t. I, vol. I, 2º ed., Madrid, 1925, p. 543.

A los límites de edad establecidos en las *Partidas* se ha referido TOMAS Y VALIENTE¹⁷ recordando los comentarios que, sobre este extremo, efectuó el glosador Gregorio López, precisando que la distinción de diez años y medio para los varones y nueve para las hembras regía únicamente para el Derecho común, pero no para las *Leyes de Partidas* que, como ya hemos apuntado, fijaban el límite de menor edad para todos los delitos, excepto el de lujuria, en diez años y medio, sin distinción de sexo, y sobre la presunción de que por debajo de esas edades el impúber no tenía capacidad de dolo¹⁸, salvo que el Juez, en algún supuesto, estimase que sí concurría, en cuyo caso podía castigarle arbitrariamente. Respecto al límite de diecisiete años, advierte el citado historiador, basándose en el estudio de Alonso De Villadiego, que en la práctica se ampliaba; así, pues, al mayor de dicha edad y menor de veinticinco, el Juez, a pesar de no existir precepto legal que lo autorizase,

¹⁷ Cfr. TOMAS y VALIENTE, F.: *El Derecho penal de la Monarquía Absoluta*, cit., pp. 340 y 341.

¹⁸ Por debajo de los diez años y medio el menor era equiparado al loco y al desmemoriado. Cfr. RIAZA, R.: “Derecho penal de las Partidas”, en *Trabajos del Seminario de Derecho penal*, dirigidos por JIMENEZ De ASUA, L., t. I, curso 1916-1917, Madrid, 1922, pp. 25 y 26. Esto evidencia un absoluto desconocimiento de las Ciencias Psiquiátrica y Psicológica en aquel concreto periodo histórico, pues en el caso del loco será el análisis de la enfermedad, que condicionó su personalidad, lo que determine su falta de elección entre lo justo e injusto, por tener perturbadas las facultades de entendimiento (inteligencia) y voluntad. En este sentido, han señalado acertadamente GRACIA MARTIN, L./BOLDOVA PASAMAR, M. A./ALASTUEY DOBON, M. C.: *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, 1998, p. 351, que “no se puede situar siempre y en todo caso a un mismo nivel (inimputabilidad), como hasta ahora ha hecho nuestra legislación penal, a quien sufre una anomalía o alteración psíquica, una intoxicación plena o un síndrome de abstinencia y al menor. El loco, deficiente mental, el toxicómano o el ebrio carecen de capacidad para comprender el carácter ilícito de su conducta y de obrar conforme a esa comprensión (...). Un menor de quince años, por ejemplo, puede comprender que obra ilícitamente y adecuar su conducta a tal comprensión, es decir, puede ser responsable, pero al tratarse de un menor, dicha responsabilidad ha de dar lugar a un régimen de penas propias de su edad (de contenido educativo) y, en ningún caso, equiparables a las penas de los adultos”.

solía aminorar la pena ordinaria; práctica que se mantuvo vigente en el siglo XVIII¹⁹.

Continúa el ilustre jurista e historiador de Derecho²⁰ exponiendo los nuevos límites de edad para determinados delitos. Así, en 1552 una Pragmática del Príncipe Felipe y Doña Juana imponía cuatro años de galeras al ladrón mayor de veinte años, y pena menor al que no llegase a esa edad. Uno años después, Felipe II aumentaba el número de años de galeras a seis, y reducía la edad tope a diecisiete, tanto para los ladrones como para los rufianes. Con mayor severidad, incluso, en 1624 Felipe IV impuso la pena de muerte y confiscación de bienes por la saca de moneda de plata del reino y entrada en él de la de vellón, precisando que tal pena no quedaba excluida por menor edad.

En resumen, podemos concluir que en la legislación a la sazón reinante, el límite máximo de edad penal oscilaba entre los diecisiete y veinte años, respetando siempre, como tope mínimo, los diez años y medio; límites que, curiosamente, serán superiores a los fijados por los Códigos penales españoles del siglo XIX.

¹⁹ En contra de tal atenuación se manifestó Feijóo, por considerar que entre los dieciocho y veinticinco años es “más furiosa la concupiscencia y más violenta la ira”, razón por la cual ha de ser “más fuerte la mano en el uso de la rienda”, a fin de corregir y detener esas pasiones en edad tan crítica. Cfr. TOMAS y VALIENTE, F.: *El Derecho penal de la Monarquía Absoluta*, cit., p. 341.

²⁰ *Ibidem*, p. 341.

El arbitrio judicial, nota característica de la Justicia penal de la Monarquía Absoluta, también se dejó sentir en los menores. Parece ser que, en general, los jueces respetaban en sus sentencias los límites de edad establecidos en las Leyes, si bien, como éstos no eran lo suficientemente concretos, la interpretación judicial estuvo sujeta a un notable margen de elasticidad. Así, pues, había ocasiones en las que no se expresaba la edad concreta de los reos a los que en autos se calificaba de “menores”. A título de ejemplo, en 1766 el juez de comisión enviado por el Consejo Real a San Ildefonso para “la averiguación y castigo” de los autores de un delito de públicas injurias, después de imponer en la sentencia diversas penas a cinco reos, indica que no condena a otro de ellos “por ser de muy corta edad”. En 1687, en Osuna, un muchacho de diecinueve años acusado de matar a un hombre, en autos es denominado “menor”; sin embargo, el Fiscal en su acusación deja sentado que “la menor edad de dicho reo no le puede relevar de la pena ordinaria del delito, por cuanto es muy capaz y de muy grande entendimiento, y en quien concurren las calidades que por Derecho se requieren para que se le deba imponer la dicha pena”. Otro ejemplo, que refleja el amplio arbitrio concedido a los jueces, es el caso relatado por el jesuita Padre González en carta, de 15 de septiembre de 1643, dirigida al Padre Pereira, donde se constata que teniendo el reo más de diecisiete años y menos de veinticinco, podía ser condenado a muerte si el arbitrio judicial no consideraba justo disminuirle la pena ordinaria²¹.

²¹ La narración de estas causas se encuentran recogidas con mayor amplitud en TOMAS y VALIENTE, F.: *El Derecho penal de la Monarquía Absoluta*, cit., pp. 341-343.

La falta de interés y el exceso de crueldad para con la delincuencia juvenil, que caracteriza a los siglos XVI al XVIII, nace con el deseo de extirpar “la extensa turba de rufianes, fulleros, gitanos y valientes, de nuestra hampa”²². Los mismos procedimientos, jurisdicciones y regímenes de tratamiento en castigos corporales, cárceles o galeras, se aplicaban tanto al adulto como al menor, tan sólo, una más corta duración de la pena beneficiaba al último; pero aun contra dicha atenuación se elevaban protestas²³.

Como paradigma de la severidad con que eran tratados los infractores jóvenes a finales del siglo XVIII, cabe citar la Pragmática de 23 de febrero de 1734, mandada promulgar por Felipe V²⁴ y publicada dos días después, por la que se imponía la pena de muerte a los mayores de diecisiete años que les fuere probado haber robado en la Corte y en las cinco leguas de su Rastro y Distrito, “ya sea entrando en las casas, o acometiéndole en las calles, o caminos, ya con armas, o sin ellas, solo, o acompañado, y aunque no se siga herida, o muerte en la ejecución del delito (...) y sin arbitrio para templar, ni conmutar esta pena en alguna otra más suave y

²² Cfr. GUALLART y LOPEZ De GOICOECHEA, J.: *El Derecho penal de los menores. Los Tribunales para niños*, Zaragoza, 1925, p. 76.

²³ *Ibidem*, p. 77.

²⁴ El duro tratamiento dispensado a los menores infractores en la época del Felipe V se verá mitigado, posteriormente, con Carlos III, momento en el que se inicia el tratamiento educativo de los menores infractores o abandonados. Cfr. LALINDE ABADIA, J.: *Iniciación histórica al Derecho español*, cit., p. 528

benigna”²⁵. Para los sujetos mayores de quince años que no hubiesen alcanzado aún la edad de diecisiete, se establecía una atenuación, sustituyendo la pena capital por un castigo, no menos insufrible, de doscientos azotes y diez años de galeras. Así, pues, esta Pragmática distinguía dos edades respecto de la pena a aplicar. Según el estudio realizado por GARCÍA VALDÉS²⁶, el Consejo de Castilla no llegó a aplicar esta severa Pragmática, que gozaba de escasa popularidad entre los Tribunales de Justicia.

A grandes rasgos, en la larga serie de *Leyes, Ordenanzas, Cédulas o Pragmáticas* de carácter penal que siguieron a las *Leyes de Partidas*, hasta el primer Código penal de 1822²⁷, las referentes a la infancia tenían por finalidad exceptuar o atenuar las crueles penas destinadas a la erradicación de la vagancia y la criminalidad. Conviene resaltar, a este respecto, que la falta de interés y el exceso de crueldad en el

²⁵ Sobre la Pragmática sanción de 23 de febrero de 1734, cfr. CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES: *El libro de las Leyes del siglo XVIII*, t. I, Madrid, 1996, pp. 294 y 295. Esta disposición también ha sido comentada por GARCIA VALDES, C.: *La teoría de la pena*, 3º ed., 1987, p. 40; ANTON ONECA, J.: “El Derecho penal de la Ilustración y D. Manuel de Lardizábal”, estudio preliminar al “Discurso sobre las penas contraído a las Leyes criminales de España para facilitar su reforma”, en *REP*, núm. 174, 1966, p. 601; CASABO RUIZ, J. R.: “Los orígenes de la Codificación penal en España”, cit., p. 315; LASSO GAITE, F.: *Crónica de la Codificación española*, vol. I, cit., p. 20; TOMAS y VALIENTE, F.: *El Derecho penal de la Monarquía Absoluta*, cit., p. 253, donde advierte la posibilidad de que en Madrid se lograra reprimir, en parte, la delincuencia a partir de la severa legislación de 1734; pero, sólo, por la preferencia del ladrón profesional de realizar su delito en otra ciudad que no fuese la Corte. Existía, por consiguiente, una manifiesta discriminación de trato entre el régimen imperante en Madrid y el regulado en el resto de la Corte.

²⁶ Cfr. GARCIA VALDES, C.: *La teoría de la pena*, cit., p. 41.

tratamiento de la juventud infractora no será un fenómeno exclusivo de nuestro país²⁸.

Es preciso insistir, aún a riesgo de reiterar la múltiples críticas vertidas por los más ilustres pensadores de la época²⁹ y por la doctrina científica actual, que la vieja legislación criminal del Antiguo Régimen imponía penas crueles³⁰, arbitrarias, desproporcionadas a la gravedad del delito cometido, y cuyo fin no era otro más que

²⁷ Para un completo estudio de este periodo histórico, en lo que respecta a la materia objeto de investigación, cfr. CUELLO CALON, E.: “La infancia delincuente y abandonada en la antigua legislación penal española”, cit., pp. 741-753.

²⁸ *Ibidem*, p. 748.

²⁹ Los más insignes pensadores de la época adoptaron una actitud de reacción ante la extrema crueldad de las penas, entre las que ocupaba un destacado lugar la pena capital, y ante el uso arbitrario del poder punitivo otorgado por la Justicia del Antiguo Régimen. En este sentido, reivindicaron, frente a los excesos precedentes, una mayor proporción y racionalidad en la respuesta penal. Entre nuestros comentaristas, podemos destacar un fragmento de la exposición de Pacheco, en la que refleja el estado de nuestra antigua legislación con las siguientes palabras gráficas: “La doctrina de Savigny, la doctrina histórica, ha dominado, pues, por seis siglos nuestra sociedad. Y las consecuencias que esa doctrina tuvo por entonces, no pudieron ser más desgraciadas”. Cfr. PACHECO, J. F.: *El Código penal concordado y comentado*, cit., p. XLV. Como expresión del sentir unánime de la doctrina, PESSINA denunció la precariedad de la Justicia penal de principios del siglo XVIII, afirmando que “presentaba en Europa el más triste espectáculo: incertidumbre y confusión en las Leyes y en su interpretación, excesivo rigor y atrocidad en la penalidad, exagerada incriminación, conculcación de todo derecho de la personalidad humana en los juicios penales. Los abusos habían llegado a su más alto grado, porque cada siglo había ido amontonando el funesto patrimonio que había heredado de los anteriores”. Cfr. PESSINA, E.: *Elementos de Derecho penal*, cit., p. 124.

³⁰ A título de ejemplo: la horca; los azotes; el tormento; la confiscación de bienes; o la trascendencia penal a la familia del culpable. Estas penas estuvieron en vigor en España hasta la instauración del Estado constitucional en 1812. Cfr. PACHECO, J. F.: *El Código penal concordado y comentado*, cit., p. XLV. En sentido semejante, cfr. SALDAÑA, Q., en adiciones a la obra de VON LISZT, F.: *Tratado de Derecho penal*, cit., p. 468; LASSO GAITE, F.: *Crónica de la Codificación española*, vol. I, cit., p. 37, donde se precisa que el tormento fue proscrito por las Cortes de Cádiz mediante Decreto de 22 de abril de 1811. Por consiguiente, podemos concluir, en el mismo sentido que el expresado por DIAZ ROCA, R.: *Derecho penal general*, Madrid, 1996, p. 36, que con las Cortes de Cádiz (1810-1814) se llegó a una humanización y modernización del Derecho penal.

la venganza y la intimidación, o prevención general, vulnerando, de este modo, las garantías individuales de los justiciables, quienes quedaban ante una lamentable situación de indefensión.

En suma, nuestra antigua Justicia penal adolecía de graves vicios y excesos que sólo podían ser subsanados con una profunda y urgente reforma³¹. Además, las distintas necesidades penales y sociales del momento ya no quedaban cubiertas con una obsoleta normativa que encontraba su razón de ser en costumbres y necesidades que habían dejado de tener vigencia por el transcurso del tiempo, ni con draconianas disposiciones legales recogidas sin criterio orgánico. En consecuencia, se hacía patente e inaplazable la necesidad de reunir en una Ley sistemática toda una rama del Derecho, o una parte importante de ella, que representase una unidad armónica³².

El movimiento de reforma³³ extendido por toda Europa a finales del siglo XVIII³⁴ y principios del XIX, como consecuencia del espíritu humanitario³⁵ y utilitarista³⁶ de

³¹ Una crítica a nuestra antigua legislación penal, en defensa de una profunda reforma, en DU BOYS, A.: *Historia del Derecho penal de España*, cit., p. 549.

³² Sobre este particular, cfr. SALDAÑA, Q., en adiciones a la obra de VON LISZT, F.: *Tratado de Derecho penal*, cit., p. 335, donde, con los siguientes términos, pone de manifiesto la obligada necesidad de reunir toda la legislación dispersa en un Código penal: “al finalizar el siglo XVII, en los nuevos esplendores del reinado de Carlos III, y a principios del siglo XVIII, se siente aún más vivamente la falta de un buen Código criminal”. Para un estudio de las diferencias entre Recopilación y Codificación, véase MONTES, J: *Derecho penal español*, cit., p. 105.

³³ La corriente penal reformista y la necesidad de una codificación penal encuentran eco en el Estado constitucional español de 1812. En palabras de Quintiliano Saldaña “la influencia de la Enciclopedia y la acción del pensamiento de Beccaria, coinciden, en los comienzos del siglo, con

la Ilustración³⁷, cuyo pensamiento quedó simbolizado en BECCARIA, hacía sentir la necesidad urgente de reformar nuestras Leyes penales a través de la Codificación³⁸.

nuestra Restauración política nacional, cuya primera manifestación es la Constitución de Cádiz de 1812”. Cfr. SALDAÑA, Q., en adiciones a la obra de VON LISZT, F.: *Tratado de Derecho penal*, cit., p. 468.

³⁴ Advierte PESSINA que es, precisamente, en el siglo XVIII cuando “la personalidad humana se levanta a pedir cuenta a la sociedad de la razón de ser de la pena, poniendo en tela de juicio la legitimidad de la acción social sobre los derechos del individuo y examinando si se tiene o no fundamento legítimo la institución social de la punición”. Cfr. PESSINA, E.: *Elementos de Derecho penal*, cit., p. 125. En este mismo sentido, el discurso pronunciado por Meléndez Valdés en 1791, con motivo de la inauguración de la Audiencia de Cáceres, puso de relieve la necesidad de que en el siglo XVIII se comenzase a impartir una correcta administración de Justicia. Cfr. TOMAS y VALIENTE, F.: *El Derecho penal de la Monarquía Absoluta*, cit., p. 365.

³⁵ Subraya Tomás y Valiente como la mejor política penal propuesta por los ilustrados, la pretendida humanización del Derecho penal, en el doble sentido de secularizarlo, alejándolo de consideraciones y propósitos pseudo-religiosos que, tan sólo, habían servido para endurecerlo, y en el de suavización del trato procesal y penal dispensado al reo. Cfr. TOMAS y VALIENTE, F.: *El Derecho penal de la Monarquía Absoluta*, cit., p. 408.

³⁶ Los postulados fundamentales del principio utilitarista, cuyo más genuino representante es Bentham, son la felicidad pública y la utilidad general, como presupuestos irrenunciables en toda legislación penal. Un interesante estudio sobre Bentham, en MORESO, J. J.: *La teoría del Derecho de Bentham*, Barcelona, 1992.

³⁷ En general, sobre los fines de la pena en el pensamiento ilustrado, cfr. ANTON ONECA, J.: “Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración”, en *REP*, núm. 166, Madrid, julio-septiembre 1964, pp. 415-427. El filósofo enciclopedista francés que más influyó en el reformismo defendido por los penalistas ilustrados fue Montesquieu, cuya línea de pensamiento se centró, fundamentalmente: en el principio de división de poderes; en la independencia del poder judicial; en la proporcionalidad de las penas; y, en la prevención del delito. Otro insigne filósofo francés, Voltaire, abogó por la eliminación del arbitrio judicial en defensa del principio de legalidad, así como por la proporcionalidad y utilidad de las penas. El más joven de los enciclopedistas franceses, Rousseau, acusó a la desorganización del Estado, y a una errónea estructuración del pacto social de ser la causa del crimen. En síntesis, las ideas fundamentales de la época de las Luces se pueden resumir en: protección de la libertad individual contra el arbitrio judicial; abolición de la tortura; supresión, o al menos limitación, de la pena de muerte; predominio del fin político de la pena, rechazando toda exigencia religiosa, o simplemente moral. Cfr., entre otros, CASAS FERNANDEZ, M.: *Voltaire criminalista. Precursor del Humanismo en la Legislación penal*, Madrid, 1931; SALDAÑA, Q., en adiciones a la obra de VON LISZT, F.: *Tratado de Derecho penal*, cit., pp. 390 y 391; TOMAS y VALIENTE, F.: *El Derecho penal de la Monarquía Absoluta*, cit., pp. 94-102. Respecto del tema objeto de estudio, ha destacado SANCHEZ MARTINEZ, F.: *Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores. Ley 4/1992*, Madrid, 1999, p. 44, que si bien la finalidad protectora hacia el niño aparece en el siglo XIX, en el XVIII Rousseau ya sostenía su

En efecto, el origen impulsor del proceso de Codificación penal en España encuentra sus raíces en el pensamiento ilustrado, que representa la culminación de una época y el pórtico de la Ciencia del Derecho penal en nuestro país. En este sentido, ha comentado CASABO RUIZ que “la idea codificadora, tal y como modernamente se entiende, surge con el triunfo de la Ilustración, es decir, en el último tercio del siglo XVIII”, añadiendo, acto seguido, que “la Ilustración española no desmerece en absoluto de la del resto de los países europeos. Es más, existen

valor absoluto “en cuanto a su personalidad y en su significación de autenticidad y de autonomía como sujeto de exigencias de modo de vida, presentando un ritmo de desarrollo propio y particular”. Para una recopilación bibliográfica del Derecho penal de la Ilustración, cfr. TORIO LOPEZ, A.: “Beccaria y la Inquisición española”, en *ADPCP*, t. XXIV, fasc. I, 1971, pp. 391-415.

³⁸ Sobre la necesidad de una auténtica Codificación penal, ALONSO y ALONSO, J. M: “De la vigencia y aplicación del Código penal de 1822”, en *REP*, núm. 11, febrero, 1946, pp. 3 y 4, ha destacado que “se lamentaban y con razón jurisperitos y particulares de la maraña inexplorable de nuestra legislación al comienzo del siglo XIX. Tanto en el campo de lo civil como en el de lo criminal, y más en éste que en aquél, era sentidísima la necesidad de una Codificación, o, al menos, de una sistematización un tanto rigurosa de nuestras Leyes, indicando siquiera cuáles estaban vigentes y cuáles derogadas”. En el mismo sentido crítico, *Vid.* Proyecto de Código criminal, presentado a las Cortes por la Comisión especial nombrada al efecto, en *Diario de las Sesiones de Cortes, Legislatura Extraordinaria de 1821-1822*, t. I, apéndice al núm. 38, 1 de noviembre de 1821, Madrid, 1871, p. 481, donde se efectúa una crítica a nuestra antigua legislación criminal en los siguientes términos: “(...) ¿qué podrá decirse de la naturaleza de sus Leyes criminales? Leyes oscurísimas, expresadas por medio de nomenclaturas incomprensibles y extendidas en estilo sumamente prolijo y complicado y en lenguaje a las veces semibárbaro; Leyes en que se echa de menos la clasificación de los crímenes, la justa medida y graduación de los delitos y penas, y las reacciones y debida proporción de estas con aquellos; Leyes parciales, contradictorias, cuya aplicación es muchas veces un problema muy difícil de resolver, y manantial de dudas y opiniones encontradas; Leyes severas, crueles, sanguinarias, que autorizan atroces y horrorosos suplicios, mutilaciones injuriosas a la dignidad del hombre, bárbaros tormentos, de cuyo horrendo espectáculo se estremece aun el menos sensible y compasivo; Leyes que desacreditan las costumbres y la moral privada de los españoles y representan a la faz del mundo civilizado ideas repugnantes a su carácter generoso y al estado de su cultura, en que tanto ha progresado (...)”.

datos que permiten afirmar la existencia de inquietudes reformadoras desde muy temprana fecha”³⁹.

El insigne BECCARIA arremetió en su conocida e inmortal obra, *De los delitos y de las penas*⁴⁰, contra la crueldad y arbitrariedad que caracterizaba a la Justicia penal de la Monarquía Absoluta, tomando como referencia las críticas efectuadas por el Pensamiento ilustrado; de ahí que haya sido considerado el culminador de “la fuerza renovadora de la Ilustración”⁴¹. En puridad, postuló: la concepción utilitarista de la pena; la proporcionalidad de ésta con el delito cometido; la prevención general; el principio de legalidad; y la claridad en la redacción de las Leyes. Muy certeras son, al respecto, las palabras del Profesor y Magistrado D. Eugenio CUELLO CALON, denunciando que en sus rebeldes páginas no hizo alusión alguna a la crueldad con que eran tratados los menores “moralmente abandonados y delincuentes”⁴², no

³⁹ Cfr. CASABO RUIZ, J. R.: “Los orígenes de la Codificación penal en España”, cit., p. 313. Sobre este particular, TOMAS y VALIENTE, F.: *El Derecho penal de la Monarquía Absoluta*, cit., p. 93, no se muestra tan optimista, a pesar de que reconoce la profunda y positiva alteración que experimenta nuestro país. Confirma nuestra aserción el siguiente comentario del mentado historiador: “las bases del pensamiento europeo han cambiado por completo, y España, aunque con menor intensidad y con claro retraso respecto a otros países (...)”.

⁴⁰ La genialidad de este libro ha sido destacada, entre otros autores, por PESSINA, E.: *Elementos de Derecho penal*, cit., p. 126, para quien no sólo “fué un momento en la historia de la ciencia, sino el anuncio de una revolución; más aún, era la revolución misma”. Cfr. BECCARIA: *Tratado de los delitos y de las penas*, 4º ed., Méjico, 1990.

⁴¹ Cfr. GARCIA-PABLOS, A.: *Derecho penal. Introducción*, Madrid, 1995, p. 305.

⁴² Pese a que CUELLO CALON ha elogiado la labor de protesta formulada por BECCARIA contra la organización penal y procesal entonces reinante, no escapa a sus críticas el escaso interés del gran reformador hacia la rudeza de las penas con que se castigaba a los infractores menores, cuya situación legal apenas sufrió mejora. También extrañó a CUELLO CALON que otra gran

levantándose voces de protesta para modificar la dureza de su régimen penal hasta bien entrado el siglo XIX⁴³.

Ciertamente, será con las Cortes de Cádiz, concretamente por Decreto de 17 de agosto de 1812, cuando se proscriba, por primera vez, los azotes en escuelas, colegios, y casas de corrección y reclusión⁴⁴.

A pesar de la acertada denuncia formulada por CUELLO CALON no podemos menos de elogiar el impulso de reforma que la obra del maestro milanés Cesar

figura del siglo XVIII, el filántropo HOWARD, que consagró parte de su vida a intentar mejorar el régimen de las prisiones, no deparara en la triste suerte que corrían los niños y jóvenes en las cárceles de entonces. Cfr. CUELLO CALON, E.: *Criminalidad infantil y juvenil*, cit., pp. 64 y 65. Del mismo: “El tratamiento de la criminalidad infantil y juvenil”, en *ADPCP*, núm. 5, 1952, p. 248. En el mismo sentido, se ha lamentado ALAMILLO, F.: “Derecho penal juvenil español”, en *REP*, julio, núm. 4, 1945, p. 11, que ni BECCARIA, ni HOWARD protestaran contra el régimen de igualdad de trato de menores y adultos, pese a su gran obra de humanización y racionalización del Derecho penal.

⁴³ Este es el momento en el que se imponen las ideas de corrección y protección; sin embargo, nunca llegarán a alcanzar los objetivos propuestos. *Vid. infra* Cap. IV. Como ya puso de manifiesto CUELLO CALON, avanzado el siglo XIX será cuando se empiece a proponer medios para suavizar el régimen penal de los menores infractores. Cfr. CUELLO CALON, E.: *Criminalidad infantil y juvenil*, cit., p. 66. En la misma línea, cfr. ALAMILLO, F.: “Derecho penal juvenil español”, cit., p. 11. Sobre este concreto particular ha destacado GUALLART y LOPEZ De GOICOECHEA, J.: *El Derecho penal de los menores. Los Tribunales para niños*, cit., pp. 75 y 76, que para con el menor infractor, eximida a veces o atenuada un tanto su responsabilidad, lo cierto es que, por regla general, hasta el siglo XVIII, por no decir que hasta el pasado, se aplicaron duras penalidades, casi indiscriminadamente, sin considerar la menor edad.

⁴⁴ Cfr. LASSO GAITE, F.: *Crónica de la Codificación española*, vol. I, cit., p. 38. En el mismo sentido, señala PEREZ VITORIA, O.: *La minoría de edad penal y su tratamiento. Historia, doctrina y legislación*, Barcelona, 1940, p. 51, que será con el movimiento codificador cuando se consoliden los principios que pondrán fin al cruel régimen que caracterizaba el enjuiciamiento de los menores en el siglo XVIII. CUELLO CALON, E.: *Criminalidad infantil y juvenil*, cit., p. 94, ha valorado esta época como un periodo “de transición entre el Derecho penal puramente represivo, duro y bárbaro, que se aplicó a los menores hasta finales del siglo XVIII, y el Derecho moderno inspirado en un sentido tutelar y reformador”. Sin embargo, es necesario insistir, por nuestra parte,

Bonnesana, MARQUES De BECCARIA⁴⁵, produjo en la evolución del Derecho penal español⁴⁶, influyendo indefectiblemente en su reforma, sin olvidar aquel momento histórico donde las ideas ilustradas alcanzaron su plena expresión, la Revolución francesa de 1789⁴⁷, así como la Declaración de los Derechos del

en que el tratamiento dispensado a los menores, bajo la doctrina correccionalista, no será tan favorable como anunciaron sus patrocinadores. *Vid. infra* Cap. IV.

⁴⁵ A BECCARIA se ha referido TOMAS y VALIENTE, F.: *El Derecho penal de la Monarquía Absoluta*, cit., p. 101, definiéndole como “un filósofo ilustrado dispuesto a censurar las Leyes penales partiendo de los supuestos racionalistas de la Ilustración”. En definitiva, podemos afirmar que Beccaria ha pasado a la historia de la Ciencia del Derecho penal vinculado, inherentemente, al principio de proporcionalidad de las penas, fundamento indispensable del moderno Derecho punitivo. En general, sobre el pensamiento y aportación de Beccaria veáanse, entre otros, ANTON ONECA, J.: *Derecho penal*, cit., pp. 59 y 60. Del mismo: “Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración”, cit., pp. 418-422; ASUA BATARRITA, A./BAJO FERNANDEZ, M./GOMEZ BENITEZ, J. M./LUZON PEÑA, D. M./TORIO LOPEZ, A.: *El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1990; GARCIA-PABLOS, A.: *Derecho penal. Introducción*, cit., pp. 306-309; SAINZ CANTERO, J. A.: *Lecciones de Derecho penal*, cit., pp. 99-107; JIMENEZ De ASUA, L.: *Tratado de Derecho penal*, cit., pp. 251 y ss.; VIRTO LARRUSCAIN, M. J.: *El caso fortuito y la construcción del sistema de culpabilidad en el Código penal de 1848*, Bilbao, 1984, pp. 56-58.

⁴⁶ Para GOMEZ BENITEZ, la obra de BECCARIA representa la finalización de la etapa Moderna del Derecho penal y el comienzo de un nuevo periodo bajo la influencia del Pensamiento ilustrado, que dará origen a las posteriores declaraciones del Estado de Derecho. Observa este autor en el principio de proporcionalidad de las penas, defendido por Beccaria, la raíz del Pensamiento ilustrado; ideología, desde luego, contrapuesta al Derecho penal de la Edad Moderna, en la que imperaba un sistema en el que, a pesar de establecer para cada delito una pena prevista en una determinada Ley, finalmente, su aplicación se hacía depender del arbitrio judicial. Cfr. GOMEZ BENITEZ, J. M.: “La idea moderna de la proporcionalidad de las penas”, en *El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad*, cit., pp. 55-65. En este sentido, señala RODRIGUEZ DEVESA: *Derecho penal español*, cit., p. 94, que a finales del siglo XVIII y principios del XIX son muchos los autores que denuncian la arbitrariedad judicial de los procesos criminales arraigados en concepciones medievales. En definitiva, parafraseando a LANDROVE DIAZ, G.: *Introducción al Derecho penal español*, cit., p. 57, se asistía a lo que ha sido definido por Radzinowic como una arbitraria imposición de la Monarquía, la Iglesia y la Aristocracia, frente a la inseguridad de un pueblo sometido a un procedimiento inquisitivo y secreto. En general, sobre el arbitrio judicial en el Derecho penal español, cfr., entre otros, BERNALDO De QUIROS, C.: “Estudio para la reforma del Código penal”, en *RGLJ*, t. 94, Madrid, 1899, pp. 505-509; JIMENEZ De ASUA, L./ANTON ONECA, J.: *Derecho penal conforme al Código penal de 1928. Parte general*, t. I, cit., pp. 28-33.

⁴⁷ La Revolución francesa de 1789 ha sido calificada por PESSINA, E.: *Elementos de Derecho penal*, cit., p. 127, como “suceso extraordinario”, por cuanto “destruyó todo el edificio de las viejas instituciones, para reconstruir sobre nuevos fundamentos la vida social”. En síntesis, sus postulados

Hombre y del Ciudadano del mismo año⁴⁸. Ambos movimientos sentaron el triunfo de las inquietudes iluministas y determinaron la promulgación de los Códigos penales de 1791⁴⁹ y 1810⁵⁰, fieles reflejos del espíritu de reforma. Sin embargo, pese a sus modernos principios inspiradores, los precitados Códigos franceses dejaron de admitir un periodo inicial de absoluta irresponsabilidad durante la infancia, alterando, de este modo, la jurisprudencia anterior que reconocía la exención de responsabilidad criminal respecto de una primera edad. Este nuevo precedente fue adoptado por las Leyes de otras Naciones (Bélgica, Prusia o los antiguos Estados Pontificios), mientras en otros países se continuaba la antigua práctica, modificada,

eran, esencialmente: la legalidad del delito y la pena; la proporcionalidad entre éstos; la personalidad de la pena; la decisión e interpretación favorable; y la presunción de inocencia. Cfr. LALINDE ABADIA, J.: *Iniciación histórica al Derecho español*, cit., p. 570.

⁴⁸ Como ha sido constatado por varios autores, donde mayor proyección encontraron los principios inspiradores de la reforma penal fue en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, y en los Códigos penales franceses de 1781 y 1810. Entre otros, cfr. JIMENEZ De ASUA, L./ANTON ONECA, J.: *Derecho penal conforme al Código penal de 1928. Parte general*, t. I, cit., p. 36, y LANDROVE DIAZ, G.: *Introducción al Derecho penal español*, cit., p. 58.

⁴⁹ Como ha señalado GONZALEZ CUSSAC, J. L.: *Teoría general de las circunstancias modificativas de las responsabilidad criminal*, Valencia, 1988, p. 14, el Código penal francés de 1791 constituye un fiel reflejo del ideal revolucionario. En el mismo sentido, PESSINA, E.: *Elementos de Derecho penal*, cit., p. 127, matiza que el Código de 1791 es una de las primeras Leyes del tiempo de la Revolución. En sintonía con el movimiento de reforma promovido por Beccaria, el Código penal francés de 6 de octubre de 1791 estableció la desaparición de las penas corporales para los niños y ordenó su sustitución por una educación correccional en instituciones creadas al efecto. Cfr. SANCHEZ MARTINEZ, F.: *Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores. Ley 4/1992*, cit., p. 45.

⁵⁰ Respecto del Código penal francés de 1810, conocido como el “Código de Napoleón”, es significativo destacar la gran influencia que ejerció sobre la legislación penal del siglo XIX, pues, como ha sido subrayado por LANDROVE DIAZ, G.: *Introducción al Derecho penal español*, cit., p. 58, sirvió como modelo a numerosos intentos codificadores, entre ellos, el Código penal español de 1822. A pesar de que el Texto punitivo de 1810 consagra muchas instituciones que responden a las exigencias del momento; sin embargo, PESSINA puntualiza que “se resiente de la influencia del despotismo imperial y de las doctrinas utilitarias de entonces”. Cfr. PESSINA, E.: *Elementos de Derecho penal*, cit., p. 127.

tan sólo, en el sentido de añadir al periodo inicial de irresponsabilidad absoluta, otro periodo subsiguiente de responsabilidad condicionada a la investigación del discernimiento mental del menor⁵¹. Por tanto, podemos afirmar que al iniciarse la época de la Codificación penal la doctrina europea sufrió un desdoblamiento en materia de eximente de menor edad.

Continuando con la evolución histórico-penal del tema objeto de estudio, ya en el reinado de Carlos III⁵² se comienzan a adoptar medidas protectoras respecto de los menores en “peligro moral”⁵³, cuya finalidad responderá a la extendida idea de la importancia de la educación. Esto justifica el hecho de que la Justicia entregase a los menores infractores a sus padres, a fin de corregir sus vicios o defectos, aún combatibles a una temprana edad⁵⁴.

En este contexto educativo cabe destacar una relación oficial de causas criminales habidas en Granada en el mes de julio de 1791, que han sido estudiadas por TOMAS

⁵¹ Cfr. BERNALDO De QUIROS, C./NAVARRO De PALENCIA, A.: *Teoría del Código penal. Parte general*, Alcalá de Henares, Imprenta del Reformatorio de jóvenes delincuentes, 1911, pp. 367 y 368.

⁵² Llegado el reinado de Carlos III se abre una nueva etapa para la infancia abandonada en la que se excluyen los duros criterios en que se inspiraba la penalidad de los siglos pasados, y a “los bárbaros castigos y a las medidas inhumanas suceden procedimientos tutelares y educativos de orientación completamente moderna”. *Ibidem*, p. 750.

⁵³ Cfr. CUELLO CALON, E.: *Exposición del Código penal reformado de 1932*, Barcelona, 1933, p. 89.

⁵⁴ Cfr. RIOS MARTIN, J. C.: *El menor infractor ante la Ley penal*, cit. pp. 113 y 114.

y VALIENTE⁵⁵. A título de ejemplo, resulta de interés la de un muchacho de dieciséis años que había cometido obscenidades, dando cuenta de que la sentencia, tan sólo, le condenó a ser “apercibido y entregado a sus padres”, o el caso de una adolescente de la misma edad, procesada por escándalos de incontinencia que, del mismo modo, fue apercibida y entregada a sus progenitores. Sobre este particular, también incluyó el citado historiador y jurista una sugestiva intervención del Fiscal Meléndez Valdés, de la que hemos extraído un fragmento que refleja el trato más benévolo que se dispensaba a los menores infractores en este concreto momento histórico:

“la conmiseración y miramiento con que gradúan las Leyes los yerros de la menor edad; como que entonces falta buena parte de la consideración y malicia que nos traen después y acaso en daño nuestro, las experiencias y los años. De ahí, dada la debilidad de la primera edad, la importancia de la educación paterna: la cántara conserva largos días el gusto y el olor del primer licor de que se llena; y la primera edad decide de nuestro carácter y afecciones”.

No se puede menos de elogiar el noble y humanitario espíritu de la legislación de Carlos III, promulgada bajo la influencia de BECCARIA; sin embargo, la finalidad educadora patrocinada durante este reinado chocaba con el inconveniente de la

⁵⁵ Cfr. TOMAS y VALIENTE, F.: *El Derecho penal de la Monarquía Absoluta*, cit., p. 343.

posible incapacidad educadora de los padres, en el caso de que fuesen vagos o careciesen de oficio; de ahí que ya en el siglo XIX se promulguen numerosas disposiciones que obligarán a educar forzosamente a los menores de dieciséis años, de ambos sexos, moralmente abandonados, a fin de enseñarles un oficio, o destinarles a hospicios, casas de misericordia o de enseñanza, dependientes de las Juntas o Diputaciones de caridad⁵⁶. Como ha puesto de manifiesto ANTON ONECA⁵⁷, estas disposiciones no eran consideradas penas ni castigos.

Desde el reinado de Carlos III hasta el primer Código penal de 1822 no aparece en nuestro país ninguna Ley relativa a jóvenes infractores y a la infancia abandonada. Vinieron posteriormente los Códigos de 1848, 1850 y 1870, pero, como veremos, ninguno superó las sabias disposiciones de este Monarca, que han sido calificadas de “ejemplo digno de ser imitado”⁵⁸.

Retomando el tema de la evolución del Derecho penal en nuestro país, los primeros intentos codificadores penales españoles, que constituirán claros exponentes del

⁵⁶ Pragmática de 19 de septiembre de 1873, *Novísima Recopilación*, Ley 11, título 16, libro XII. Mandado guardar por Real orden de 1 de marzo de 1887 y 8 de agosto de 1814. Cfr. VON LISZT, F: *Tratado de Derecho penal*, cit., pp. 465 y 466. Hasta el siglo XVI, como ha puesto de relieve RIOS MARTIN, J. C.: *El menor infractor ante la Ley penal*, cit., p. 41, la asistencia al menor infractor de conducta desviada o abandonado era competencia de organizaciones privadas de carácter religioso o filantrópico.

⁵⁷ Cfr. ANTON ONECA, J.: *Derecho penal*, cit., p. 72.

⁵⁸ Cfr. CUELLO CALON, E.: “La infancia delincuente y abandonada en la antigua legislación penal española”, cit., p. 753.

irreductible deseo de reformar nuestra antigua legislación penal, serán el Proyecto del Marqués de la Ensenada⁵⁹, del que se ha comentado que sólo se trataba de una recopilación de carácter general⁶⁰, y el Anteproyecto de Lardizábal de 1777⁶¹, consistente en la recopilación de las Leyes penales vigentes⁶².

⁵⁹ El Marqués de la Ensenada propuso en 1751 al Rey Fernando VI la formación de un Código general, denominado “Código Ferdinando o Fernandino”, en el que se suprimiesen las disposiciones derogadas o en desuso, con la finalidad de que en un sólo libro quedase recogida toda la legislación que en la *Nueva Recopilación* ocupaba tres, facilitando de este modo su estudio. Cfr. LASSO GAITE, F.: *Crónica de la Codificación española*, vol. I, cit., p. 12. El maestro Del ROSAL, en su trabajo “Acerca de un supuesto Código penal del siglo XVII”, cit., p. 640, llegó a la conclusión de que “sólo una menuda ligereza bien intencionada pudo considerarla como un precedente de Código (...) en el sentido de que no constituye un Código, pero ni siquiera un remoto intento de Codificación”.

⁶⁰ Cfr. Del ROSAL, J.: *Principios de Derecho penal*, t. I, cit., p. 390.

⁶¹ En general, sobre la obra y aportación de Lardizábal véanse, entre otros: ANTON ONECA, J.: “El Derecho penal de la Ilustración y D. Manuel de Lardizábal”, cit., pp. 597 y ss. Del mismo: “Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración”, cit., p. 422. Del mismo: *Derecho penal*, cit., pp. 71 y 72; CASABO RUIZ, J. R.: “Los orígenes de la Codificación penal en España”, cit., pp. 313 y ss.; CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., pp. 77-83; De RIVACOBIA y RIVACOBIA, M.: *Lardizábal un penalista ilustrado*, Santa Fe, 1964; TOMAS y VALIENTE, F.: *El Derecho penal de la Monarquía Absoluta*, cit., pp. 106-109; TORIO LOPEZ, A.: “Beccaria y la Inquisición española”, cit., 391 y ss.; VON LISZT, F.: *Tratado de Derecho penal*, cit., pp. 466 y 467. TOMAS y VALIENTE, F.: *El Derecho penal de la Monarquía Absoluta*, cit., p. 106, ha recogido los principales fines que ha de cumplir el Derecho penal según Lardizábal: “sujetar las voluntades de los hombres sin perjudicar su justa libertad; conciliar el interés común de la sociedad con los derechos particulares de los ciudadanos; dirigir y manejar con destreza las pasiones de los hombres, haciéndoles servir también si fuera necesario al interés público”. Sobre este extremo, subraya Del ROSAL: *Principios de Derecho penal*, t. I, cit., p. 352, que el pensamiento de Beccaria fue recogido, en mayor o menor medida, por Lardizábal, conocido entre los criminalistas españoles con el calificativo del “Beccaria español”, si bien, sus ideas, en determinados aspectos, eran opuestas a las defendidas por el citado maestro italiano. Disentía Lardizábal, respecto de Beccaria y del Pensamiento ilustrado, en el principio de igualdad de los ciudadanos ante las Leyes penales, por cuanto los nobles, por poseer mayor sensibilidad, merecían distintas penas que los plebeyos. No debe silenciarse en este terreno la relevancia que LANDROVE DIAZ otorga a la obra de Lardizábal, destacando que representó un gran avance para la Ciencia del Derecho penal español, al influir decisivamente en la obra de José Marcos Gutiérrez, *Práctica criminal de España*, aparecida entre los años 1804 y 1806. Destaca el citado penalista la notable calidad científica de esta última obra, consistente en una ordenación de la legislación criminal entonces vigente. Cfr. LANDROVE DIAZ, G.: *Introducción al Derecho penal español*, cit, p. 39.

Tras las coyunturas del momento, los trabajos encargados por el Consejo de Castilla a Lardizábal y Uribe quedaron interrumpidos, lo que ha desencadenado en la doctrina científica española distintas opiniones sobre la verdadera existencia del Anteproyecto. Así, SALDAÑA⁶³ defiende su vigencia, opinión que según Del ROSAL⁶⁴ no fue secundada por SALILLAS. Dudan también de su veracidad JIMÉNEZ De ASUA⁶⁵ y ANTON ONECA⁶⁶. No obstante las anteriores divergencias, VON LISZT ha puesto de relieve la importancia de este Anteproyecto en la realidad jurídico-penal española, afirmando que “es la primera vez que se habla de Código penal en España y en el mundo”⁶⁷. Abriga esta última toma de postura el Padre Jerónimo MONTES, al expresar que “la idea de un Proyecto de Código penal se inició y hasta se llevó a cabo en España antes que en ninguna otra parte”⁶⁸.

⁶² Cfr. VON LISZT, F.: *Tratado de Derecho penal*, cit., p. 466; ANTON ONECA, J.: *Derecho penal*, cit., p. 71.

⁶³ Cfr. SALDAÑA, Q.: *Nueva Criminología*, Madrid, 1936, p. 82.

⁶⁴ Cfr. Del ROSAL, J.: *Principios de Derecho penal*, t. I, cit., p. 390.

⁶⁵ Cfr. JIMENEZ De ASUA, L.: *Tratado de Derecho penal*, cit., p. 755.

⁶⁶ Cfr. ANTON ONECA, J.: “El Derecho penal de la Ilustración y D. Manuel de Lardizábal”, cit., p. 603.

⁶⁷ Cfr. VON LISZT, F.: *Tratado de Derecho penal*, cit., p. 466.

⁶⁸ Cfr. MONTES, P. J.: *Derecho penal español*, cit., p. 106.

Como colofón, podemos concluir que el espíritu codificador iniciado en el siglo XIX, que abarca más allá del Derecho penal, si bien la Codificación penal “se siente antes que la civil”⁶⁹, no se limita a una mera sistematización de Leyes, sino que representa el triunfo del Estado de Derecho liberal⁷⁰, fruto de la Constitución de 1812 y de su consecuente principio de legalidad penal; dogma que será subsumido por los Códigos punitivos⁷¹.

⁶⁹ Cfr. LASSO GAITE, F.: *Crónica de la Codificación española*, vol. I, cit., p. 11. En el mismo sentido, cfr. LALINDE ABADIA, J.: *Iniciación histórica al Derecho español*, Barcelona, cit., p. 243, donde se recoge que “la Codificación penal es la primera en fructificar y la que es objeto del mayor número de reformas, lo que se explica por su dependencia de los movimientos políticos”.

⁷⁰ Como ha señalado TOMAS y VALIENTE, F.: *El Derecho penal de la Monarquía Absoluta*, cit., p. 409, “hubo que esperar hasta el siglo XIX para presenciar la sustitución del sistema jurídico penal de la Monarquía Absoluta por el Estado liberal burgués”.

⁷¹ A pesar de que no siempre los cambios políticos se han reflejado directa y coherentemente en un nuevo Código penal, no hay que ignorar el estrecho vínculo existente entre ambos. Así, a la Constitución de 1812 siguió el Código de 1822, a la de 23 de mayo de 1845 la Codificación penal de 19 de marzo de 1948, a las Constituciones de 1869 y 1931 siguieron los Códigos de 1870 y 1932, y a la organización del nuevo Estado, el Texto Refundido de 1944. Por ello, sin ánimo de exhaustividad, puede resultar de interés consultar la siguiente bibliografía, que por razones de brevedad, y por extralimitar el contenido de la materia objeto de investigación, nos abstenemos de comentar: CLAVERO B.: *Manual de Historia constitucional de España*, Madrid, 1989 ; COLOMER VIADEL, A.: *El sistema político de la Constitución de 1837*, Madrid, 1989; DE ESTEBAN, J.: *Esquemas del constitucionalismo español*, Madrid, 1976; FARIAS GARCIA, P.: *Breve historia constitucional de España*, Madrid, 1981; FERNANDEZ SEGADO, F.: *Las Constituciones históricas españolas*, Madrid, 1986; GIMENEZ ASENSIO, R.: *Introducción a una historia del constitucionalismo*, Valencia, 1993; GONZALO ESCRIBANO, J. I.: “El poder judicial a través de las Constituciones españolas hasta el año 1870”, en *Revista de Derecho Judicial*, 1972, pp. 82 y ss.; PEREZ SERRANO, N.: “Constitucionalismo y Codificación”, en *RGLJ*, 1953, pp. 92-104; SANCHEZ AGESTA, L.: *Historia del constitucionalismo español*, Madrid, 4º ed., 1984, pp. 229 y ss.; SEVILLA ANDRES, D.: *Constituciones y otras Leyes y Proyectos políticos de España*, Madrid, 1969. Del mismo: *Historia política de España, 1800-1973*, Madrid, 1974, pp. 175 y ss.; SOLE TURA, J. y AJA, E.: *Constituciones y periodos constituyentes en España, (1808-1936)*, Madrid, 1977, pp. 40 y ss.; TOMAS y VALIENTE, F.: *Códigos y Constituciones (1808-1978)*,

2. CUESTIONES PREVIAS⁷²

Desde el proceso de Codificación penal en España, la minoría de edad ha sido reconocida de manera unánime por la doctrina como una de las causas que excluyen, sin admitir prueba en contrario, la responsabilidad criminal⁷³ conforme a la totalidad del Ordenamiento jurídico⁷⁴, pese a que los distintos Códigos punitivos no hayan mencionado de manera expresa el fundamento de dicha exclusión. Sin embargo, conviene precisar que los Códigos españoles del siglo XIX sólo reconocían esta presunción, *iuris et de iure*, de exclusión de la responsabilidad criminal para una primera edad, pues respecto de un segundo periodo, que podía comprender hasta los diecisiete años (Código penal de 1822) o hasta los quince (Códigos de 1848-50 y 1870), establecían un criterio biopsicológico, al exigir la ausencia de discernimiento en el menor como fundamento de exención de la responsabilidad criminal.

Madrid, 1989; TOMAS VILLARROYA, J.: *Breve historia del constitucionalismo español*, Madrid, 1981.

⁷² Un breve repaso de la evolución de la minoría de edad en los Códigos penales españoles en MARTINEZ GONZALEZ, M. I.: “La minoría de edad penal”, en *CPC*, núm. 20, 1983, pp. 385 y ss.; PEREZ VITORIA, O.: *La minoría de edad penal y su tratamiento. Historia, doctrina y legislación*, cit., pp. 24 y ss.; RIOS MARTIN, J. C.: *El menor infractor ante la Ley penal*, cit., pp. 113 y ss.; Del ROSAL BLASCO, B.: “Joven delincuente y Derecho penal”, en *CPC*, núm. 54, 1994, pp. 1037 y ss.; SANCHEZ GARCIA, M. I.: *Minoría de edad penal y Derecho penal juvenil*, Granada, 1998, pp. 75 y ss.; SANCHEZ MARTINEZ, F.: *La jurisdicción de menores en España. (Pasado, presente y futuro)*, Tesis inédita, 1996. Del mismo: *Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores. Ley 4/1992*, cit., pp. 57 y ss.; SERRANO GOMEZ, A.: *Delincuencia juvenil en España. Estudio criminológico*, Madrid, 1970, pp. 21 y ss.

⁷³ Cfr. POLAINO NAVARRETE, M.: “Minoría de edad penal”, en *Comentarios a la legislación penal*, t. V, vol. I, dirigidos por COBO DEL ROSAL, M., y coordinados por BAJO FERNANDEZ, M., Madrid, 1985, p. 163.

A grandes rasgos, los Códigos decimonónicos se van a inspirar, en cuanto al pensamiento y principios impregnados en sus preceptos, en la doctrina clásica del Derecho penal⁷⁵, en cuyos postulados la pena es concebida como retribución moral y jurídica por el mal realizado⁷⁶. Estos Códigos van a ser demasiado metafísicos y consecuentes con el criterio objetivo y con el principio retribucionista; de ahí que no aprecien una distinción sustancial entre el infractor menor y el delincuente adulto⁷⁷. Además, parten de la base de que la culpabilidad, entendida como juicio de reproche, es presupuesto esencial de la pena, por lo que si no existe culpabilidad no puede imponerse la pena, *sensu contrario*, siempre que haya culpabilidad deberá imponerse dicha consecuencia jurídica, sin exclusión alguna.

Los Códigos penales españoles del siglo XIX no introducirán sustanciosas modificaciones, ni variarán sus concepciones hasta bien entrado el siglo XX, momento en el que se produce una importante modificación de los antiguos derroteros penales, que suscitará el estudio y tratamiento de la infancia y de la

⁷⁴ Como daremos noticia en el Cap. III, el Código penal de 1995, tan sólo, va a considerar la minoría de edad como causa de exclusión de la responsabilidad criminal conforme al Código penal.

⁷⁵ Recordemos que el nacimiento de la dogmática jurídico-penal está vinculada históricamente a los autores de la Escuela clásica, CARRARA en Italia y BINDING en Alemania, así como a las teorías absolutas de la pena, imperantes durante la mayor parte del siglo XIX. Cfr. ZUGALDIA ESPINAR, J. M.: *Fundamentos de Derecho penal. Parte general*, 3º ed., Valencia, 1993, p. 184.

⁷⁶ Ciertamente, los fundamentos teóricos clásicos se asientan en una concepción retributiva de la pena, concebida como castigo que restablece la justicia vulnerada por el delito.

adolescencia infractora desde un trasfondo social y protector en el que la imputabilidad carece de significado; de ahí que se sustituyera el viejo criterio biopsicológico del discernimiento por la fórmula biológica pura o cronológica. Conforme a esta consideración, podemos realizar una bipartición:

1. Los Códigos penales del siglo XIX (1822, 1848-50 y 1870)

Los Códigos penales del siglo XIX se caracterizan por establecer dos presunciones en materia de minoría de edad:

1. Una presunción *iuris et de iure*, que no admite prueba en contrario, de exclusión de la responsabilidad criminal respecto de una primera edad, que, como veremos seguidamente, será interpretada por la doctrina de la época desde la perspectiva de considerar que los menores de la edad fijada por el Código no pueden delinquir⁷⁸.

2. Una presunción *iuris tantum*, en la que la responsabilidad, respecto de una segunda edad, está condicionada a la concurrencia del juicio del discernimiento⁷⁹,

⁷⁷ Cfr. GUALLART y LOPEZ De GOICOECHEA, J.: *El Derecho penal de los menores. Los Tribunales para niños*, cit., p. 77.

⁷⁸ En este sentido, adelantamos que la presunción, *iuris et de iure*, es contemplada en el Código de 1822 para el menor de siete años, y en los posteriores Textos penales de 1848 y 1870 para el menor de nueve.

sobre el que expresamente se tienen que pronunciar los jueces. De tal suerte que si se estima que el sujeto ha obrado sin discernimiento se le declara irresponsable; no obstante, el Juez puede adoptar, a su libre arbitrio, una medida de duración determinada para su corrección (Código de 1822), o con carácter obligatorio⁸⁰ (Código de 1870), lo que constituirá, como señalaremos en su lugar oportuno, no una auténtica medida de seguridad, pero sí, al menos, un precedente. El Código penal de 1848, por su parte, no contempló esta previsión legal.

Si, por el contrario, se estima que el menor ha obrado con discernimiento, opera una plena responsabilidad criminal, pero atenuada en virtud de la edad. Consecuentemente, a partir de los diecisiete años, en el caso del primer Código penal, o dieciocho para los Textos punitivos de 1848 y 1870, que preveían una atenuación de la pena para el mayor de quince y menor de dieciocho años, se considera que el sujeto se halla en edad plena para la imposición total de la misma.

En cualquier caso, es lo cierto que el modelo clásico tiene una base práctica muy concreta: la ausencia de auténticas consecuencias jurídicas distintas a la pena retributiva. De tal modo que, o bien se aplica al menor la pena retributiva, o no se le

⁷⁹ En el primer Texto punitivo de 1822 el juicio del discernimiento opera para el mayor de siete y menor de diecisiete años, mientras que en los dos Códigos subsiguientes resultará de aplicación para el mayor de nueve y menor de quince.

⁸⁰ Conviene no confundir estas medidas adoptadas por los Códigos penales de 1822 y 1870, con las medidas de seguridad, o penas juveniles actuales, que como ha manifestado SILVA SANCHEZ,

puede imponer ninguna otra consecuencia de carácter jurídico-penal⁸¹. Recordemos que será el Código penal de 1928 el primero que incorpore a nuestro Ordenamiento jurídico las medidas de seguridad⁸².

2. Los Códigos penales del siglo XX (1928, 1932 y 1944)

Los Códigos penales del siglo XX van a terminar definitivamente con la distinción clásica entre un periodo de exención de responsabilidad penal absoluta y un periodo de exención relativa, condicionada al juicio del discernimiento. Concretamente, será el Código penal de 1928 el primero que suprima el controvertido criterio, sustituyéndolo por el cronológico, aunque, como veremos en su lugar oportuno, este abandono será más aparente que real, pues creará un régimen jurídico dual y discriminatorio.

No será hasta el Código penal de la Segunda República de 1932 cuando se destierre del Ordenamiento jurídico español, de modo genérico y definitivo, el

J. M: “El régimen de la minoría de edad penal (artículo 19)”, en *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997, p. 171, eran desconocidas en el siglo XIX.

⁸¹ Cfr., en el mismo sentido, SILVA SANCHEZ, J. M: “La Política criminal ante el hecho penalmente antijurídico cometido por un menor de edad”, en *La intervención educativa en el ámbito judicial con jóvenes de dieciséis a dieciocho años*, *Studia Iuridica*, 8, CGPJ-CEJFE de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1994, p. 14.

⁸² Cfr. LOPEZ BARJA De QUIROGA, J./RODRIGUEZ RAMOS, L./RUIZ De CORDEJUELA, L.: *Códigos penales españoles*, cit., p. 667.

criterio del discernimiento⁸³, afianzándose, en su lugar, la fórmula biológica pura, así como la orientación preventivo-especial en el tratamiento de los menores infractores, lo que constituirá un notable adelanto en materia de Justicia juvenil.

Sin embargo, con el advenimiento de la dictadura del general Franco, el Código penal de 1944 va a variar la orientación político-criminal hacia una posición más paternalista y autoritaria. En este Código la modificación más significativa será la introducida por el artículo 65.

3. EL CÓDIGO PENAL DE 1822⁸⁴

⁸³ Como daremos noticia más adelante, será el borrador de ALOPJM, elaborado por el Ministerio de Justicia durante el último Gobierno del Partido Socialista, el que introduza, de nuevo, el viejo criterio del discernimiento como método de determinación de la responsabilidad penal del menor. Afortunadamente no llegó a convertirse en Derecho positivo.

⁸⁴ Sobre el Código penal de 1822, véase, en general, la siguiente bibliografía: ALONSO y ALONSO, J.: “De la vigencia y aplicación del Código penal de 1822”, cit., pp. 1-15; ALVAREZ GARCIA, F. J.: “Contribución al estudio sobre la aplicación del Código penal de 1822”, en *CPC*, núm. 5, 1978, pp. 229-235; ANTON ONECA, J.: “Historia del Código penal de 1822”, en *ADPCP*, t. XVIII, fasc. II, 1965, pp. 263-278; CASABO RUIZ, J. R.: *El Código penal de 1822*, Tesis inédita, Valencia, 1968. Del mismo: “La aplicación del Código penal de 1822”, en *Estudios penales, Libro-Homenaje al Profesor Antón Oneca*, Salamanca, 1982, pp. 919-929; CUELLO CONTRERAS, J.: “Análisis de un informe anónimo aparecido en Sevilla sobre el Proyecto de Código penal de 1822”, en *ADPCP*, t. XXX, fasc. I, 1977, pp. 83-110; FIESTAS LOZA, A.: “Algo más sobre la vigencia del Código penal de 1822”, en *RHD*, vol. II, Granada, 1978, pp. 57-77; GARCIA GOYENA, F.: *Código criminal español según las Leyes y práctica vigentes, comentado y comparado con el Código penal de 1822, el francés y el inglés*, 2 tomos, Madrid, 1843; SAINZ CANTERO, J.: “El informe de la Universidad de Granada sobre el Proyecto que dió lugar al Código penal de 1822”, en *ADPCP*, t. XX, fasc. I y II, 1967, pp. 509-538.

El Código penal de 1822⁸⁵, reconocido como el primer Código penal español⁸⁶, fue decretado por las Cortes el 8 de junio de 1822, sancionado por el Rey Fernando VII el día 27 del mismo mes, y mandado promulgar el 9 de julio del año en curso.

Pese a la existencia de una Real Orden del Ministerio de Gracia y Justicia, de 27 de septiembre de 1822, por la que se disponía la entrada en vigor de este Código en la

⁸⁵ El Código penal de 1822 responde al mandato previsto en el artículo 258 de la Constitución de Cádiz de 1812, que disponía solemnemente la unificación de los Códigos criminal, civil y de comercio. ANTON ONECA, J.: *Derecho penal*, cit., p. 72, cita como antecedente del artículo 258 la propuesta efectuada en 1810 por el Diputado José de Espiga, en la que señalaba que “habiendo sido convocadas las Cortes generales y extraordinarias, no sólo para formar una Constitución, sino también para reformar nuestra legislación; y conteniendo estas diversas partes, que exigen diferentes comisiones, pido que se nombre una para reformar la legislación civil, otra para la criminal, otra para el sistema de Hacienda, otra para el comercio, y otra para un plan de educación e instrucción pública”. *Vid. Diario de las Sesiones de Cortes, Legislatura Extraordinaria de 1821-1822*, cit., p. 477. Como ha indicado GONZALEZ MIRANDA y PIZARRO, J.: *Historia de la Codificación penal española y crítica del Código vigente*, cit., p. 6, a fin de llevar a término el contenido del citado artículo 258, las Cortes de 1813 y 1814 acordaron el nombramiento de comisiones para la Codificación penal, civil y mercantil de España, tarea que por las coyunturas políticas del momento no llegó a fructificar. Una vez restablecido el régimen monárquico absoluto, Fernando VII ordenó al Consejo de Castilla, mediante Real Decreto de 2 de diciembre de 1819, unificar la legislación penal. Consecuentemente, el 22 de agosto de 1820 las Cortes encargaron la redacción del Código penal a la Comisión presidida por D. José María Calatrava, Ministro de Gracia y Justicia, y compuesta por Martínez de la Rosa, Marina, Vadillo, Caro, Victórica, Crespo Cantolla, Rivera, Florez Estrada y Rey. *Vid. Diario de las Sesiones de Cortes, Legislatura Extraordinaria de 1821-1822*, cit., p. 477. Según ha señalado ANTON ONECA, J.: “Historia del Código penal de 1822”, cit., p. 267, los trabajos de elaboración del Proyecto comenzaron el 9 de noviembre de 1820 y concluyeron el 22 de abril de 1821, presentado el Proyecto definitivo a las Cortes extraordinarias para su discusión el 1 de noviembre de ese mismo año, trámite que duró hasta febrero de 1822.

⁸⁶ Como ha puesto de manifiesto CUELLO CONTRERAS, J.: *El Derecho penal español. Curso de iniciación. Parte general*, cit., p. 247, el Código penal de 1822 es “la primera Legislación unitaria y sistemática”. En sentido análogo, para ANTON ONECA, J.: “Historia del Código penal de 1822”, cit., p. 270, “se trata de un Código nuevo, no de la recopilación de las Leyes existentes en que se pensaba en la época de Carlos III”. En términos semejantes, cfr. MIRANDA y PIZARRO, J.: *Historia de la Codificación penal española y crítica del Código vigente*, cit., p. 12; FIESTAS LOZA, A.: “Algo más sobre la vigencia del Código penal de 1822”, cit., p., 57.

Península e islas adyacentes desde el 1 de enero de 1823⁸⁷, algunos autores dudan de su vigencia⁸⁸, al hallarse su aplicación condicionada a los vicisitudes de la vida política del momento; sin embargo, la mayor parte de la doctrina científica defiende su efectiva aplicación⁸⁹.

Como ha puesto de relieve ANTON ONECA, el Código penal de 1822, fruto del trienio liberal, “fue palenque en el que lucharon las ideas del Antiguo Régimen con las reformistas aportadas por la filosofía de la Ilustración”⁹⁰. Consecuentemente, es el resultado “de una extraña mezcla muy significativa de la época, de tradición y progreso, de rigor medieval y aspiración humanitaria”⁹¹. En el mismo sentido,

⁸⁷ Cfr. FIESTAS LOZA, A.: “Algo más sobre la vigencia del Código penal de 1822”, cit., p. 63.

⁸⁸ Entre los doctrinarios que dudan de su vigencia, ALONSO y ALONSO: “De la vigencia y aplicación del Código penal de 1822”, cit., p. 2 y 15, manifiesta: “únicamente pretendemos exponer algunas consideraciones fundadas en la creencia que sostenemos de que dicho Cuerpo legal no debió de tener nunca aplicación por los Tribunales”, concluyendo su estudio con la siguiente afirmación: “el primer Código penal aplicado a nuestra Patria fué, pues, el de 1848”.

⁸⁹ En opinión de Del ROSAL, J.: *Principios de Derecho penal español*, t. I, cit., p. 391, el Código penal de 1822 tuvo una vigencia de un año y tres meses. Comparte la tesis de una auténtica aplicación, aunque “breve, imperfecta y desigual” ANTON ONECA, J.: “Historia del Código penal de 1822”, cit., p. 275. Igualmente, JIMENEZ De ASUA, L.: *Tratado de Derecho penal*, cit., p. 758, coincide con Del Rosal al afirmar que “estuvo en vigor un año y tres meses”. En sentido semejante, CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 103, considera que la aplicación de este Código fue “breve”, al igual que CUELLO CONTRERAS, J.: *El Derecho penal español. Curso de iniciación. Parte general*, cit., p. 247, que la califica de “escasa”. Siguiendo la misma línea, LALINDE ABADIA, J.: *Iniciación histórica al Derecho español*, cit., p. 243, argumenta que “la vida del Código de 1822 (...) es muy corta”. Para FIESTAS LOZA, A.: “Algo más sobre la vigencia del Código penal de 1822”, cit., p. 76, resulta evidente que “el Código penal de 1822 estuvo vigente y fue aplicado por los Tribunales”. Secunda también una efectiva aplicación del Código penal de 1822 ALVAREZ GARCIA, F. J.: “Contribución al estudio sobre la aplicación del Código penal de 1822”, cit., p. 234.

⁹⁰ Cfr. ANTON ONECA, J.: “Historia del Código penal de 1822”, cit., p. 263.

GONZÁLEZ MIRANDA y PIZARRO⁹² ha destacado que el Código penal de 1822 admitió las teorías más avanzadas del momento, armonizándolas con el aspecto tradicional. También advirtió PESSINA la influencia del movimiento de reforma y del Código napoleónico de 1810, al expresar:

“En el Código de 1822 se nota a las claras que nuestro país no permanecía aislado del movimiento general europeo, y sentía inmediatamente el influjo del legislador francés; pero se nota que no se pusieron en olvido los precedentes locales más remotos y la opinión común aquí existente”⁹³.

La presencia del Código penal francés de 1810 en la redacción del Proyecto de Código penal de 1821 también ha sido consignada por PACHECO, al afirmar que “hay en él algo del Fuero Juzgo y de las Partidas, envuelto con el carácter del Código napoleón”⁹⁴. Entre los doctrinarios contemporáneos, LANDROVE DÍAZ ha advertido el claro empeño del Código penal de 1822 por ajustar “el elemento tradicional español con las elaboraciones contemporáneas”⁹⁵.

⁹¹ *Ibidem*, p. 73.

⁹² Cfr. GONZALEZ MIRANDA Y PIZARRO, J.: *Historia de la Codificación penal española y crítica del Código vigente*, cit., p. 12.

⁹³ Cfr. PESSINA, E.: *Elementos de Derecho penal*, cit., p. 149.

⁹⁴ Cfr. PACHECO, J. F.: *El Código penal concordado y comentado*, cit., p. LIV.

⁹⁵ Cfr. LANDROVE DIAZ, G.: *Introducción al Derecho penal español*, cit., p. 60.

A pesar de la declarada intención de armonizar nuestra tradicional legislación con las nuevas ideas surgidas a raíz del Pensamiento ilustrado, la Comisión encargada de redactar el Proyecto de Código criminal de 1821 reflejó, con claridad meridiana, el deseo de abandonar las obsoletas Leyes penales, al consignar:

“(...) habiéndose variado el orden político y recibido la sociedad nueva organización a consecuencia de la Ley fundamental, entendieron los ilustres miembros de las Cortes extraordinarias que había urgentísima necesidad de abandonar las antiguas Leyes y de reemplazarlas con una legislación análoga a esta nueva existencia política, a las costumbres, a las necesidades, a las luces y a las opiniones del siglo. Así que decretaron refundir toda la jurisprudencia española y crear un nuevo Código, obra original, fruto de meditaciones filosóficas sobre los deberes y mutuas relaciones de los miembros de la sociedad civil, y que partiendo desde los inalterables principios del orden público y de Justicia universal, se dirigiese a un solo centro, que es afianzar la tranquilidad y prosperidad del Estado, y amparar al ciudadano en la pacífica posesión de sus derechos y proporcionarle todas las ventajas de la libertad civil y de la seguridad individual (...)”⁹⁶.

En síntesis, el Código penal de 1822 es el resultado de la influencia de distintos factores: las disposiciones vigentes a la sazón en España; el Código penal francés de

⁹⁶ *Vid.* Proyecto de Código penal, presentado a las Cortes por la Comisión especial nombrada al efecto, en *Diario de las sesiones de Cortes, Legistatura extraordinaria de 1821- 1822*, cit., p. 482.

1810; el pensamiento ilustrado; el espíritu liberal de la Constitución gaditana de 1812; y la filosofía de BENTHAM⁹⁷, FILANGIERI y BEXON.

Respecto de las críticas efectuadas al Código penal de 1822 por los doctrinarios de la época, cabe destacar, sumariamente, las de PACHECO⁹⁸, a saber: “excesiva transgresión respecto de antiguas preocupaciones españolas ya superadas; subordinación de la claridad, sencillez y mérito legislativo a pretensiones artísticas y a un vanidoso aparato literario, resultando ser, por último, difuso”. A las anteriores críticas se pueden añadir las observaciones realizadas por otros autores del momento, que han sido recogidas por GONZÁLEZ MIRANDA y PIZARRO⁹⁹: utilización del término “penal”, siendo preferible, según los defensores del Antiguo Régimen, el calificativo “criminal”, o la denominación “de delitos y castigos”; falta de claridad en su redacción; ausencia de proporcionalidad entre el delito cometido y la pena aplicable. Destaca el anterior autor¹⁰⁰ como uno de los principales defectos del Código penal de 1822, su desmedido casuismo, limitando en exceso el arbitrio judicial. En este sentido, nos resulta curioso que desde esa opinión se defendiese lo

⁹⁷ La influencia de BENTHAM en las discusiones del Proyecto ha sido subrayada por ANTON ONECA, J.: “Historia del Código penal de 1822”, cit., p. 271, al manifestar que “el escritor más citado en los debates fue Bentham, especialmente por Calatrava”, con lo que se hizo sentir su filosofía basada en la subordinación de los fines de la pena al principio de ejemplariedad.

⁹⁸ Cfr. PACHECO, J. F.: *El Código penal concordado y comentado*, cit., p. LIV.

⁹⁹ Cfr. GONZALEZ MIRANDA y PIZARRO, J.: *Historia de la Codificación penal española y crítica del Código vigente*, cit., p. 13.

¹⁰⁰ *Ibidem*, pp. 15 y 16.

que de forma tan demoledora rechazaron los más calificados intelectuales de la época. Para ANTON ONECA una de las más importantes objeciones hechas a la totalidad fue la inclusión de términos procesales en una Ley penal sustantiva¹⁰¹.

Como ha destacado el anterior penalista¹⁰², del Código penal de 1822 existen, a diferencia del Código penal de 1848 del que no se publicaron las actas de la Comisión codificadora, tres tomos que contienen: el Proyecto; extractos de los informes que sobre él dieron varias organismos¹⁰³; las modificaciones que se operaron en el mismo como consecuencia de los citados informes; y, por último, el Diario de sesiones celebradas desde el 23 de noviembre de 1821 hasta el 13 de febrero de 1822¹⁰⁴, fecha en la que se aprobó el Proyecto definitivo.

¹⁰¹ Cfr. ANTON ONECA, J.: “Historia del Código penal de 1822”, cit., p. 272.

¹⁰² *Ibidem*, pp. 263 y 264.

¹⁰³ Como apunta RODRIGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho penal español*, cit., p. 96, en la elaboración del Código penal de 1822 fueron oídos las Universidades, Tribunales, Colegios de Abogados, el Ateneo español y algunos particulares. En este sentido, ANTON ONECA, J.: “Historia del Código penal de 1822”, cit., p. 268, ha comentado la crítica realizada por el Colegio de Abogados de Madrid a la Comisión codificadora, por tomar como modelo en la elaboración del Código penal español de 1822, el Código penal napoleónico, y ello porque su dureza, reseñaba el referido organismo, “es menos conforme a un pueblo destinado a la libertad”.

¹⁰⁴ Las interesantes discusiones del Proyecto de 1821, convertido un año más tarde en Código penal, ya fueron elogiadas por PACHECO, J. F.: *El Código penal concordado y comentado*, cit., p. LXI, al manifestar que “la batalla legislativa que precedió al Código penal de 1822; la batalla o debates que, recogidos especialmente, forman un libro de doctrina tan apreciable hoy como el Código mismo. Aquella discusión, para no hablar de otras, se elevó con frecuencia cuanto exigía la sublimidad del asunto sobre el que versaba. Algunas materias se dilucidaron completamente”. Desde una posición discrepante, ANTON ONECA, J.: “Historia del Código penal de 1822”, cit., p. 271, ha manifestado que estos debates parlamentarios no eran de gran rigor, en tanto en cuanto los conocimientos de los Diputados en la Ciencia jurídico penal entonces reciente, eran escasos.

Respecto de dichas sesiones, al objeto de ilustrar una virulenta y retributiva intervención del Diputado Martínez De La Rosa, quien calificó a la Comisión codificadora de indulgente por eximir al menor de diecisiete años de la pena de muerte, trabajos perpetuos, deportación, presidio y obras públicas, transcribimos, por su interés y expresividad, un fragmento de su exposición, que quedó recogida del siguiente modo:

“ (...) no podré menos de introducirme en el artículo siguiente, porque si las Cortes aprueban en éste que no se pueda imponer pena de muerte, trabajos perpetuos, deportación, presidio, ni obras públicas al menor de diecisiete años cumplidos, ni tampoco la de destierro; excluidas todas estas penas, claro es que en el artículo siguiente estarían las penas limitadas a un círculo muy estrecho. Por esta razón, la cuestión debe reducirse a lo siguiente: ¿conviene al bien público, al bien de la sociedad que los menores de diecisiete años cumplidos, aunque procedan con malicia y discernimiento (circunstancias que preliminarmente se han de determinar), conviene, digo, que estos individuos, sin más excepción que no pasar de diecisiete años, se les exima de pena de muerte, trabajos perpetuos, deportación, obras públicas, destierro?

(...)Vuelvo a decir que el joven que tenga diecisiete años, y que con discernimiento y malicia haya cometido un delito atroz, no debe quedar impune, como quedaría efectivamente si sólo se le impusiese una reclusión de algunos años, y se viera libre y tranquilo en la flor de su vida (...)

Por tanto, aplaudiendo los sentimientos de los señores de la Comisión, me parece que esta Ley está extendida con demasiada benignidad e indulgencia, y que no guarda la relación debida con el clima de la nación, ni con el estado de sus costumbres, ni con su situación política, que ahora menos que nunca debe desatenderse (...)”¹⁰⁵.

Tras una lectura detenida de los debates, en los que se discutió separada e individualmente cada uno de los 816 artículos que integraban el texto del Proyecto, se advierte la importancia de las intervenciones de José María Calatrava, Presidente de la Comisión redactora y, como matizó ANTON ONECA, el principal “animador y el alma de los debates parlamentarios”¹⁰⁶. En sentido análogo, para GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ lo más destacado de los debates del Proyecto fueron las discusiones “en que tomaron parte los jurisconsultos más distinguidos del parlamento y que sostuvo principalmente el Sr. Calatrava”¹⁰⁷. Por su acertada parquedad argumental, resulta interesante reproducir un extracto que, en turno de réplica, efectuó Calatrava a la anterior intervención del Diputado Martínez De La Rosa.

¹⁰⁵ Vid. *Diario de las Actas y Discusiones de las Cortes Extraordinarias de 1821*, vol. II, Imprenta Nacional, 1821, p. 231 y 232. Como ha puesto de manifiesto ANTON ONECA, J.: “Historia del Código penal de 1822”, cit. p. 269, entre los Diputados que mostraron su disconformidad respecto de alguno de los puntos del Proyecto, destacan las disertaciones de Martínez de la Rosa y Toreno.

¹⁰⁶ Cfr. ANTON ONECA, J.: “Historia del Código penal de 1822”, cit., p. 270.

¹⁰⁷ Cfr. GUTIERREZ FERNANDEZ, B.: *Examen histórico del Derecho penal*, cit., p. 246.

“ (...) por lo relativo a la base de que a los menores de diecisiete años no se les ha de imponer nunca más que la cuarta parte a la mitad de la pena señalada al delito, esto está ya acordado por el Congreso (...) Sin embargo, no me limitaré a esta consideración, porque hay otras razones con que contestar al señor Martínez De La Rosa (...). Me parece que un muchacho a quien se impone una reclusión de quince años no se podrá decir que queda impune, ni tampoco se paseará insultando la Justicia (...). Pero ¿qué males podrían resultar (...) de que un muchacho sea condenado a presidio y obras públicas? Yo creo que muy graves; porque un joven que acaso no ha cometido más que un solo hurto, y que aun puede ser hombre de bien, iría a parar a un destino en que acabase de viciar sus inclinaciones y corromper su corazón, en que aprendiese lo que nunca hubiere sabido, saliendo de allí amaestrado en los delitos, y como autorizado para ser un facineroso en adelante. Mas con respecto a la pena de muerte ¿seríamos mas rigurosos en este Código que lo es el francés, aunque tampoco liberal, y aun más que nuestras Leyes actuales? Acostumbrada la nación a no ver en el cadalso menores de diecisiete años, ¿qué efecto saludable podía causar el que los viese ahora? ¿quién no se compadecería, acusando la dureza de la Ley? (...). Las leyes de Partida previenen que se les disminuya el castigo, reconociendo que no merecen tanto como los adultos. ¿Y nosotros iríamos ahora a imponer la pena de muerte a muchachos de esa edad? No podré convenir nunca en esto”¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Vid. *Diario de las Actas y Discusiones de las Cortes Extraordinarias de 1821*, cit., pp. 233 y 234.

Al Código penal de 1822 se ha referido PACHECO afirmando que “es un Código científico¹⁰⁹. La ciencia del Derecho y la buena Filosofía inspiran la mayor parte de sus disposiciones. Digno del siglo, mejoraba inmensamente la situación penal de la nación. Pero es, a veces, demasiado duro”¹¹⁰. Paradigma de esta severidad¹¹¹ es el contenido del artículo 23, que tras fijar positivamente la minoría de edad penal en siete años, límite por debajo del cual operaba total e incondicionalmente la exención de responsabilidad criminal, introducía seguidamente la cuestión del discernimiento¹¹² bajo la siguiente redacción:

Tampoco puede ser considerado como delincuente ni culpable, en ningún caso, el menor de siete años cumplidos. Si el mayor de esta edad, pero que no haya cumplido la de diecisiete, cometiére alguna acción que tenga el carácter de delito o culpa, se examinará y declarará previamente en el juicio si ha obrado o no con

¹⁰⁹ El mismo calificativo ha sido otorgado por GONZALEZ MIRANDA y PIZARRO, J.: *Historia de la Codificación penal española y crítica del Código vigente*, cit., p. 12.

¹¹⁰ Cfr. PACHECO, J. F.: *El Código penal concordado y comentado*, cit., p. LIV.

¹¹¹ Como ha puesto de relieve CUELLO CONTRERAS, J.: *El Derecho penal español. Curso de iniciación. Parte general*, cit., p. 249, en el Código penal de 1822 existen numerosos artículos que demuestran un claro predominio de la prevención general.

¹¹² Como ya señalara GUALLART y LOPEZ De GOICOECHEA, J.: *El Derecho penal de los menores. Los Tribunales para niños*, cit., p. 94, el Código penal de 1822 incorporó el criterio del discernimiento como herencia del Código napoleónico.

*discernimiento y malicia según lo que resulte, y lo más o menos desarrolladas que estén sus facultades intelectuales*¹¹³.

Consecuentemente, los mayores de siete años y menores de diecisiete, que a criterio del Tribunal hubieran obrado con discernimiento, podían sufrir la misma pena privativa de libertad que los adultos, aunque, como veremos más adelante, ésta será atenuada. Esta lamentable situación motivó que en el año 1834 se promulgara, mediante Real Decreto de 14 de abril, la Ordenanza General de los Presidios, cuyo artículo 123 disponía:

*Para la corrección de los desgraciados jóvenes a quienes la orfandad, el abandono de los padres o la influencia de malas compañías lanzó en la carrera de los crímenes antes que la experiencia le haya revelado el mal que causan a la sociedad y a sí mismos, mando que todos los presidiarios menores de dieciocho años que haya en cada presidio vivan unidos en una cuadra o departamento con total separación de los de mayor edad*¹¹⁴.

¹¹³ Cfr. LOPEZ BARJA De QUIROGA, J./RODRIGUEZ RAMOS, L./RUIZ De CORDEJUELA, L.: *Códigos penales españoles*, cit., pp. 19 y 20.

¹¹⁴ Cfr. SANCHEZ MARTINEZ, F.: *Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores. Ley 4/1992*, cit., pp. 119 y 120 y VENTURA FACI, R.: “El menor como agente del delito”, en *El menor en la legislación actual*, Madrid, 1998, p. 165. Los acertados artículos 123 a 128 que la Ordenanza de 1834 dedicó a los jóvenes infractores fueron objeto de elogio por GUALLART y LOPEZ De GOICOECHEA, J.: *El Derecho penal de los menores. Los Tribunales para niños*, cit., p. 79, pues

Los términos discernimiento y malicia, tan sólo, se van a recoger simultáneamente en el Código penal de 1822 y en los Proyectos absolutistas previos al Código de 1848, desapareciendo definitivamente este último vocablo en los siguientes Textos punitivos, a excepción del Código de 1870, que también empleó esta palabra para designar el dolo.

A la expresión “malicia” se ha referido ANTON ONECA precisando que “era usado como equivalente a dolo”¹¹⁵, mientras que en el hablar vulgar significaba “mala intención, o sea, una valoración moral de los motivos”¹¹⁶. Sobre el significado de esta palabra, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1873¹¹⁷ resuelve que “cuando resulta probado que un hecho se ha ejecutado con malicia, no puede decirse que haya sido causado por imprudencia temeraria”.

Siguiendo con las discusiones parlamentarias previas a la aprobación del Proyecto de Código penal de 1821, es de interés resaltar que las Cortes encontraron oposición a la fijación del límite de edad en los siete años¹¹⁸. Dado que el Proyecto fue completado con los informes elaborados por varios organismos, el Colegio de

evitaban la convivencia de dichos jóvenes con los adultos, lo que desencadenaba, sin lugar a duda, contagio, promiscuidad y corrupción.

¹¹⁵ Cfr. ANTON ONECA, J.: “Historia del Código penal de 1822”, cit., p. 273.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 251.

¹¹⁷ (JC 1696).

Granada propuso que se eximiese de toda pena al menor de diez años y medio, la Audiencia de Madrid consideraba que “la edad de siete años es demasiado tierna para obrar con discernimiento y malicia”¹¹⁹, prefiriendo la *Ley de Partida* que fijaba la edad de exención de la responsabilidad criminal en los diez años y medio para todos los delitos, a excepción del de lujuria, para el que la irresponsabilidad era fijada en catorce años para el varón y doce para la hembra, como ya ha sido expuesto. En opinión de PACHECO, el límite debía estar comprendido entre los de diez y los doce años.

Frente a las anteriores observaciones, el Presidente Calatrava, en nombre de la Comisión redactora del Proyecto, expuso las razones que fundamentaban el límite de la minoría de edad penal en siete años. Por su interés conviene transcribir, de forma literal, su parecer:

“El menor de siete años en ningún caso puede considerarse como delincuente ni culpable, cualquiera que sea la malicia que en él se suponga. Aunque entre nosotros no faltan muchachos de siete años que obran ya con bastante malicia, ha querido la Comisión que en ningún caso, cualquiera que sea la culpa, se le pueda poner en juicio, ni sujetar a ninguna pena, ni ordinaria ni extraordinaria, ni

¹¹⁸ Vid. *Diario de las Actas y Discusiones de las Cortes Extraordinarias de 1821*, sesión del día 12 de diciembre de 1821, cit., pp. 63 y ss.

¹¹⁹ Cfr JIMENEZ De ASUA, L., adiciones a la obra de CARRARA, F.: *Programa del curso de Derecho criminal. Parte general*, cit., p. 543.

correccional; más atendiendo a que en España la adolescencia suele ser bastante precoz por razón del clima, ha creído que desde siete años en adelante puede haber malicia y discernimiento”¹²⁰.

Del anterior extracto de la exposición de Calatrava se deduce un auténtico desconocimiento de la Ciencias médico-psicológica y psiquiátrica que debían haber auxiliado la interpretación de este artículo¹²¹. En efecto, la perspectiva desde la que se debía haber abordado el estudio de la minoría de edad penal, como causa de exclusión de la responsabilidad criminal, incluía una obligada referencia al análisis de la realidad psíquica del menor. Bajo un punto de vista actual, resulta duro y curioso, a la vez, que la comisión determinase el momento a partir del cual comienza la adolescencia, única y exclusivamente, en función del clima¹²². Aun en

¹²⁰ Vid. *Diario de las Actas y Discusiones de las Cortes Extraordinarias de 1821*, sesión del día 12 de diciembre de 1821, cit., p. 65.

¹²¹ Ya denunció DORADO MONTERO esta laguna existente en el Derecho penal vigente a la sazón, proponiendo el estudio del delincuente “en su propia y entera realidad, determinada, principalmente, por el examen de todo lo que el sujeto sea, y en primer término por el examen de su mundo íntimo, de su psicología”. En definitiva, propugnó “que el Derecho penal se haga cada vez más psicológico y que se dé entrada principal en su acción a los factores internos o psíquicos de los delincuentes”. Respecto a los menores y jóvenes, matizó que “corresponde al médico (sobre todo al psiquiatra, no se olvide,) una parte tan principal como al maestro o empleado penitenciario (...). Los médicos son, hoy por hoy, los que más se consagran al estudio del hombre realísimamente, estudio necesario para la acertada obra educativa en la que hay que incluir, conforme va dicho, la del tratamiento de los delincuentes”. Cfr. DORADO MONTERO, P.: *Nuevos derroteros penales*, Barcelona, 1905, pp. 123-124, 141 y 142.

¹²² Sobre este particular, nos puede servir de ejemplo ilustrativo la exposición de AZCUTIA, M.: *La Ley penal. Estudios prácticos sobre la interpretación, inteligencia y aplicación del Código de 1870, en su relación con los de 1848 y 1850, con nuestras antiguas Leyes patrias y con las principales legislaciones extranjeras*, Madrid, 1876, p. 122, donde señala: “más que en las regiones septentrionales avanza la naturaleza en las meridionales y se desarrolla y crece más la existencia en todos los seres y en todos los objetos, y nada raro es, por lo tanto, ni es extraño, antes bien se

la hipótesis de admitir como válido este argumento insólito, la falta de homogeneidad climática en España impediría un desarrollo psíquico del menor igual en todas las regiones.

Tras la exposición de Calatrava y la del Diputado San Miguel, la Comisión, apartándose inoportunamente del criterio establecido en las *Partidas*¹²³ y siguiendo el criterio del Derecho romano, aprobó el artículo 21 del Proyecto, convertido posteriormente en el 23 del Código penal, sin subsanar las limitaciones referidas en materia de conocimientos psicológicos. Tampoco se modificó el tope mínimo de edad penal fijado en siete años, tal y como había sido solicitado por los organismos anteriormente citados, con lo que se produjo un importante retroceso respecto de la regulación efectuada por las *Partidas*.

observa como, en igualdad de edades, son antes hombres en las segundas, por su inteligencia y reflexión, los que en las primeras tardan mucho más en adquirir ese carácter”.

¹²³ Las *Partidas* no fueron adoptadas como modelo en la aprobación del Proyecto de Código penal de 1821, pese a ser un célebre Código y, como ha elogiado la doctrina científica, “un portento del humano saber, y la obra más admirable que a la sazón produjeron los tiempos”. Cfr. ALVAREZ MARTINEZ, C.: “De la necesidad de la reforma de las Leyes penales”, cit., p. 218. Destacan también su importancia JIMENEZ De ASUA, L./ANTON ONECA, J.: *Derecho penal conforme al Código penal de 1928. Parte general*, t. I, cit., p. 39; PACHECO, J. F.: *El Código penal concordado y comentado*, cit., p. XLIII; ALONSO MARTINEZ, M.: “Reformas legislativas que demandan con urgencia nuestra patria”, cit., p. 191, para quien “las siete Partidas son, sin duda, en el fondo y en la forma, por su contenido, por la claridad de su redacción y las inimitables galas del lenguaje y del estilo, un monumento impercedero de sabiduría, sin rival en la Europa de la Edad Media”.

El origen del límite de edad fijado en siete años por el Código penal de 1822¹²⁴ ha sido puesto de manifiesto por Del ROSAL BLASCO, al afirmar que “el Código de 1822 acoge, sin embargo, el límite temporal de irresponsabilidad y los criterios subjetivos y morales del Derecho canónico medieval (a su vez, receptor del Derecho romano¹²⁵), que declaraba la exención total por debajo de los siete años y consagraba, con el famoso aforismo “*malitia suplet aetatem*”, el criterio del discernimiento para los delitos cometidos por los impúberes de siete a doce o catorce años”¹²⁶, edad a partir de la cual la existencia de responsabilidad era

¹²⁴ Vid. *Diario de las Actas y Discusiones de las Cortes Extraordinarias de 1821*, cit., p. 236, concretamente, la intervención del Diputado Gareli, quien, siguiendo la filosofía de Hipócrates y de los estoicos, explica la razón por la que el Proyecto de 1821 fijó el tope mínimo de menor edad en siete años, manifestando que la naturaleza se marca por signos visibles cada siete años hasta su total desarrollo, de ahí que fijasen la infancia a los siete años, la pubertad a los catorce y la plenitud de edad a los veintiuno.

¹²⁵ El Derecho romano distinguía tres edades en el tratamiento de la minoría de edad penal: infantes, impúberes y menores. 1. Los infantes, hasta los siete años, no podían cometer delito, y, por ende, no podían ser castigados, pues hasta esa edad no existía la inteligencia del Derecho, ni la voluntad criminal. 2. Los impúberes, desde los siete hasta los catorce años, no quedaban absolutamente exentos de castigo, sino que mediante el juicio del discernimiento se averiguaba, según la naturaleza particular de cada delito, si los menores eran o no capaces de dolo. 3. Los menores, después de llegar a la pubertad, sólo, en condiciones especiales, en delitos culposos, probablemente, pero no en delitos de adulterio o estupro, podían obtener una atenuación de la pena, y, solamente, respecto de algunos delitos se presumía su ignorancia del Derecho. Cfr. PESSINA, E.: *Elementos de Derecho penal*, cit., pp. 360 y 361; CASTEJON, F.: *Comentarios científico-prácticos al Código penal de 1870*, vol. II, Madrid, 1926, pp. 387 y 388. Sobre este particular, GROIZARD, uno de los más calificados comentaristas del siglo XIX, puso de relieve, con singular acierto, la insuficiente idea que los romanos tenían de la condición del hombre en la infancia, al equiparar al infante con el mudo. Cfr. GROIZARD y GOMEZ De LA SERNA, A.: *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, t. I, Salamanca, 1897, p. 200.

¹²⁶ Cfr. Del ROSAL BLASCO, B.: “Joven delincuente y Derecho penal”, cit., p. 1039. Añade JIMENEZ De ASUA que entre la infancia y la pubertad, esto es, los catorce años en los varones y los doce en las hembras, probablemente existió un periodo de responsabilidad, y en el supuesto de que el agente fuese *doli capax*, se aplicaba una pena atenuada. Cfr. JIMENEZ De ASUA, L., adiciones a la obra de CARRARA, F.: *Programa del curso de Derecho criminal. Parte general*, cit., p. 542.

determinada, no a través de reglas demasiado generales, sino según los delitos, castigándose sólo con pena menor los cometidos durante la adolescencia¹²⁷.

En una primera aproximación, podemos afirmar que el legislador del Código penal 1822 introdujo en el artículo 23 una redacción errónea, toda vez que los aspectos relativos a la antijuricidad y culpabilidad aparecen claramente indiferenciados, lo que repercute en un inevitable confusionismo entre las causas de exclusión de la antijuricidad, o causas de justificación¹²⁸, y las de la culpabilidad¹²⁹.

Conviene precisar al respecto que el delito existe siempre que el menor cometa un hecho típicamente antijurídico, lo que no significa que necesariamente tenga que ser penado, pues, como es sabido, el delito existe con la mera afirmación conceptual de su punibilidad, independientemente de su real punición. Ello no obstante, como señala PUENTE SEGURA, reproduciendo las gráficas palabras de BELING, para que una acción u omisión antijurídica resulte penalmente relevante, además de

¹²⁷ Cfr. PESSINA, E.: *Elementos de Derecho penal*, cit., p. 361.

¹²⁸ Efectivamente, el error de la doctrina científica del siglo XIX era considerar que por debajo de cierta edad no existe delito, reconociendo la menor edad como causa de justificación, excusa, o disculpa, que impide la imputabilidad, extingue la responsabilidad y desnaturaliza el verdadero carácter antijurídico de la acción. Cfr. PACHECO, J. F.: *Estudios de Derecho penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840*, t. II, 4º ed., Madrid, 1877, pp. 77, 79, 81 y 84.

¹²⁹ Será a mediados del siglo XIX cuando se empiece a diferenciar nítidamente entre las causas de exclusión de la antijuricidad y las que excluyen la culpabilidad. En el mismo sentido, cfr. RIOS MARTIN, J. C.: *El menor infractor ante la Ley penal*, cit., p. 35.

poder censurar el hecho por su nocividad, se debe también reprochar a su autor el haberlo cometido¹³⁰.

Así las cosas, las anteriores críticas al artículo 23 nos advierten del escaso conocimiento de la Ciencia penal española a principios del siglo XIX. Además, difícilmente se podría valorar el grado de desarrollo de las facultades intelectuales del menor con los escasos conocimientos que se tenía de las Ciencias psicológicas y psiquiátricas.

En efecto, no será hasta el siguiente Código penal de 1848 cuando se encuadre sistemáticamente la minoría de edad penal dentro de las causas que excluyen y atenúan la responsabilidad criminal.

Completando el precepto 23, el siguiente artículo 24 del Código penal de 1822 disponía:

Si se declarare haber obrado sin discernimiento y malicia el menor de diecisiete años, no se le impondrá pena alguna, y se le entregará a sus padres, abuelos, tutores o curadores para que le corrijan y cuiden de él; pero si éstos no pudieren hacerlo, o no merecieren confianza, y la edad adulta del menor y la

¹³⁰ Cfr. PUENTE SEGURA, L.: *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, Madrid, 1997, p. 26.

gravedad del caso requirieren otra medida al prudente juicio del juez, podrá este poner al menor en una casa de corrección por el tiempo que crea conveniente, con tal que nunca pase de la época en que cumpla los veinte años de edad.

Retrotrayéndonos a principios del siglo XIX, si probar que el menor había actuado con discernimiento resultaba enormemente difícil, no menos complejidades ofrecía, como ha señalado RÍOS MARTÍN, “la opción de entregarle a su familia ante la dudosa existencia de las garantías que ésta podría ofrecer respecto al apoyo educativo necesitado por el menor. De una manera u otra, el niño acababa internado, bien en la cárcel por haber obrado con discernimiento, o en un hospicio, por carecer los padres de las condiciones necesarias para su educación”¹³¹.

No obstante, la previsión legal recogida en el último párrafo del artículo 24 es loable desde el punto de vista de la duración, pues la adopción de una medida por tiempo determinado resulta más útil y acorde con las exigencias legales actuales que la consistente en una duración indeterminada, como es la prevista en el derogado artículo 65 del anterior Código penal de 1973¹³².

¹³¹ Cfr. RÍOS MARTÍN, J. C.: *El menor infractor ante la Ley penal*, cit. pp. 113 y 114.

¹³² *Vid. infra* apartado 2.2.3. del Cap. III.

Si, por el contrario, se declaraba que el menor de diecisiete años había obrado con discernimiento y malicia, el artículo 25 preveía una atenuación de la pena en los siguientes términos:

Si se declarare haber obrado con discernimiento y malicia, se le castigará con la cuarta parte a la mitad de la pena señalada al delito, según lo que se prescribirá en los artículos 64 y 65.

En relación con este último precepto se establecía una graduación de penas para el menor de diecisiete años, dependiendo del delito que hubiese cometido. Así, pues, el artículo 64 le excluía de la pena de muerte, trabajos perpetuos, deportación, presidio, obras públicas, infamia y destierro, y, conforme al contenido del artículo 65, si incurría con discernimiento y malicia en delito de pena capital, o de trabajos perpetuos, le era aplicado una pena de quince años de reclusión, mientras que si al delito cometido le correspondía una pena de deportación o destierro perpetuo del reino, se le aplicaba la misma pena de reclusión, pero con una duración de diez años. En el supuesto de cometer un delito que llevase aparejada pena de obras públicas, presidio o reclusión, el menor de diecisiete años sufría esta misma pena, pero en la cuarta parte a la mitad del tiempo previsto. Si el delito era de destierro de lugar determinado o de infamia, la pena prevista era de uno a tres años en casa de corrección. Por último, si al delito perpetrado le correspondía prisión, confinamiento o arresto, la pena era la misma, pero en la cuarta parte a la mitad del tiempo

respectivo, quedando al arbitrio del Juez la posibilidad de que dichas penas se cumpliesen en una casa de corrección¹³³.

Al límite máximo de menor edad, fijado por nuestro primer Código penal en diecisiete años, se refirió el que fuera Presidente de la Real Academia Española, PACHECO, en sus doctas Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en los años 1839 y 1840, manifestando su conformidad con las siguientes palabras:

“ (...) Este término de diecisiete años es a la verdad arbitrario; pero habiendo de señalarse alguno, no nos parece que está del todo mal escogido, vista la disposición general de los jóvenes cuando llegan a él (...)”¹³⁴.

Desde luego, la importancia de la edad no pasó inadvertida para PACHECO, quien señaló en las mismas Lecciones impartidas en el Ateneo de Madrid que este dato “había de representar un importante papel en la esfera de la conciencia y de las Leyes, del moralista y del hombre de Estado”¹³⁵.

¹³³ Cfr. LOPEZ BARJA De QUIROGA, J./RODRIGUEZ RAMOS, L./RUIZ De CORDEJUELA, L.: *Códigos penales españoles*, cit., pp. 28 y 29.

¹³⁴ Cfr. PACHECO, J. F.: *Estudios de Derecho penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840*, t. II, cit., p. 79.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 78.

Para concluir, resulta de interés señalar que el artículo 107 del Código de 1822 preveía como circunstancias que disminuían el “grado del delito”¹³⁶, “la corta edad del delincuente, y su falta de talento o de instrucción”. Huelga decir que esta justificación es errónea, pues el hecho de que el acto delictivo haya sido perpetrado por un menor no significa una alteración o disminución de su carácter antijurídico.

4. LOS PROYECTOS ABSOLUTISTAS PREVIOS AL CÓDIGO PENAL DE 1848

Tras la desaparición del Código penal de 1822, como consecuencia de la reacción absolutista¹³⁷, surge pronto la necesidad de nuevos intentos codificadores. A este

¹³⁶ ANTON ONECA, siguiendo a CARRARA, ha explicado el significado de “grado de delito” con las siguientes palabras: “cuando el elemento moral del delito constituido por la inteligencia y voluntad se presente en un hecho particular menor que de ordinario, ya porque la inteligencia fuese deficiente o menos activa, o ya porque la voluntad fuese deficiente o menos espontánea, tendremos una atenuación del elemento moral”. Cfr. ANTON ONECA, J.: *Derecho penal. Obra ajustada al programa del primer ejercicio de oposiciones al cuerpo de aspirantes a la Judicatura y al Ministerio Fiscal*, Madrid, 1922, p. 85. Esta técnica del grado se opone a la francesa de las circunstancias que, sin embargo, ha prevalecido. *Ibidem*, p. 86.

¹³⁷ Con el triunfo de la reacción absolutista, el 1 de octubre de 1823 Fernando VII procedió a anular todos los actos del Gobierno constitucional y, consecuentemente, el Código penal de 1822, de tal modo que, hasta la promulgación del siguiente Código penal en 1848, se volvió a la *Novísima Recopilación*, a Los *Fueros*, y las *Partidas*. Esta violenta reacción contra el régimen constitucional de 1820-1823 no sólo produjo la anulación del Código penal de 1822, sino también “el abandono por de pronto de los propósitos codificadores enunciados en el Decreto de 1819”. Cfr. ANTON ONECA, J.: “El Código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco”, en *ADPCP*, vol. XVIII, Madrid, 1965, p. 473. Respecto de este paso hacia atrás en la evolución de la legislación penal española, Pacheco realizó una severa crítica al manifestar que “en la necia y universal reacción de 1823, estaba escrito que quedase ahogada aquella obra de la inteligencia. Parecía mejor sin duda a los vencedores el contexto de la Séptima Partida, y la edificante humanidad de las pragmáticas de

contexto histórico-penal se ha referido PACHECO señalando que “pudo la reacción acabar con ese Código, porque le habían hecho las Cortes; pero tuvo que nombrar una Junta o Comisión de magistrados, para que prepararan otro con el cual se satisficiera su mismo objeto”¹³⁸.

Una vez restablecido el equilibrio político, se hizo aún más patente la necesidad de elaborar un Código penal que sustituyera al virtualmente derogado en 1823; sin embargo, ninguno de los tres Proyectos de 1830, 1831 y 1834 surtirá efecto en la vida jurídica nacional.

De los tres Proyectos penales mencionados, dedicaremos un estudio más detenido al de fecha 31 de mayo de 1831, elaborado por SAINZ De ANDINO, por ser, como ha subrayado GONZÁLEZ MIRANDA y PIZARRO¹³⁹, entre otras razones, un documento curiosísimo, de gran trascendencia.

Felipe V, que lo que se había decretado en nombre de la libertad y de los imprescriptibles derechos de nuestra especie. Mirado como hijo de la Constitución, compartió aquel Código el terrible anatema que pesaba sobre su madre”. Cfr. PACHECO, J. F.: *El Código penal concordado y comentado*, cit., pp. LIV y LV.

¹³⁸ *Ibidem*, p. LV.

¹³⁹ Cfr. GONZALEZ MIRANDA y PIZARRO, J.: *Historia de la Codificación penal española y crítica del Código vigente*, cit., p. 18.

Por lo que atañe al primer Proyecto absolutista¹⁴⁰, también conocido como Proyecto ASTA, la voluntariedad es considerada como único elemento subjetivo en la definición de delito¹⁴¹. Correlativamente, el artículo 21¹⁴² distingue tres grados de malicia, a saber: máximo, medio e ínfimo. Recordemos que el término “malicia” aparece por primera vez en el Código penal de 1822 y, retrotrayéndonos más aún en el tiempo, en las *Partidas*, concretamente, bajo la denominación “a sabiendas”. Del precitado artículo 21, CASABO¹⁴³ ha destacado la influencia de Filangieri en la aportación del elemento “voluntariedad” al concepto de delito, así como en la distinción de los grados de malicia y culpa introducidos por Asta, miembro destacado de la Comisión redactora del Proyecto.

¹⁴⁰ El Proyecto de 1830 fue redactado por una Junta nombrada por Real Orden de 26 de abril de 1829, e integrada por Esteban Asta, Ramón López Pelegrín, Joaquín Hernández Company, y Pedro Sainz de Andino. Cfr. GONZALEZ MIRANDA y PIZARRO, J.: *Historia de la Codificación penal española y crítica del Código vigente*, cit., pp. 17 y 18. El texto del Proyecto de Código penal de 1830, y un análisis a su articulado se puede ver en CASABO RUIZ, J. R.: *El Proyecto de Código criminal de 1830*, Universidad de Murcia, 1978.

¹⁴¹ El artículo 9 del Proyecto de 1830 establece que *el delito se presume voluntariamente ejecutado*. Recogido en CASABO RUIZ, J. R.: *El Proyecto de Código criminal de 1830*, cit., p. 62 y LASSO GAITE, F.: *Crónica de la Codificación española*, vol. II, cit., p. 192.

¹⁴² El artículo 21 del Proyecto de 1830 dispone que *en los delitos se considerarán tres grados de malicia: máximo, medio e ínfimo. Se considerará un delito cometido con el grado máximo de malicia, cuando se perpetre sin proceder causa impulsiva y con circunstancias tan agravantes que dan a conocer la perversidad del que lo cometió. Se reputará con el grado medio de malicia, cuando la causa impulsiva es débil y el delito se comete con premeditación; y últimamente se calificará con el grado ínfimo, cuando el impulso es fuerte y la acción se hace en el primer movimiento de una pasión violenta y vehemente*. Recogido, igualmente, en CASABO RUIZ, J. R.: *El Proyecto de Código criminal de 1830*, cit., p. 63; LASSO GAITE, F.: *Crónica de la Codificación española*, vol. II, cit., pp. 142 y 143.

¹⁴³ Cfr. CASABO RUIZ, J. R.: *El Proyecto de Código criminal de 1830*, cit., pp. 10-12.

En cuanto a la eximente de minoría de edad penal, es de interés resaltar que el Proyecto de 1830 no regula el discernimiento como criterio delimitador de la exención de responsabilidad criminal, respecto de una segunda edad o periodo. Así, pues, el artículo 35¹⁴⁴, tan sólo, se refiere a los diez años y medio como límite mínimo de menor edad, inspirándose, desde una perspectiva más progresista y acertada, en las *Partidas*, y no en el Código de 1822 que, como ya ha quedado expuesto, fijaba dicho límite a la temprana edad de siete años. Por lo que concierne a su redacción, el texto empleado en el mentado artículo 35 no resulta en absoluto acertado, pues, como ya hemos comentado, la cuestión no debe ser abordada desde la imprecisa fórmula de considerar al menor como no delincuente, o no susceptible de delinquir, sino como sujeto inimputable y, como tal, exento de responsabilidad criminal¹⁴⁵.

La misma crítica que la anteriormente efectuada resulta de aplicación al artículo 28¹⁴⁶ del mismo Proyecto, donde, de nuevo, se redunda en el empleo de un texto excesivamente primigenio y retrógrado.

¹⁴⁴ El artículo 35 del Proyecto de 1830 dispone que *los menores de diez años y medio no pueden ser considerados como delincuentes*. Cfr. CASABO RUIZ, J. R.: *El Proyecto de Código criminal de 1830*, cit., p. 65; LASSO GAITE, F.: *Crónica de la Codificación española*, vol. II, cit., p. 143.

¹⁴⁵ No olvidemos que hasta mediados del siglo XIX no aparecerán los presupuestos que conforman el moderno concepto dogmático-formal de delito, entendido como hecho típico, antijurídico y culpable.

¹⁴⁶ El artículo 28 del Proyecto de 1830 contempla la menor edad dentro del elenco de circunstancias que disminuyen el delito. El referido artículo establece que *las circunstancias que disminuyen el delito son la buena conducta anterior y aplicación al trabajo; el primer movimiento*

Continuando con la evolución histórico-legislativa, debido a la rapidez con que se había confeccionado el Proyecto de 1830, los miembros de la Junta de 1829 propusieron “otra revisión más detenida que pudiera contribuir a perfeccionarlo (...). Teniendo en consideración que D. Pedro Sainz de Andino, individuo y Secretario que había sido de ella, se encontraría con un exacto conocimiento de las razones que se tuvieron presentes en la discusión, en Real Orden de 23 de mayo de 1830, previno al mismo señor que meditando lo que pudiera contribuir al mejor arreglo y perfección de lo hecho, lo redactase definitivamente, empleando en ello toda su inteligencia, celo y eficacia”¹⁴⁷.

En cumplimiento de la tarea que le fue encomendada¹⁴⁸, el 25 de mayo de 1831, el gaditano Sainz de Andino presentó un nuevo Proyecto de Código criminal¹⁴⁹ del que

de una pasión vehemente o inculpable, los insultos que en el acto se hubiesen hecho al ofensor por el ofendido, la menor edad y el resarcimiento del daño antes de ser procesado el delincuente. Recogido en CASABO RUIZ, J. R.: *El Proyecto de Código criminal de 1830*, cit., p. 64 y LASSO GAITE, F.: *Crónica de la Codificación española*, vol. II, cit., p. 143.

¹⁴⁷ Cfr. LASSO GAITE, F.: *Crónica de la Codificación española*, vol. I, cit., p. 201.

¹⁴⁸ Finalmente, Sainz de Andino redactó un Proyecto manuscrito, que posteriormente sería encontrado por González Miranda en el archivo del Ministerio de Gracia y Justicia. Cfr. GONZALEZ MIRANDA y PIZARRO, J.: *Historia de la Codificación penal española y crítica del Código vigente*, cit., p. 17.

¹⁴⁹ El texto del Proyecto de Sainz de Andino de 1831 se puede leer en el estudio realizado por CASABO RUIZ, J. R.: *El Proyecto de Código criminal de 1831 de Sáinz de Andino*, Universidad de Murcia, 1978. Para un análisis de este Proyecto cfr., igualmente: CASTEJON CALDERON, R.: “El Proyecto Sáinz de Andino de Código criminal de 1831”, en *RGLJ*, núm. 174, 1943, pp. 38-41; LANDROVE DIAZ, G.: “En torno al Proyecto Sainz de Andino de Código criminal”, en *Estudios Penales. Libro-Homenaje al Profesor ANTON ONECA, J.*, Salamanca, 1982, pp. 285-296. Como ha expuesto este último autor, el Proyecto de 1831, unido a uno de los juristas mas notables del pasado

CASABO ha comentado que su interés “no reside en su originalidad, pues en muchas ocasiones sigue de modo más o menos disimulado al Código penal de 1822, sino en el hecho de que parece constituir el eslabón que une muchas disposiciones de este Código con el de 1848. No se poseen datos suficientes para afirmar que el Código de 1848 tuviese en cuenta el Proyecto de Andino, pero no puede negarse la existencia de indicios que permiten abrigar esa sospecha”¹⁵⁰. A grandes rasgos, concluye CASTEJON en el estudio que realizó de este Proyecto, que “en la redacción propuesta por Sáinz de Andino se hallan notables ventajas, y que para su tiempo resulta más adelantado y comprensivo que el de 1870”¹⁵¹.

Entre las más llamativas innovaciones, subraya CASABO¹⁵² que, a diferencia del Código penal de 1822 y del Proyecto de 1830, el de Sainz de Andino no incluye ningún precepto que defina el concepto legal de delito; no obstante, puntualiza que la redacción del artículo 2¹⁵³ tiene la misma finalidad que dicho concepto, a saber: dejar fuera todas las conductas no incriminables.

siglo, ha sido prácticamente desconocido hasta 1978, momento en el que comenzó a divulgarse, sobre todo, por la encomiable tarea realizada por Casabó Ruiz, quien facilitó con su trabajo la labor de actuales investigadores. Cfr. LANDROVE DIAZ, G.: “En torno al Proyecto Sainz de Andino de Código criminal”, cit., p. 287.

¹⁵⁰ Cfr. CASABO RUIZ, J. R.: *El Proyecto de Código criminal de 1831 de Sáinz de Andino*, cit., p. 3.

¹⁵¹ Cfr. CASTEJON CALDERON, R.: “El Proyecto Sáinz de Andino de Código criminal de 1831”, cit., pp. 40 y 41.

¹⁵² Cfr. CASABO RUIZ, J. R.: *El Proyecto de Código criminal de 1831 de Sáinz de Andino*, cit., p. 7.

Respecto de la materia objeto de investigación, la exigente de minoría de edad penal aparece regulada en el artículo 4, fijando el límite de exclusión de la responsabilidad criminal en diez años, por lo que, sobre este extremo, el Proyecto de Sainz de Andino no siguió al Código penal de 1822, sino que, al igual que el Proyecto del año anterior, fijó el límite establecido en las *Partidas*; pero redondeándolo, esta vez, a diez años, sin hacer referencia, tampoco, al examen del discernimiento.

En cuanto al texto del mentado artículo 4, no se aprecian cambios sustanciales respecto del Proyecto anterior, tan sólo, se sustituye la redacción *los menores de diez años y medio no pueden ser considerados como delincuentes*, por la fórmula, no menos errónea, de *no hay delito en las infracciones de Ley cometidas por varones o hembras que no hayan cumplido diez años*¹⁵⁴. Consecuentemente, podemos afirmar que el legislador del Proyecto de 1831 vuelve a ser reiterativo y, desde luego, desconocedor del significado actual de antijuricidad, así como del requisito ineludible de abordar el hecho delictivo desde un análisis que ha de incluir el estudio

¹⁵³ El artículo 2 del Proyecto de Sainz de Andino preceptúa que *en toda infracción de Ley que prohíbe u ordena alguna cosa bajo pena, se considerará cometido un delito, mientras no conste que el contraventor haya procedido sin voluntad, sin libertad o sin conocimiento del fin y de los efectos inmediatos y necesarios del acto u omisión en que haya incurrido*. Recogido en CASABO RUIZ, J. R.: *El Proyecto de Código criminal de 1831 de Sáinz de Andino*, cit., p. 4.

¹⁵⁴ Cfr. CASABO RUIZ, J. R.: *El Proyecto de Código criminal de 1831 de Sáinz de Andino*, cit., p. 4.

de las tres categorías dogmáticas que lo conforman¹⁵⁵, esto es: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad; presupuestos que concurren en el menor, a excepción de la imputabilidad, o capacidad de culpabilidad, cuya ausencia es lo que justifica la exención de responsabilidad criminal conforme al Código penal de adultos.

En lo relativo a la aminoración de la pena, en el Proyecto de 1831 se introducen varias atenuaciones por razón de la edad, olvidadas en el Proyecto anterior. Así, para los menores de diecisiete años se conmuta la pena de muerte, trabajos perpetuos, o encierro solitario, deportación y vergüenza pública, por otras penas (artículo 118¹⁵⁶), y para los menores de catorce años se sustituye la pena corporal por la de reclusión en casa correccional por el tiempo que determine el Tribunal (artículo 119¹⁵⁷).

¹⁵⁵ Conviene precisar, siguiendo la línea apuntada por COBO Del ROSAL, M./VIVES ANTON, T. S.: *Derecho penal. Parte general*, 4º ed., Valencia, 1996, p. 254, que, sin negar el carácter unitario al hecho delictivo, resulta insoslayable afirmar que la definición jurídico-penal de delito ha de proceder por vía analítica.

¹⁵⁶ Conforme al artículo 118 del Proyecto de Sainz de Andino, *la pena de muerte y las de trabajos perpetuos, encierro solitario de por vida, deportación y exposición a la vergüenza pública, no serán en caso alguno aplicables a los menores de diecisiete años. Los delincuentes de esta clase que incurran en la de muerte, sufrirán la de veinte años de reclusión con encierro solitario. Por la de trabajos perpetuos se les destinará a quince años de reclusión, y por la de deportación a diez de la misma pena. La exposición a la vergüenza pública se excusará en estos delincuentes sin más agravación de pena que la que corresponda imponerles según lo que se dispone en este artículo.* Cfr., CASABO RUIZ, J. R.: *El Proyecto de Código criminal de 1831 de Sáinz de Andino*, cit., p. 54.

¹⁵⁷ El artículo 119 del Proyecto de Sainz de Andino dispone que *siendo el delincuente menor de catorce años se sustituirá a cualquiera especie de pena corporal que la Ley imponga al delito de que se haya hecho culpabe, la de reclusión en una casa correccional por el tiempo que el Tribunal gradúe necesario para su corrección y escarmiento con arreglo a la gravedad del delito, sus circunstancias y el grado de malicia que se advierta en su autor, con tal que la duración de la pena no pase del tiempo en que el reo cumpla veinticinco años que será el máximo que se le podrá imponer cuando la pena ordinaria del delito tenga la calidad de perpetua. Pero si ésta fuese la de muerte y resultase que el menor ha procedido con toda malicia y resolución en la perpretación del*

Como hemos consignado anteriormente, de este Proyecto se ha comentado que tuvo en cuenta el Código de 1822. Demuestra la anterior aserción el citado artículo 119, donde se puede advertir la inspiración del legislador en la regulación prevista en el precepto 24 del primer Texto penal. Igualmente, la finalidad de corregir al delincuente también tomó como modelo el Código punitivo de 1822.

En otro orden de consideraciones, los informes desfavorables vapulearon el Proyecto elaborado por Sainz de Andino, lo que llegó a producir, en lugar de su aprobación, el nombramiento de una segunda Comisión para su revisión¹⁵⁸; tarea que se materializó con el Proyecto de Código penal 1834¹⁵⁹, que constituirá el último intento codificador del periodo absolutista, si bien en el momento de su

delito, se le agravará la pena de la reclusión con el encierro en solitario por el tiempo que le falte hasta cumplir los veinticinco años . Ibidem, p. 54.

¹⁵⁸ La Comisión encargada de la revisión del Proyecto de 1831 estaba integrada por Noriega, Escudero, Caro, Berriozábal, Pardo, Sainz de Andino y López de Vinuesa. Entre las críticas efectuadas al citado Proyecto aducieron: la falta de método; lenguaje oscuro, incorrecto y redundante; falta de originalidad; no satisfacía las antiguas esperanzas de la Nación etc. En síntesis, la Junta manifestó sentir “con la mayor amargura ver retrasado de este modo esta grande obra (...) no ha estado en su mano encontrar en el Proyecto de D. Pedro Sainz de Andino aptitud y disposición para una reforma pronta, útil y saludable. No por esto desconoce la Junta que hay en él materiales muy útiles para este objeto; pero escondidos bajo montones mucho más crecidos de escombros, sería más difícil y penoso desenterrarlos y ponerlos en orden que formar un nuevo Código”. Estas críticas aparecen recogidas en LASSO GAITE, F.: *Crónica de la Codificación española*, vol. I, cit., pp. 209-214.

¹⁵⁹ La Exposición Preliminar y el nuevo Proyecto de Código criminal fueron firmados el 16 de julio de 1834, por López Pelegrín, Hevia y Noriega, Sisternes, Conde de Vallehermoso y Fernández Company. Cfr. LASSO GAITE, F.: *Crónica de la Codificación española*, vol. I, cit., p. 217. Para un completo estudio de este Proyecto, cfr. CASABO RUIZ, J. R.: *El Proyecto de Código criminal de 1834*, Universidad de Murcia, 1978.

presentación, su origen y gestación ya no coincidirá con el inicio de la nueva etapa liberal.

En síntesis, este último Proyecto, como señaló CASABO RUIZ, “es el de 1830 con leves retoques que no afectan en manera alguna a sus principios informadores, al menos en lo que se refiere a la materia penal”, siendo su novedad más significativa “la sistemática”¹⁶⁰.

Cabe mencionar que el concepto de delito reproduce el de 1830, distinguiendo el artículo 21¹⁶¹, de nuevo, tres grados de malicia: máximo, medio e ínfimo, con lo que se vuelve a equiparar la voluntad con la malicia, considerando a esta “como elemento del delito”¹⁶².

Por lo que concierne a la minoría de edad penal, al igual que sus precedentes, este último Proyecto tampoco contempla el juicio del discernimiento como criterio delimitador de una posible responsabilidad criminal respecto de una segunda edad,

¹⁶⁰ *Ibídem*, p. 7.

¹⁶¹ El artículo 21 del Proyecto de 1834 preceptúa que *en los delitos se considerarán tres grados de malicia: máximo, medio e ínfimo. Se considerará un delito cometido con el grado máximo de malicia cuando se perpetró sin preceder causa impulsiva, y con circunstancias tan agravantes que dan a conocer la perversidad del que lo cometió; se reputará con el grado medio de malicia cuando la causa impulsiva es débil y el delito se comete con premeditación; y, últimamente, se calificará con el grado ínfimo cuando el impulso es fuerte y la acción se ejecuta en el primer movimiento de una pasión vehemente y violenta.* Recogido en CASABO RUIZ, J. R.: *El Proyecto de Código criminal de 1834*, cit., p. 40.

y, como en el primer Proyecto absolutista, el límite se fija en diez años y medio; pero ahora se regula junto a la enajenación en un mismo artículo¹⁶³, lo que resulta de todo punto erróneo, por tratarse de dos supuestos evidentemente distintos, que requieren una configuración individualizada.

En cuanto a su redacción, el artículo 15 mejora considerablemente, al apreciar la minoría de edad como una *excepción que revela de culpabilidad*, lo que significa una ligera aproximación a su valoración actual como causa que excluye la responsabilidad criminal, por lo menos, respecto del Código penal común.

En materia de penas, el Proyecto de 1834 reproduce los preceptos del de 1830; sin embargo, recoge alguna de las innovaciones introducidas por el Proyecto de Sainz de Andino. Así, se prohíbe la aplicación de la pena de muerte¹⁶⁴ y la argolla¹⁶⁵ a los menores de diecisiete años.

¹⁶² *Ibídem*, p. 10.

¹⁶³ El artículo 15 del Proyecto de 1834 establece que *la menor edad de diez años y medio, la demencia habitual y manifiesta, y la estupidez o falta absoluta de razón y sentido común son excepciones que relevan de culpabilidad*. *Ibídem*, p. 39.

¹⁶⁴ El artículo 72 del Proyecto de 1834 dispone que *no se impondrá esta pena a los menores de diecisiete años ni mayores de ochenta, sino una proporcionada al grado de malicia que se considere en ellos*. *Ibídem*, p. 45.

¹⁶⁵ Conforme al artículo 93 del Proyecto de 1834 *esta pena no se impondrá a (...) los menores de diecisiete (...)*. *Ibídem*, p. 47.

Respecto de las circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal, el artículo 31¹⁶⁶, en el mismo sentido erróneo que el expresado en el Proyecto de 1830, contempla la menor edad como una de las circunstancias que disminuyen el grado del delito.

En cuanto a las críticas efectuadas al Proyecto de 1834 por los doctrinarios de la época, destacamos la modalidad interpretativa de PACHECO, para quien “hacía desear infinitas mejoras (...) ciertamente era mejor que el antiguo; pero nada moderno hemos visto tan incompleto y tan defectuoso. Si le hubieran discutido, habrían tenido que hacerle de nuevo las Cortes”¹⁶⁷.

Posteriormente, el 1 de septiembre de 1836, como ha puesto de relieve CANDIL JIMÉNEZ, se creó una Comisión codificadora¹⁶⁸ “para formar una instrucción de procedimiento civil y criminal”¹⁶⁹, que actuó con relativa regularidad hasta 1839,

¹⁶⁶ EL artículo 31 del Proyecto de 1834 preceptúa que *las circunstancias que disminuyen el delito son la buena conducta anterior y aplicación al trabajo, el primer movimiento de una pasión vehemente e inculpable, los insultos que en el acto hubiese recibido el ofensor del ofendido, la menor edad, el respeto reverencial, y el resarcimiento del daño, antes de ser procesado el delincuente. Ibídem*, p. 41.

¹⁶⁷ Cfr. PACHECO, J. F.: *El Código penal concordado y comentado*, cit., p. LV.

¹⁶⁸ Para un estudio del Proyecto del Ministro Gómez Becerra (1836), cfr. LASSO GAITE, F.: *Crónica de la Codificación española*, vol. I, cit., pp. 230 y ss. A este Proyecto se ha referido Pacheco manifestando que “no ha llegado nunca a publicarse ni a presentarse en los cuerpos colegisladores. Justo es, sin embargo, decir, para los que tienen de él alguna noticia o idea, que esta obra ha sido muy superior a la precedente, y digna, sin la menor duda, de la ciencia del Derecho y de la época en que se redactaba”. Cfr. PACHECO, J. F.: *El Código penal concordado y comentado*, cit., p. LV.

extinguiéndose, definitivamente, con el nombramiento de la Comisión General de Códigos en 1843.

5. EL CÓDIGO PENAL DE 1848¹⁷⁰ (Y SU REFORMA DE 1850)

Con posterioridad a los malogrados Proyectos absolutistas, se nombró una Comisión de Códigos¹⁷¹, formada por ilustres jurisconsultos¹⁷², para la redacción de

¹⁶⁹ Cfr. CANDIL JIMENEZ, F.: “Observaciones sobre la intervención de Don Joaquín Francisco Pacheco en la elaboración del Código penal de 1848”, en *ADPCP*, vol. XXVIII, Madrid, 1975, p. 406.

¹⁷⁰ Sobre el Código penal de 1848 véase, en general, la siguiente bibliografía: ALVAREZ MARTINEZ, C/De VIZMANOS, T. M.: *Comentarios al nuevo Código penal*, vol. I y II, Madrid, 1848; ANTON ONECA, J.: “El Código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco”, cit., pp. 473 y ss.; CANDIL JIMENEZ, F.: “Observaciones sobre la intervención de Don Joaquín Francisco Pacheco en la elaboración del Código penal de 1848”, cit., pp. 405 y ss.; CASTEJON, F.: “Apuntes de historia política y legislativa del Código penal de 1848”, en *RGLJ*, Madrid, 1953, pp. 105-113; CASTRO y OROZCO, J./ORTIZ De ZUÑIGA, M.: *Código penal explicado para la común inteligencia y fácil aplicación de sus disposiciones*, t. I, Granada, 1848; PACHECO, J. F.: *El Código penal concordado y comentado*, cit., pp. LVI y ss.; REVUELTA BENITO, R.: “El Código penal de 1848 y su gran comentarista don Joaquín Francisco Pacheco”, en *REP*, núm. 6, 1945, pp. 31 y ss.; VIRTO LARRUSCAIN, M. J.: *El caso fortuito y la construcción del sistema de culpabilidad en el Código penal de 1848*, cit.

¹⁷¹ Por Decreto de 19 de agosto de 1843 se creó una Comisión general de Códigos, siendo entonces Ministro de Gracia y Justicia, don Joaquín María López. El 16 de septiembre de 1845 se nombró una Comisión especial para redactar definitivamente, corregir y uniformar el estilo del Código penal. Cfr. CANDIL JIMENEZ, F.: “Observaciones sobre la intervención de Don Joaquín Francisco Pacheco en la elaboración del Código penal de 1848”, cit., pp. 406 y 441. El Proyecto entró en el Senado el 13 de febrero de 1847, y, una vez tomado en consideración, pasó al Congreso el 16 de febrero de 1848, siendo discutido en las sesiones de los días 10 al 16 de marzo del año en curso. Cfr. CASTEJON, F.: “Apuntes de historia política y legislativa del Código penal de 1848”, cit., p. 110.

¹⁷² Además de Joaquín María López, que instituyó la Comisión y concurrió a ella en los primeros momentos, formaban parte de la misma: Manuel Cortina, primer presidente; Juan Bravo Murillo, que le reemplazó en el cargo; Joaquín Francisco Pacheco; Francisco y José Castro y Orozco; Tomás Vizmanos; Cirilio Alvarez; Manuel Ortiz De Zúñiga; y Pascual Madoz. Cfr. PACHECO, J. F.: *El*

los Códigos procesal, civil y penal¹⁷³. Por Ley de 19 de marzo de 1848, el Gobierno fue autorizado para publicar el nuevo Código penal, que entró en vigor el 1 de julio de ese mismo año¹⁷⁴.

A grandes rasgos, el Código de 1848 fue obra de un gobierno moderado, presidido por Narváez, consolidador de tímidas conquistas liberales¹⁷⁵.

Las razones que justificaban la elaboración de un nuevo Código penal fueron evidenciadas por el propio PACHECO, sagaz espectador de su tiempo:

“ (...) Si el estado de la sociedad y de la ciencia, de muchos años a esta parte nos lo pedía; si los trabajos que se multiplicaran desde la primera época constitucional, lo reclamaban; no lo pedía, ni lo reclamaba menos la comparación

Código penal concordado y comentado, cit., p. LVII; ANTON ONECA, J.: *Derecho penal*, cit., p. 74.

¹⁷³ Cfr. PACHECO, J. F.: *El Código penal concordado y comentado*, cit., pp. LVII.

¹⁷⁴ Como ya fue expuesto en el apartado correspondiente al Código penal de 1822, en la elaboración del Código de 1848 no se publicaron las actas de la Comisión codificadora, deficiencia que fue denunciada por PACHECO, J. F.: *El Código penal concordado y comentado*, cit., p. LXII, al expresar: “es una desgracia que semejantes discusiones no se hayan recogido, o se hayan recogido mal. Durante mucho tiempo no asistieron taquígrafos a la Comisión. Cuando asistieron, tomaron los debates con ligereza, sin inteligencia, sin escrupulosidad”. También se echó en falta la elaboración de informes por parte de Tribunales, Colegios de Abogados y Universidades, así como el examen, o discusión parlamentaria individualizada, de cada uno de los artículos que integraban el texto del Proyecto, como se hiciera años antes en la discusión del Código penal de 1822. Cfr. ANTON ONECA, J.: “El Código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco”, cit., p. 486.

¹⁷⁵ Cfr. ANTON ONECA, J.: *Derecho penal*, cit., p. 75; CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 107; SAINZ CANTERO, J. A.: *Lecciones de Derecho penal*, cit., p. 235.

que saltaba a los ojos entre nuestro Estado y el de las demás naciones de Europa en este punto. Desdoro sería ya que continuásemos por más tiempo sujetos a la bárbara legislación penal del siglo XIII, o a la proclamada arbitrariedad del XVIII, mientras que los demás pueblos de esta parte del mundo y algunos del nuevo continente habían reformado y ordenado esta parte de su derecho, de una manera más o menos satisfactoria, pero siempre racional y científica (...)”¹⁷⁶.

El Código penal de 1848 ha sido denominado en España “Código Pacheco”¹⁷⁷, en la inteligencia de que éste fue su principal autor¹⁷⁸; sin embargo, investigaciones recientes, fundamentalmente las de ANTON ONECA y CANDIL JIMÉNEZ, evidencian que su contribución en la redacción del Código no fue tan decisiva como se había pensado.

Frente a la idea generalizada de los penalistas del siglo XIX que atribuían a PACHECO la parte principal en la redacción del Código, ANTON ONECA, pese a reconocer que sí contribuyó en la tarea codificadora, introduce, no obstante, una novedad, al precisar que su participación “registrada en las actas que se conservan es modesta comparada con la de los otros”, añadiendo, seguidamente, que “en suma, el Proyecto fue obra colectiva, dentro de la cual es difícil, con datos incompletos,

¹⁷⁶ Cfr. PACHECO, J. F.: *El Código penal concordado y comentado*, cit., pp. LVII.

¹⁷⁷ Cfr. LANDROVE DIAZ, G.: *Introducción al Derecho penal español*, cit., p. 62.

calibrar el haber de cada uno; pero la participación más destacada es la de Seijas”¹⁷⁹. Comparte esta tesis CANDIL JIMÉNEZ, entre cuyas conclusiones destaca “la escasísima participación que don Juan Francisco Pacheco tuvo en los debates del Anteproyecto del Código penal de 1848 (...). Pacheco oyó algunos debates sin participar prácticamente en ellos (...). Las actividades de la Comisión se hallaban muy avanzadas cuando ingresa en ella Pacheco, hasta el punto que a la primera sesión a la que él asiste, Seijas Lozano presenta a la Comisión el Anteproyecto del Libro primero del Código penal, íntegramente redactado por él”¹⁸⁰. No secunda esta opinión Federico CASTEJON¹⁸¹, para quien la figura de PACHECO fue capital en la Codificación punitiva de 1848.

Para conocer las fuentes de inspiración del Código penal de 1848, nada mejor que remitirnos, pese a las anteriores precisiones de algún sector doctrinal, a lo expuesto por PACHECO, ilustre comentarista de este Código y uno de sus principales artífices¹⁸², al menos, por la fuerza de su gran prestigio científico y por la

¹⁷⁸ Cfr. JIMENEZ De ASUA, L.: *Tratado de Derecho penal*, cit., p. 757.

¹⁷⁹ Cfr. ANTON ONECA, J.: “El Código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco”, cit., p. 491. Esta nueva aportación científica ha sido calificada por la doctrina “como uno de los acontecimientos más sensacionales de los últimos años”. Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho penal español*, cit., p. 101.

¹⁸⁰ Cfr. CANDIL JIMENEZ, F.: “Observaciones sobre la intervención de Don Joaquín Francisco Pacheco en la elaboración del Código penal de 1848”, cit., pp. 423, 426 y 440.

¹⁸¹ Cfr. CASTEJON, F.: “Apuntes de historia política y legislativa del Código penal de 1848”, cit., p. 110.

propagación de las ideas eclécticas¹⁸³ entre los miembros de la Comisión redactora del Proyecto:

“ (...) la Comisión tuvo presente en la elaboración de su obra, por una parte las teorías de los filósofos criminalistas modernos y los preceptos consignados en todos los Códigos recientes, práctica europea de la nueva civilización; y, por otra, las disposiciones de todas nuestras Leyes antiguas y la jurisprudencia de todos nuestros Tribunales (...)”¹⁸⁴.

Consecuentemente, podemos afirmar que, al igual que el Código penal de 1822, el de 1848 armonizó las nuevas aportaciones científicas con el elemento tradicional¹⁸⁵.

¹⁸² Pese a las interesantes aportaciones de ANTON ONECA y CANDIL JIMENEZ, la influencia de Pacheco en la redacción del Código penal de 1848 es indiscutible, pues, como ha consignado el propio ANTON ONECA, fue quien “preparó el ambiente doctrinal”. Cfr. ANTON ONECA, J.: “El Código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco”, cit., p. 473. Además, como él mismo reconoció, durante algún tiempo formó parte de la Comisión encargada de redactar el Código. Cfr. PACHECO, J. F.: *El Código penal concordado y comentado*, cit., p. LIX. Su influjo en la elaboración del Código penal de 1848 también ha sido advertido por PESSINA, E.: *Elementos de Derecho penal*, cit., p. 405.

¹⁸³ La doctrina ecléctica, fundada por Pacheco en la expiación, influirá en el pensamiento penal español hasta, aproximadamente, 1865, momento de la muerte de su principal propagandista, y del inicio de la dirección correccionalista. Cfr. CASTEJON, F.: “Las ideas penales en la época del Código penal de 1870”, en *Conmemoración del centenario de la Ley provisional sobre organización del Poder Judicial y del Código penal de 1870*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1970, p. 61.

¹⁸⁴ Cfr. PACHECO, J. F.: *El Código penal concordado y comentado*, cit., p. LIX.

¹⁸⁵ En términos semejantes, para VIRTO LARRUSCAIN, M. J.: *El caso fortuito y la construcción del sistema de culpabilidad en el Código penal de 1848*, cit., p. 55, en la elaboración del Código penal de 1848 “las ideas de los reformadores del Derecho penal, germinadas en la Ilustración y

Continuando con la génesis del Código de 1848, parece que hay unanimidad de criterio a la hora de afirmar que su influencia legislativa procede del Código napoleónico de 1810, el napolitano de 1819 y el brasileño de 1830¹⁸⁶, y, en cuanto a su influjo doctrinal, éste procede del clasicismo penal de Rossi¹⁸⁷, cuyo fundamento se halla en la Justicia y su límite en la utilidad¹⁸⁸.

Sobre la trascendencia de este Código¹⁸⁹, que para una objetiva y justa valoración habría que situarse en el contexto histórico-penal del que surge, nos remitimos a lo expuesto por ANTON ONECA, quien, por su parte, enuncia, comparándolo con el

desarrolladas más tarde por los representantes de la Escuela clásica, coexisten, en pugna todavía con los principios consagrados en la vigente legislación penal del Antiguo Régimen”.

¹⁸⁶ Cfr. CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 107; GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Introducción a la parte general del Derecho penal español*, Madrid, 1979, p. 19; LALINDE ABADIA, J.: *Iniciación histórica al Derecho español*, cit. p. 244; LANDROVE DIAZ, G.: *Introducción al Derecho penal español*, cit., p. 62; RODRIGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho penal español*, cit., p. 101; SAINZ CANTERO, J. A.: *Lecciones de Derecho penal*, cit., p. 227.

¹⁸⁷ Cfr. LANDROVE DIAZ, G.: *Introducción al Derecho penal español*, cit., p. 62; ANTON ONECA, J.: *Derecho penal*, cit., pp. 74 y 75. Del mismo: “El Código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco”, cit., p. 477; SAINZ CANTERO, J. A.: *Lecciones de Derecho penal*, cit., p. 226; VALDES RUBIO, J. M.: *Derecho penal. Su Filosofía, Historia, Legislación y Jurisprudencia*, t. II, cit., p. 225. Pellegrino Rossi creó un sistema mixto con claro predominio de la Justicia sobre la utilidad, combatiendo el utilitarismo de Bentham sobre la base del orden moral preexistente en todas las cosas que resultaba indivisible del orden jurídico.

¹⁸⁸ Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho penal español*, cit., p. 101.

¹⁸⁹ No han faltado voces de elogio para el Código penal de 1848, fundamentalmente expresadas por los autores de la época, que, desde luego, eran partidarios de los principios intimidatorios impregnados en aquellos preceptos. En este sentido, VALDES RUBIO, J. M.: *Derecho penal. Su Filosofía, Historia, Legislación y Jurisprudencia*, t. II, cit., p. 227, comenta al respecto que “la época, las luchas políticas, el influjo de la Enciclopedia y de la Revolución, la filosofía ecléctica, muy en boga a la sazón; en suma, el medio ambiente en que vivían, les impedía hacer más. Pero prueba que hicieron mucho, que ha sido obra maestra, consultada, cuando menos, por muchos extraños, y que rige aún con todos sus defectos, agrandados por la distancia en el tiempo, que aleja más que el espacio y que no puede desandarse como éste”.

Texto punitivo anterior, “que está más depurado de supervivencias, y compuesto con mayor reposo y en tiempos de mejor técnica, es más sistemático y de mejor estilo”¹⁹⁰, sin olvidar que los principios impregnados en sus preceptos son la retribución y la defensa, entendida ésta como intimidación general¹⁹¹, a lo que añade el citado penalista, como la más importante de entre todas las críticas, la de las normas para aplicar las penas, conocidas por su dificultad como “aritmética penal”; no obstante, su finalidad era combatir el régimen de arbitrio judicial anteriormente imperante¹⁹².

En lo que atañe a su estructura, “se ha conservado gran parte de su contenido”¹⁹³. En este sentido, la sistematización de la minoría de edad penal como causa excluyente y atenuante de la responsabilidad criminal, regulada en el Libro I, Título I, Capítulo II, “de las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal”, y Capítulo III, “de las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal”, va a permanecer invariable hasta el nuevo Código penal de 1995, con la salvedad del

¹⁹⁰ Cfr. ANTON ONECA, J.: “Historia del Código penal de 1822”, cit., p. 263.

¹⁹¹ Cfr. ANTON ONECA, J.: “El Código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco”, cit., p. 489. Precisamente, como ha destacado CUELLO CONTRERAS, J.: *El Derecho penal español. Curso de iniciación. Parte general*, cit., p. 250, lo que fundamentalmente se ha reprochado al Código penal de 1848 ha sido su orientación hacia la expiación, en detrimento de la prevención general y especial.

¹⁹² Cfr. ANTON ONECA, J.: “El Código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco”, cit., pp. 473 y 490.

Código de 1928. Consecuentemente, a partir del Texto punitivo de 1848 la minoría de edad presenta una doble eficacia como causa eximente y atenuante de la responsabilidad criminal.

Así, pues, la configuración de la minoría de edad penal en el Texto punitivo de 1848 va a representar un profundo y acertado cambio respecto del Código precedente, donde era regulada en el Capítulo segundo, bajo el epígrafe “De los delincuentes y culpables, y de los que responden de las acciones de otros”.

Ciertamente, la redacción introducida por el legislador del Código penal de 1848 mejora, al menos en materia de eximentes, respecto del anterior Cuerpo legal¹⁹⁴. Y ello porque, como ya hemos mencionado en reiteradas ocasiones, la concreta cuestión de la minoría de edad no puede ser abordada desde la perspectiva de no considerar delincuentes a los inimputables, sino que éstos, por no concurrir en ellos todas las categorías que integran el actual concepto dogmático de delito, concretamente la culpabilidad, deben estar exentos de responsabilidad criminal, al menos conforme al Código penal de adultos.

¹⁹³ Cfr. ANTON ONECA, J.: *Derecho penal*, cit., p. 74. En efecto, su estructura ha permanecido hasta, aproximadamente, 1983. Cfr. CUELLO CONTRERAS, J.: *El Derecho penal español. Curso de iniciación. Parte general*, cit., p. 250.

¹⁹⁴ En sentido parecido, Cfr. CASTELLO NICAS, N.: *La imputabilidad penal del drogodependiente*, Granada, 1997, p. 73. Entre los autores de la época, defienden la redacción utilizada por el Código penal de 1822, ALVAREZ CID, J./ALVAREZ CID, T.: *El Código penal de 1870*, Córdoba, 1908, p. 83, al considerar que por debajo de los nueve años el niño, en ningún caso, delinque.

Antes de efectuar un desarrollo más exhaustivo del tema objeto de estudio, podemos adelantar que, en síntesis, el Código de 1848 distinguió tres segmentos de edades: 1°. Hasta los nueve años se establecía una irresponsabilidad absoluta; 2°. Desde esta edad hasta los quince era preciso verificar el examen del discernimiento, de tal suerte que si no concurría se declaraba al menor irresponsable, y en caso de que se estimase se le aplicaba una pena discrecional, pero siempre inferior en dos grados a la señalada por la Ley al delito cometido, y ello por entender que el menor de dicha edad era responsable; 3°. Desde los quince a los dieciocho años, considerándose por primera vez en nuestra legislación la edad inferior a dieciocho años como causa de atenuación, resulta de aplicación, en el grado que corresponda, la pena inmediatamente inferior a la señalada por la Ley. Consecuentemente, la pena era aplicada en toda su extensión a partir de los dieciocho años, constituyendo esta edad el inicio de la cuarta y última etapa. Esta clasificación de la edad penal en tres periodos será adoptada íntegramente por el siguiente Texto punitivo de 1870.

En efecto, con el Código penal de 1848 la minoría de edad penal se eleva hasta los nueve años, conforme preceptúa el artículo 8.2¹⁹⁵. En este sentido, conviene precisar que en los Códigos penales históricos las modificaciones del límite de edad penal nunca han obedecido a justificaciones científicas. Respecto del precitado artículo, el

¹⁹⁵ El párrafo segundo del artículo 8 del Código de 1848 establece que *está exento de responsabilidad criminal el menor de nueve años*.

Diputado Laborda, asistiéndole la razón, impugnó la rebaja de la edad penal a nueve años¹⁹⁶, comparándolo con los diez años y medio establecido en las *Partidas*, donde, incluso, como ya hemos apuntado, se elevaba la edad hasta los catorce años para el varón y doce para la hembra en los delitos de lujuria. Tampoco el Código de 1848 tuvo en consideración el límite fijado por los anteriores Proyectos absolutistas que, como también ha quedado expuesto, establecían la exención de responsabilidad criminal del menor en diez años (Proyecto de Sainz de Andino de 1831), o diez años y medio (Proyectos de 1830 y 1834).

Así, pues, a la hora de fijar el límite mínimo de edad penal el Código de 1848 va a resultar más severo que las *Partidas*, ya que admite la posibilidad de que se imponga castigo año y medio antes que el plazo fijado por aquella¹⁹⁷. Al someterse a discusión esta concreta cuestión en los debates parlamentarios previos a la aprobación del Código, PACHECO, haciéndose eco de las diferentes exposiciones, resumió el sentir general de la Comisión del siguiente modo:

“Hasta los nueve años ninguna responsabilidad, desde esta edad hasta los quince, necesidad de declaración pública del Tribunal; hasta los veinte atenuación, y

¹⁹⁶ Cfr. ANTON ONECA, J.: “El Código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco”, cit., p. 487.

¹⁹⁷ Esta mayor severidad del Código penal de 1848 ha sido justificada, desde una posición evidentemente retrógrada, por CASTRO y OROZCO, J./ORTIZ De ZUÑIGA, M.: *Código penal*

no puede aplicarse más que reclusión perpetua, y de ésta en adelante toda la responsabilidad”¹⁹⁸.

Con términos parecidos quedó redactado el texto definitivo, salvo con alguna modificación como la atenuante de menor edad, que se redujo a dieciocho años, quedando excluida para éste la pena de muerte. En sentido opuesto se manifestó el Diputado Luzurriaga¹⁹⁹, quien, con gran dureza, defendió la aplicación de la pena capital para los sujetos de edad inferior a los dieciocho años, por considerar que es ésta la edad de las pasiones.

Justifica PACHECO²⁰⁰, respecto de una primera edad o periodo que comprende hasta los nueve años, que el Código penal de 1848 no reconozca la existencia de culpabilidad, ni de acto punible, ni de responsabilidad, en el hecho de que no admite el discernimiento para justificarla. Realizando una observación más interesante y acertada, por cierto, que la anterior, señala el citado comentarista que, en definitiva, se producía una errónea equiparación entre el loco y el menor de nueve años, al ser considerado este último por el legislador como un sujeto incapacitado mentalmente.

explicado para la común inteligencia y fácil aplicación de sus disposiciones, cit., p. 53, sobre la base de que más de una vez se han presentado en los Tribunales casos de “malignidad precoz”.

¹⁹⁸ Las intervenciones de Juan Francisco PACHECO y LUZURRIAGA han sido recogidas por CANDIL JIMENEZ, F.: “Observaciones sobre la intervención de Don Joaquín Francisco Pacheco en la elaboración del Código penal de 1848”, cit., p. 429 y ss.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 429.

²⁰⁰ Cfr. PACHECO, J. F.: *El Código penal concordado y comentado*, cit., pp. 141 y 142.

Como es lógico, respecto de estas dos causas no puede hablarse en los mismos términos de ausencia de imputabilidad, ya que el tan imperfecto concepto psiquiátrico, “loco”, comprende a aquél que tiene gravemente alterada su conciencia de la realidad²⁰¹.

Al igual que su precedente, el Código de 1848 mantuvo el criterio del discernimiento, artículo 8.3²⁰², pero en este caso, para los mayores de nueve y menores de quince. También hubo quien, desde una posición más progresista y acertada, solicitó ampliar el examen referente al discernimiento hasta la edad de veintiún años²⁰³. Desde una postura más conservadora y retributiva, CASTRO y OROZCO, y ORTIZ De ZUÑIGA justificaron el que una pena recayese sobre un menor de quince años alegando que “será niño en la edad pero hombre en la malicia”²⁰⁴.

²⁰¹ Señala a este respecto CANTARERO, R.: *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación: Derecho penal y procesal de menores*, Madrid, 1988, p. 117, que el menor de edad, en tanto inculpable, ha de situarse en un plano de diversidad absoluta, alejado de lo que se entiende socialmente por “normalidad”, tanto en términos estadísticos, como patológico-médicos.

²⁰² El artículo 8, párrafo tercero, del Código penal de 1848 dispone que *están exentos de responsabilidad criminal, el mayor de nueve y menor de quince, a no ser que haya obrado con discernimiento. El Tribunal hará declaración expresa sobre este punto para imponerle pena, o declararle irresponsable*. En relación con este precepto, el artículo 72, párrafo primero, del citado Texto penal establece que *al menor de quince años, mayor de nueve, que no esté exento de responsabilidad por haber declarado el Tribunal que obró con discernimiento, se le impondrá una pena discrecional, pero siempre inferior en dos grados por lo menos a la señalada por la Ley al delito que hubiere cometido*.

²⁰³ Esta fue la postura defendida por Valdeson al comentar el Código penal español de 1848. Cfr. JIMENEZ De ASUA, L., adiciones a la obra de CARRARA, F.: *Programa del curso de Derecho criminal. Parte general*, cit., p. 280.

En ausencia de discernimiento, se declaraba al menor exento de responsabilidad criminal, pero sin contemplar la medida correccional del artículo 24 del anterior Texto penal, prevista para el supuesto de que los padres o tutores no pudiesen ofrecer a éste una educación digna, con lo que el Código de 1848 dejaba al menor en una lamentable situación de desamparo. Parafraseando a ANTON ONECA²⁰⁵, la finalidad educadora queda completamente ausente en el Código penal de 1848, lo que representa un notable retroceso respecto del anterior Texto punitivo.

En materia de atenuante de menor edad, el artículo 9.2²⁰⁶ del Código de 1848, en relación con el segundo párrafo del artículo 72²⁰⁷, recoge por primera vez como configuración individualizada la edad inferior a dieciocho años²⁰⁸, lo que va a

²⁰⁴ Cfr. CASTRO y OROZCO, J./ORTIZ De ZUÑIGA, M.: *Código penal explicado para la común inteligencia y fácil aplicación de sus disposiciones*, cit., p. 54.

²⁰⁵ Cfr. ANTON ONECA, J.: “El Código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco”, cit., p. 489.

²⁰⁶ El apartado segundo del artículo 9 del Código penal de 1848 preceptúa que *es circunstancia atenuante la de ser el culpable menor de dieciocho años*.

²⁰⁷ El artículo 72, párrafo segundo, del Código penal de 1848 establece que *al mayor de quince y menor de dieciocho se aplicará siempre en el grado que corresponda la pena inmediatamente inferior a la señalada por la Ley*.

²⁰⁸ En la redacción primitiva del Código de 1848, los menores de veinte años no eran completamente punibles por sus actos criminales, pero, según lo expuesto por CASTRO y OROZCO, J./ORTIZ De ZUÑIGA, M.: *Código penal explicado para la común inteligencia y fácil aplicación de sus disposiciones*, cit., p. 66, después se temió introducir esta innovación por ser el nuestro un país meridional, donde en algunas provincias suelen ser muy precoces, especialmente en “delitos de carne, sangre y robo”. De nuevo, como ya sucediera con el Código de 1822, el clima vuelve a ser el presupuesto que determina los límites de edad penal, en lugar de las Ciencias psicológicas y psiquiátricas, desconocidas a la sazón.

permanecer invariable hasta el nuevo Código penal de 1995, con la excepción del Código promulgado bajo la dictadura militar del general Primo de Rivera. Es de interés significar, a este respecto, el avance que constituye esta específica autonomía de la atenuante de menor edad, si lo comparamos con el Código anterior de 1822, que aplicaba la pena, en toda su amplitud, a partir de los diecisiete años.

En este sentido, SILVELA en su Tratado de Derecho penal, obra de erudición y análisis filosófico, justifica el fundamento racional de la atenuación del citado artículo 9.2 sobre la base de que en esta edad “es más difícil el dominio de las pasiones y de los apetitos”, puntualizando que “el joven que no ha adquirido todavía con el hábito de la vida la costumbre de dominarse, es fácilmente determinado al crimen por sus pasiones, en cambio puede ser más fácilmente corregido”²⁰⁹.

Para concluir con el estudio del Código penal de 1848, resulta obligado hacer una breve referencia a su posterior reforma de 1850. Así, pues, en virtud del artículo 3º de la Ley de 19 de marzo de 1848 se autorizó al Gobierno en los siguientes términos:

²⁰⁹ Cfr. SILVELA, L.: *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, segunda parte, Madrid, 1879, pp. 255 y 261.

“El Gobierno hará por sí cualquiera reforma, si fuere urgente, dando cuenta a las Cortes tan pronto como sea posible”²¹⁰.

En cumplimiento de la anterior facultad, el Gobierno dictó, por Real Decreto de 30 de junio de 1850, una “edición oficial reformada”, que regió hasta su modificación, por Ley de 17 de junio de 1870²¹¹.

En contra de esta reforma se pronunció el Diputado Sánchez Ruano en la discusión parlamentaria del Proyecto provisional de Código penal de 1870, criticando rudamente la falta de inspiración de la reforma en el criterio de la ciencia, al afirmar que “en general hay en España una propensión grandísima, y tiene una explicación sencillísima este fenómeno (...) El peligro que corrió la reforma del Código de 1848 sabido es cuál fue: el dar un carácter esencialmente político y del momento a la reforma, y preferir a lo que la ciencia exigía y a los intereses comunes sociales, lo que exigía el capricho momentáneo o la soberbia vengativa de un partido triunfante”²¹². Con palabras del Profesor Del ROSAL, “la reforma de 1850 no había

²¹⁰ Vid. *Código penal*, Madrid, 1848.

²¹¹ Cfr. LOPEZ BARJA De QUIROGA, J./RODRIGUEZ RAMOS, L./RUIZ De CORDEJUELA, L.: *Códigos penales españoles*, cit., p. 321; RODRIGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho penal español*, cit., pp. 102 y 103.

²¹² Vid. *Diario de sesiones de las Cortes Constituyentes*, núm. 307, 15 de junio de 1870, t. XIV, Madrid, 1870, p. 8890.

satisfecho. De todas partes, Tribunales, Colegios de Abogados, publicistas, llegaban informes en son de censura y protesta”²¹³.

En materia de minoría de edad penal, la regulación del Código de 1848 se corresponde, tanto en los números de los artículos como en la redacción de los mismos, con la contemplada por su posterior reforma de 1850, de la que se ha comentado, entre otras cosas, que “fue más extensa de lo que suele creerse”, resultando ser “más de 90 los artículos afectados”²¹⁴. No secunda esta opinión, RODRÍGUEZ DEVESA, para quien esta reforma “fue de poca monta”²¹⁵.

6. EL CÓDIGO PENAL DE 1870²¹⁶

²¹³ Cfr. Del ROSAL, J.: “La palabra y la expresión en el Código penal de 1870”, en *Conmemoración del centenario de la Ley provisional sobre organización del Poder Judicial y del Código penal de 1870*, Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1970, p. 205.

²¹⁴ Cfr. ANTON ONECA, J.: “El Código penal de 1870”, en *ADPCP*, t. XXIII, fasc. I, 1970, p. 231.

²¹⁵ Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho penal español*, cit., p. 103.

²¹⁶ Sobre el Código penal de 1870, véase, en general, la siguiente bibliografía; ALVAREZ CID, J./ALVAREZ CID, T.: *El Código penal de 1870*, cit.; ALVAREZ MARTINEZ, C.: “De la necesidad de la reforma de las Leyes penales”, cit., pp. 214-229; ANTON ONECA, J.: “El Código penal de 1870”, cit., pp. 229 y ss.; AZCUTIA, M.: *La Ley penal. Estudios prácticos sobre la interpretación, inteligencia y aplicación del Código de 1870...*, cit., Madrid, 1876; BERNALDO De QUIROS, C./NAVARRO De PALENCIA, A.: *Teoría del Código penal. Parte general*, cit., pp. 174 y ss.; BUENAVENTURA SELVA, N.: *Comentarios al Código penal reformado y planteado provisionalmente por Ley de 3 de junio de 1870*, Madrid, 1870; CASTEJON, F.: “Las ideas penales en la época del Código penal de 1870”, cit., pp. 54-65; Del mismo: *Comentarios científico-prácticos al Código penal de 1870*, vol. II, cit., pp. 193 y ss.; COBO Del ROSAL, M.: “El sistema de penas y el arbitrio judicial en el Código penal de 1870”, en conmemoración del centenario de la

La falta de adecuación entre la Constitución liberal de 1869 y el Código penal 1848 hizo necesaria la presentación a las Cortes constituyentes de un Proyecto de reforma del Código, que se aprobó, con carácter provisional, tras un debate que duró, tan sólo, dos sesiones, celebradas los días 15 y 17 de junio de 1870²¹⁷. Su discusión definitiva se aplazó, en principio, algunos meses; sin embargo, este Código provisional o “de verano”, como le calificó SILVELA en las discusiones parlamentarias previas a su aprobación, permanecerá en vigor hasta el Texto penal de 1932, con la excepción de los pocos años que estuvo en vigor el Código de 1928, promulgado durante la dictadura militar del general Primo de Rivera.

La importancia del Código penal de 1870 reside, por tanto, en el intento de armonizar sus preceptos con la Constitución de corte liberal de 1869²¹⁸, resultado de

Ley provisional sobre organización del Poder Judicial y del Código penal de 1870, *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 1970, pp. 69-89; Del ROSAL, J.: “La palabra y la expresión en el Código penal de 1870”, cit., pp. 205-222; GROIZARD y GOMEZ De LA SERNA, A.: *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, cit.; HIDALGO y GARCIA, J. A.: *El Código penal conforme a la doctrina del Tribunal Supremo*, Madrid, 1908; ROMAN y CALBET, J.: “Ligeras indicaciones para la reforma del Código. Circunstancias atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal”, en *RGLJ*, t. XLVII, Madrid, 1875, pp. 174-185; SALDAÑA, Q.: *Comentarios científico-prácticos al Código penal de 1870. Infracción y responsabilidad*, vol. I, tratado I, Madrid, 1920, pp. 369 y ss.; VIADA y VILASECA, S.: *El Código penal reformado de 1870*, tres tomos, Madrid, 1894.

²¹⁷ Vid. *Diario de sesiones de las Cortes Constituyentes*, núm. 307, 15 de junio de 1870, cit., pp. 8882 y ss., y *Diario de sesiones de las Cortes Constituyentes*, núm. 308, 17 de junio de 1870, t. XIV, Madrid, 1870, pp. 8898 y ss.

²¹⁸ Una Comisión de las Cortes redactó en veinticinco días el Proyecto de Constitución que, previa discusión en la que destacó la erudición política de Cánovas, la oratoria de Castelar y el fervor del obispo Manterola, en la defensa de la cuestión política, fue finalmente promulgada el 6 de junio de 1869. Cfr. LASSO GAITE, F.: *Crónica de la Codificación española*, vol. I, cit., p. 434.

la revolución acaecida el año anterior²¹⁹. Sobre este particular, ANTON ONECA destaca como uno de los objetivos perseguidos por los reformadores de 1870, la protección penal de la Constitución de 1869, “tanto en la organización de los poderes políticos de la nación como en el reconocimiento de los derechos individuales”²²⁰. Con palabras semejantes, para ALVAREZ MARTÍNEZ la reforma del Código penal de 1870 tenía por finalidad “ponerle en armonía con la nueva Constitución del Estado, e introducir en él, además, las otras alteraciones que reclama más o menos imperiosamente el estado social y político de nuestro pueblo”²²¹.

²¹⁹ Vid. *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes. Dictamen de la Comisión sobre la reforma del Código penal*, apéndice noveno al núm. 303, 10 de junio de 1870, t. XIII, Madrid, 1870, s/p, donde se exponen las razones de la necesaria reforma provisional del Código penal, consignando textualmente: “después de la revolución de Septiembre y de los cambios radicales que introdujo en nuestra organización social y política, consignados en la Constitución de 1869, debían y deben sufrir reformas trascendentales todas nuestras Leyes, todos nuestros Códigos, y uno de los que más reclaman estas reformas es el Código penal”. Argumentos semejantes a los anteriores fueron puestos de relieve en las discusiones parlamentarias del Proyecto de Ley de Código penal de 1870, en los siguientes términos: “¿no sabe todo el mundo que hay muchos artículos del Código en abierta oposición con el texto de la Constitución? Pues qué ¿no conoce todo el mundo los conflictos en que se encuentran los Tribunales cada día, teniendo que considerar como delitos, con arreglo al Código, muchos hechos que no son delito conforme a la Constitución? Pues qué ¿no reconoce todo el mundo el número de consultas que los Juzgados y Audiencias están elevando diariamente a sus superiores respectivos, y estos al Ministerio de Gracia y Justicia, para disipar las dudas que les produce la contradicción de la legislación penal con la legislación política?” Vid. *Diario de sesiones de las Cortes Constituyentes*, núm. 307, 15 de junio de 1870, cit., p. 8888. En el mismo sentido que el expresado en el Dictamen elaborado por la Comisión encargada de la reforma, cfr., en sede doctrinal, ANTON ONECA, J.: *Derecho penal*, cit., p. 76; LOPEZ BARJA De QUIROGA, J./RODRIGUEZ RAMOS, L./RUIZ De CORDEJUELA, L.: *Códigos penales españoles*, cit., p. 489.

²²⁰ Cfr. ANTON ONECA, J.: “El Código penal de 1870”, cit., p. 237.

²²¹ Cfr. ALVAREZ MARTINEZ, C.: “De la necesidad de la reforma de las Leyes penales”, cit., p. 222.

Con términos muy expresivos se dirigió el Ministro Romero Ortiz, en resolución de 18 de diciembre de 1868, al Presidente de la Comisión codificadora, argumentando con las siguientes palabras la necesidad de la reforma:

“si era indispensable antes la revisión del Código penal publicado en 1848 y reformado en 1850, para suplir las faltas, llenar los vacíos y corregir las imperfecciones que los Tribunales y los jurisconsultos han puesto de manifiesto, lo es mucho más hoy a consecuencia de los acontecimientos políticos que han tenido lugar en la nación”²²².

Finalmente, por Ley de 17 de junio de 1870²²³ se autorizó al Gobierno para publicar, por Decreto de 30 de agosto de ese mismo año, el nuevo Código, que tan dilatada vigencia habría de tener en España.

En general, la reforma de 1870, obra fundamentalmente de los prácticos entre los que destacó el ilustre magistrado y político Alejandro GROIZARD²²⁴, ha sido considerada por ANTON ONECA útil desde el punto de vista político²²⁵, “por la

²²² Cfr. LASSO GAITE, F.: *Crónica de la Codificación española*, vol. I, cit., p. 434.

²²³ “Ley decretada y sancionada por las Cortes Constituyentes para plantear como provisional la reforma del Código Penal”, según se consigna en el *Diario de sesiones de las Cortes Constituyentes*, apéndice tercero al núm. 308, 17 de junio de 1870, cit., pp. 1-47.

²²⁴ Cfr. CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 110.

protección de los derechos individuales²²⁶, pero en el aspecto técnico el juicio debe ser menos favorable. El estilo del Código de 1848 era más sobrio y sencillo que el de su sucesor. En lenguaje se mantienen ciertos arcaísmos, explicables en el año 48 cuando los Abogados estaban acostumbrados a manejar las Recopilaciones y las Partidas, pero ya no tanto en 1870. Ejemplo, el empleo de la palabra malicia para designar el dolo²²⁷. No comparte esta última opinión Del ROSAL, quien, desde una posición discrepante, ha elogiado la expresión del Código de 1870, afirmando que “el lenguaje y su sistema eran coordinadas precisas de un vehículo de relación humana excelente, carente de anacronismo, de vocabulario foráneo, ni tan siquiera cuando se traduce la imitación de preceptos, sobre todo de corte francés”²²⁸. Es más, “la palabra como la frase en el de 1870 es precisa, elegante, llana y profunda”²²⁹.

²²⁵ En el aspecto político, ha matizado SAINZ CANTERO que el Código penal de 1870 “es netamente liberal, correspondiendo así a la Constitución que motivó su promulgación”. Cfr. SAINZ CANTERO, J. A.: *Lecciones de Derecho penal*, cit., p. 235. Con las mismas palabras se refiere Cerezo Mir a este Texto penal afirmando que “la inspiración política del Código es netamente liberal”. Cfr. CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 110.

²²⁶ En sentido opuesto, Silvela censuró el sentido de la reforma de 1870 en materia de derechos individuales, al afirmar que “en el Código, tal como está redactado, se introducen por primera vez reformas y se hacen modificaciones en los derechos individuales por el Gobierno de S. A.; modificaciones y reformas que alcanzan a cuanto pudieran desear para reprimir y aniquilar los derechos individuales consignados en la Constitución los que quisieran aplicar este Código de una manera que estoy seguro que el Gobierno de su S. A. no querrá emplear, pero que estaría dentro de su letra y espíritu”. *Vid. Diario de sesiones de las Cortes Constituyentes*, núm. 307, 15 de junio de 1870, cit., pp. 8887 y 8888.

²²⁷ Cfr. ANTON ONECA, J.: “El Código penal de 1870”, cit., pp. 250 y 251.

²²⁸ Cfr. Del ROSAL, J.: “La palabra y la expresión en el Código penal de 1870”, cit., p. 208.

²²⁹ *Ibidem*, p. 212.

En cuanto a los principios doctrinales inspiradores del Código, advierte CASTEJON que en el momento de su promulgación, y, sobre todo, en los años inmediatamente posteriores, imperaban en España las ideas de la Escuela correccionalista, “instaurada en España a consecuencia de la doctrina Krausista, aplicada al Derecho penal, singularmente, a través de la interpretación de Ahrens, cuyas teorías introdujo Sanz del Río en nuestro país”²³⁰, quien, a su vez, “formó la generación de los krausistas, cuya doctrina penal era el correccionalismo”²³¹.

Como ha señalado el propio ANTON ONECA²³², en aquel preciso momento apuntaban en España las ideas correccionalistas; sin embargo, era demasiado pronto para que se dejasen sentir en el nuevo Texto punitivo de 1870, que siguió la misma línea del anterior, manteniendo, como ha señalado SAINZ CANTERO, su estructuración y “división en tres libros, así como su espíritu y sistema”²³³.

Entre los propósitos de los legisladores destaca la encomiable humanización del Código²³⁴, llevada a cabo por los principios “mitigadores de los partidos

²³⁰ Cfr. CASTEJON, F.: “Las ideas penales en la época del Código penal de 1870”, cit., p. 63.

²³¹ *Ibidem*, p. 61. Para un exhaustivo estudio del correccionalismo español de inspiración krausista, cfr. CUELLO CONTRERAS, J.: *El Derecho penal español. Curso de iniciación. Parte general*, cit., pp. 280-289.

²³² Cfr. ANTON ONECA, J.: *Derecho penal*, cit., p. 77.

²³³ Cfr. SAINZ CANTERO, J. A.: *Lecciones de Derecho penal*, cit., p. 235.

representados en las Cortes, cuyas ideas en materia penal procedían de la Ilustración”²³⁵. La mitigación de las penas, como respuesta a las nuevas exigencias del aquel momento histórico, constituyó, sin duda, un adelanto en la legislación penal española; de ahí que el Código penal de 1870 haya sido denominado “el Código de las libertades”²³⁶.

Como expresión de este principio humanitario inspirador del Código, en la redacción de la eximente de menor edad, contemplada en el artículo 8.3²³⁷, se añadió un “párrafo precursor del moderno tratamiento de protección”²³⁸, consistente en la

²³⁴ El liberalismo también se advierte en la humanización de las penas, suprimiéndose la pena de argolla, sujeción a vigilancia de autoridad y la pena de muerte, como pena única. Asimismo, las escalas graduales, que antes eran seis, pasaron a ser cuatro; sin embargo, el Código penal de 1870 conservó las cadenas y las penas perpetuas, aunque suavizándolas con el indulto a treinta años. Cfr. CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., pp. 110 y 111; RODRIGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho penal español*, cit., p. 106; ANTON ONECA, J.: *Derecho penal*, cit., p. 77; SAINZ CANTERO, J. A.: *Lecciones de Derecho penal*, cit., p. 234.

²³⁵ Cfr. ANTON ONECA, J.: “El Código penal de 1870”, cit., p. 237. En términos parecidos, cfr. BERNALDO De QUIROS, C.: “Estudio para la reforma del Código penal”, cit., p. 497.

²³⁶ Cfr. Del ROSAL, J.: “La palabra y la expresión en el Código penal de 1870”, cit., p. 207.

²³⁷ Conforme al apartado tercero del artículo 8 del Código penal de 1870 *no delinquen, y por consiguiente están exentos de responsabilidad criminal, el mayor de nueve años y menor de quince, a no ser que haya obrado con discernimiento. El Tribunal hará declaración expresa sobre este punto para imponerle pena, o declararle irresponsable. Cuando el menor sea declarado irresponsable, en conformidad con lo que se establece en este número y en el que precede, será reintegrado a su familia con encargo de vigilarle y educarle. A falta de persona que se encargue de su vigilancia y educación, será llevado a un establecimiento de beneficencia destinado a la educación de huérfanos y desamparados, de donde no saldrá sino al tiempo y con las condiciones prescritas para los acogidos*. En cumplimiento del citado artículo 8.3, *vid.*, a título de ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1915 (JC 61), en la que se estima, a tenor de los artículos 1 y 8.3, que la menor edad de los reos no priva, por sí sola, a la acción del carácter de voluntaria, sino que “sólo produce el efecto de disminuir su responsabilidad cuando no exime de ella, y declarado en la sentencia recurrida que obró con discernimiento, resulta cumplida la prescripción de dicho artículo 8”.

²³⁸ Cfr. ANTON ONECA, J.: “El Código penal de 1870”, cit., p. 242.

entrega del menor irresponsable a su familia para su educación y vigilancia, y, a falta de persona idónea, se preveía el traslado a un establecimiento de beneficencia destinado a la educación de huérfanos y desamparados, de donde saldría conforme al tiempo y condiciones prescritas para los acogidos²³⁹.

De aquel artículo 8.3 del Código de 1870 ha podido decirse que se adelanta cuarenta y cuatro años a su época, y, aunque durante un tiempo la falta de establecimientos de beneficencia impidió que pudiera dar sus frutos, permitió que, sin necesidad de modificar en nada sus prescripciones, se pudiese más tarde aplicar, a través de él, las modernas teorías²⁴⁰.

El segundo párrafo del precitado artículo 8.3, “que había dejado abierta la brecha para que aquellas asociaciones benéficas actuaran con provecho”²⁴¹, hay que ponerlo en relación con el artículo 11 del Real Decreto de 10 de marzo de 1902, sobre clasificación de los establecimientos penales para el cumplimiento de las condenas,

²³⁹ Respecto del contenido del segundo párrafo del artículo 8.3, resulta de interés resaltar la desafortunada crítica realizada por el que fuera Abogado Fiscal primero del Tribunal Supremo, Manuel Azcutia, por entender que si el menor está desamparado, “no parece que deba ser el Tribunal el que decida, por medio de un fallo, en cierto modo condenatorio, su encierro o reclusión, cuando su misión está limitada a la declaración expresa de haber obrado sin discernimiento”. Cfr. AZCUTIA, M.: *La Ley penal. Estudios prácticos sobre la interpretación, inteligencia y aplicación del Código de 1870...*, cit., p. 123. Ciertamente, esta observación evidencia un claro desconocimiento de las medidas de seguridad.

²⁴⁰ Cfr. GUALLART y LOPEZ De GOICOECHEA, J.: *El Derecho penal de los menores. Los Tribunales para niños*, cit., p. 95.

que regulaba el ingreso en la Escuela Central de Reforma y Corrección Penitenciarias de Alcalá de Henares, creada por Decreto de 17 de junio de 1901²⁴², de aquellos menores de quince años que, declarados irresponsables por haber obrado sin discernimiento, carecían de persona que se encargase de su educación y vigilancia²⁴³.

Por consiguiente, el Código de 1870 no deja ya al arbitrio del Juez la posibilidad de adoptar alguna medida para el menor declarado irresponsable, tal y como ocurría con el primer Texto penal, sino que, solventando la laguna y omisión del Código de 1848 regula, taxativamente y por tiempo determinado, lo que ha sido calificado por Del ROSAL BLASCO como “tímido precedente de una medida de seguridad”²⁴⁴.

Pese a la anterior observación, la limitación del arbitrio judicial en el Código de 1870 no va a operar de forma absoluta, como ha sido advertido por COBO Del ROSAL en su estudio sobre el arbitrio judicial en el Código de 1870, pues el hecho de que el párrafo segundo del artículo 8.3 obligue al Tribunal a declarar

²⁴¹ En este sentido, GUALLART y LOPEZ De GOICOECHEA ha insistido en la labor realizada durante más de treinta años por el Patronato de menores abandonados y presos de Barcelona. *Ibidem*, p. 92.

²⁴² *Vid. infra* apartado 3 del Cap. IV.

²⁴³ Cfr. BERNALDO De QUIROS, C./NAVARRO De PALENCIA, A.: *Teoría del Código penal. Parte general*, cit., p. 24.

²⁴⁴ Cfr. Del ROSAL BLASCO, B.: “Joven delincuente y Derecho penal”, cit., p. 1042. Las medidas de seguridad serán reguladas, por primera vez, en el Código penal de 1928. Cfr. LOPEZ

expresamente la concurrencia del discernimiento, determina que la aplicación de la pena, si se estima la concurrencia del citado juicio, o la entrega a la familia o establecimiento de beneficencia, en caso de que se desestime, no se hace depender del “menor límite fijo objetivo”²⁴⁵.

En efecto, al igual que en el Código de 1848, el juicio del discernimiento requería como elemento ineludible, conforme al artículo 8.3, la declaración expresa sobre su existencia, y en caso de no cumplir el Tribunal con dicha exigencia legal, según sentada jurisprudencia del Tribunal Supremo, se debía absolver al procesado, por presuponer tal omisión la ausencia de discernimiento. Este es el sentido recogido por la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1917²⁴⁶, cuyo texto dispone:

“(...) atribuida al Jurado la apreciación del discernimiento con que obrara el acusado mayor de nueve y menor de quince años, la falta de declaración en el veredicto sobre dicho extremo, excluye la presunción que el Código penal establece en el número 3º de su artículo 8º y ha de estimársele exento de responsabilidad criminal (...)”.

BARJA De QUIROGA, J./RODRIGUEZ RAMOS, L./RUIZ De CORDEJUELA, L.: *Códigos penales españoles*, cit., p. 667.

²⁴⁵ Cfr. COBO Del ROSAL, M.: “El sistema de penas y el arbitrio judicial en el Código penal de 1870”, cit., p. 84.

²⁴⁶ (JC 119). La misma doctrina tiene declarada la jurisprudencia en SSTS de 7 de diciembre de 1906 (JC 177), 29 de mayo de 1918 (JC 154), 7 de enero de 1931 (RA 1414) y 24 de octubre de 1941 (RA 1188).

Siguiendo con este extremo, ha señalado CASTEJON²⁴⁷ que las palabras “declaración expresa” significaban la introducción de una especie de presunción *iuris tantum*, de ausencia de discernimiento, en beneficio del menor, siempre y cuando el Tribunal no cumpliera con la previsión legal del artículo 8.3.

En el mismo sentido que el expresado por el anterior penalista, para JIMÉNEZ De ASUA y ANTON ONECA, “el segundo periodo establece una presunción de irresponsabilidad criminal, *iuris tantum*”²⁴⁸, toda vez que el Código exige al Tribunal hacer una declaración expresa sobre el discernimiento, que en caso de incumplir conllevará la absolución del procesado, por presumir tal omisión la ausencia de discernimiento.

Con ánimo de rebatir y desaprobando, en parte, estas dos últimas argumentaciones, conviene insistir en que no nos hallamos ante una auténtica presunción, *iuris tantum*, en beneficio del menor, pues el presupuesto del que se hacía depender la responsabilidad o irresponsabilidad penal del menor, no es en absoluto lógico, objetivo o trascendente²⁴⁹.

²⁴⁷ Cfr. CASTEJON, F.: *Comentarios científico-prácticos al Código penal de 1870*, vol. II, cit., p. 391.

²⁴⁸ Cfr. JIMENEZ De ASUA, L./ANTON ONECA, J.: *Derecho penal conforme al Código penal de 1928. Parte general*, t. I, cit., p. 250.

A nuestro juicio, y tras las conclusiones extraídas del estudio de esta concreta cuestión, podemos afirmar, siguiendo a ALIMENA²⁵⁰, que tal presunción en realidad era inexistente, pues los Jueces actuaban conforme a lo que resultase, según su criterio, más conveniente para el menor, de tal suerte que si consideraban que le era beneficiosa la aplicación de una pena declaraban expresamente la concurrencia del discernimiento, mientras que si creían más favorable la adopción de una medida correccional estimaban su inexistencia, o bien no cumplían con el requisito de la declaración expresa, lo que viene a evidenciar un amplio arbitrio judicial sobre este particular y, desde luego, una gran inseguridad jurídica. Recordemos que, en todo momento, el principio de certeza debe inspirar el Derecho penal, sin que su eficacia pueda verse soslayada por consideraciones meramente utilitarias.

Por otra parte, si el Tribunal declaraba que el mayor de nueve años y menor de quince había obrado con discernimiento resultaba de aplicación el precepto 86, párrafo primero²⁵¹, cuya redacción es idéntica a la del artículo 72.1 del Código penal

²⁴⁹ Las consideraciones efectuadas respecto del artículo 8.3 del Texto penal de 1870 resultan igualmente de aplicación al Código de 1848, dado que su redacción, como ya hemos indicado, también exige en materia de discernimiento la pronunciación expresa del Tribunal.

²⁵⁰ Cfr. ALIMENA, B.: *Principios de Derecho penal*, traducido y anotado por CUELLO CALON E., t. I, vol. II, Madrid, 1916, p. 89.

²⁵¹ Establece el artículo 86, párrafo primero, del Código penal de 1870 que *al menor de quince años, mayor de nueve, que no esté exento de responsabilidad por haber declarado el Tribunal que obró con discernimiento se le impondrá una pena discrecional, pero siempre inferior en dos grados, por lo menos, a la señalada por la Ley al delito que hubiere cometido*. En cumplimiento de este artículo, cfr., a título de ejemplo, la STS de 9 de enero de 1879 (JC 4819).

de 1848. Consecuentemente, en virtud de este desmesurado arbitrio judicial, los Tribunales podían aplicar discrecionalmente la pena²⁵², siempre que, como dispone la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1876²⁵³, la rebajasen en dos grados, respecto de la señalada por la Ley al delito cometido.

El límite de minoría de edad penal, al igual que el Código de 1848, también fue fijado en nueve años, artículo 8.2²⁵⁴, justificando la exención de la responsabilidad criminal, como su precedente, en la ignorancia y falta de conocimiento invencibles. El significado de la palabra ignorancia en la Ciencia penal española a la sazón ha sido explicado por PACHECO, señalando que “tiene que entrar bajo examen y calificación de la conciencia, cuando se la presenta como disculpa, para justificarse de una acción que por su naturaleza es criminosa. No basta decir, no basta probar que su perpetrador ignoraba o la esencia o los resultados de lo que hacía, para darle desde luego por completamente libre de todo cargo (...) El fundamento de tales resultados está en el error, en la ignorancia, en esa facultad que despoja de sus

²⁵² *Vid.* STS de 9 de abril de 1913 (JC 170). Asimismo, conviene precisar que, pese a la libertad de los Tribunales a la hora de aplicar la pena, éstos no podían extralimitarse de los parámetros fijados por el Código penal. Aclara la cuestión la STS de 26 de enero de 1881 (JC 5797), al disponer que “aunque por razón de la edad, y según lo dispuesto en el artículo 86, haya que bajar la pena en dos grados cuando menos, y sea potestativo a los Tribunales imponerla discrecionalmente, no por eso pueden salir de lo que el Código previene (...)”.

²⁵³ (JC 3300).

²⁵⁴ Conforme al párrafo segundo del artículo 8 del Código de 1870, *no delinquen y, por consiguiente, están exentos de responsabilidad criminal, el menor de nueve años*. Obsérvese que el Texto penal de 1870 vuelve a introducir el vocablo “delinquen”, ausente en el Código anterior de 1848, lo que significa un paso hacia atrás en la evolución de la Ciencia penal española.

atributos morales a las acciones cometidas por un individuo”²⁵⁵; de ahí que a la ignorancia se añadiese el calificativo invencible, toda vez que, de este modo, la exención de responsabilidad criminal operaba de lleno.

Sobre este particular, J. ALVAREZ CID y T. ALVAREZ CID²⁵⁶, desde una incorrecta valoración del menor, al que no reconocen un determinado grado de desarrollo en su proceso evolutivo, consideran que la presunción, *iuris et de iure*, de ausencia absoluta de responsabilidad criminal, encuentra su razón de ser en la ignorancia absoluta de los primeros años de vida²⁵⁷. Desde una perspectiva actual, esta valoración de la minoría de edad nos parece, por demás, desacertada, como es lógico, ya que si el menor estuviera plenamente privado de razón y de capacidad para decidir, habría de aplicarle la circunstancia de inimputabilidad completa del entonces artículo 8.1. Sobre este mismo particular, añaden los anteriores autores que por debajo de los nueve años el menor no delinque²⁵⁸. En sentido parecido, para BUENAVENTURA SELVA, hasta los nueve años “es imposible el delito por la

²⁵⁵ Cfr. PACHECO, J. F.: *Estudios de Derecho penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840*, t. II, cit., p. 77.

²⁵⁶ Cfr. ALVAREZ CID, J./ALVAREZ CID, T.: *El Código penal de 1870*, cit., pp. 82 y 83.

²⁵⁷ En sentido análogo, para PACHECO, J. F.: *Estudios de Derecho penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840*, t. II, cit., p. 78, la ausencia de responsabilidad criminal, respecto de una primera edad, encuentra su razón de ser en una absoluta ininteligencia.

²⁵⁸ Obsérvese, no obstante, que este era el sentir general de la doctrina científica del siglo XIX, pues tampoco escapó Pacheco a la imprecisión y error de no reconocer la existencia del delito cuando éste era cometido por un menor. *Ibidem*, pp. 77 y 78.

falta absoluta de discernimiento”²⁵⁹, con lo que, de nuevo, se vuelve a evidenciar un absoluto desconocimiento, por parte de la doctrina científica del siglo XIX, del significado actual del juicio de antijuricidad, “como valoración o momento axiológico en el sistema de la Teoría jurídica del delito”²⁶⁰.

Con palabras más expresivas y acertadas se refiere GROIZARD a este periodo eximente resaltando que podrá haber discrepancias en la mayor o menor duración que se conceda a dicho periodo, “unos lo fijarán en siete años, otros lo elevarán hasta nueve, algunos querrán incluso que no se pase de cinco, pero ninguno negará que hay en la vida del hombre un plazo, más o menos largo, durante el cual su razón incompleta no funciona con la fuerza y condiciones necesarias para medir la inmoralidad de sus actos y para poder apreciar de una manera integral la noción del deber”²⁶¹.

En materia de atenuantes, a la luz del apartado segundo del artículo 9, es circunstancia atenuante, como en el Código de 1848, la de ser el culpable mayor de quince años y menor de dieciocho años y, en concordancia con el párrafo segundo

²⁵⁹ Cfr. BUENAVENTURA SELVA, N.: *Comentarios al Código penal reformado y planteado provisionalmente por Ley de 3 de junio de 1870*, cit., p. 22.

²⁶⁰ Cfr COBO Del ROSAL, M./VIVES ANTON, T. S.: *Derecho penal. Parte general*, 4º ed., cit., p. 271.

²⁶¹ Cfr. GROIZARD y GOMEZ De LA SERNA, A.: *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, cit., p. 193.

del precepto 86²⁶², corresponde en este caso bajar la pena a la inmediatamente inferior a la señalada por la Ley al delito cometido²⁶³. No obstante, conviene precisar que la atenuación de la que se beneficiaba el menor de dieciocho años afectaba más a la duración de la pena que al rigor del tratamiento²⁶⁴. Sobre este extremo, resulta de obligada referencia la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de

²⁶² En relación al artículo 86.2 del Código penal de 1870, véase la STS de 14 de diciembre de 1872 (JC 1403), donde, además de apreciar como circunstancia atenuante la de ser el culpable mayor de quince y menor de dieciocho años, se precisa que “en todo caso el fijar la edad del procesado es una cuestión de hecho que sólo compete resolver a la Sala de la Audiencia, habiendo de aceptarlo el Supremo como venga consignado en la sentencia”. *Vid.* también, sobre este particular, la STS de 26 de febrero de 1965 (RA 740). Correlativamente, las SSTS de 3 y 28 de marzo, 15 de junio, 15 de diciembre de 1874 (JC 2086, 2135, 2308, 2582), 26 de enero, 21 de abril, 24 de septiembre, 13 de noviembre de 1875 (JC 2632, 2747, 2878, 2965), 10 de enero, 11 de abril de 1876 (JC 3112, 3312), 2 de enero, 17 de marzo, 3 de octubre de 1877 (JC 3707, 3854, 4088), 30 de octubre de 1878 (JC 4705), 10 de mayo de 1879 (JC 5013), 17 de marzo de 1882 (JC 6427), 9 de septiembre, 17 de noviembre de 1886 (JC 42, 177), 4 de julio, 27 de noviembre de 1891 (JC 11, 200), 24 de diciembre de 1895 (JC 122), 30 de enero de 1899 (JC 58) y 21 de mayo de 1900 (JC 196), disponen que no puede admitirse en casación la existencia de circunstancias atenuantes que no se desprenden de los hechos consignados como probados por la sentencia. Más expresiva, si cabe, que las anteriores es la de 8 de febrero de 1896 (JC 114), que resuelve esta concreta cuestión en los siguientes términos “ (...) aún cuando en el encabezamiento de la sentencia se expresa que el acusado tenía diecisiete años de edad, si tal particular no se declara probado en los resultandos, ni fue contradicho por la defensa el supuesto contrario consignado en las conclusiones del Fiscal, ni últimamente aparece de las certificaciones reclamadas por la Sala de casación que el culpable fuese efectivamente mayor de dieciocho años, es improcedente admitir la circunstancia 2º del artículo 9º del Código penal, que no consta derivarse de hecho alguno probado”. La misma doctrina tiene declarada la jurisprudencia respecto de las circunstancias eximentes, *vid.*, entre otras, las SSTS de 18 de enero de 1896 (JC 55), 14 de junio de 1899 (JC 212), 23 de octubre, 22 de diciembre de 1900 (JC 80,193), 30 de diciembre de 1901 (JC 197), 28 de junio de 1902 (JC 209), 26 de julio de 1928 (JC 30), 1 de agosto de 1928 (JC 32) y 25 de marzo de 1964 (RA 1668). En efecto, como señala la STS de 3 de mayo de 1968 (RA 2362) “ (...) las circunstancias necesitan una constancia real de hecho que no se presta a la duda, y no basta la mera afirmación del recurrente”.

²⁶³ Obsérvese que el contenido del artículo 86.2 coincide totalmente con el párrafo segundo del 72 del Código de 1848. *Vid.*, sobre este extremo, las SSTS de 5 de julio y 26 de septiembre de 1872 (JC 1145 y 1212), 29 de abril de 1873 (JC 1687), 6, 23 y 24 de abril, 29 de mayo, 15 de junio, 13 de noviembre de 1874 (JC 2149, 2183, 2189, 2270, 2309 y 2505), 27 de diciembre de 1875 (JC 3074), 27 de septiembre de 1877 (JC 4080), 12 de julio de 1878 (JC 4602), 14 de octubre de 1879 (JC 5178), 22 de diciembre de 1882 (JC 6865), 30 de abril y 28 de diciembre de 1883 (JC 7066 y 7557), 14 de noviembre de 1884 (JC 8396), 3 de julio de 1889 (JC 67) y 19 de abril de 1926 (JC 164).

febrero de 1874²⁶⁵, cuyo contenido aclara las disposiciones a aplicar en materia de atenuante de menor edad.

“si bien el artículo 9, en su número segundo, señala la de ser el culpable menor de dieciocho años, la aplicación de la pena, para el efecto de disminuirla, ha de verificarse en los casos y conforme a las reglas que se prescriben en la Sección segunda del Capítulo cuarto, Título tercero del Libro primero del Código penal de 1870. Entre estas reglas se halla la del artículo 86, por la cual se prescribe que cuando existiere la circunstancia atenuante número segunda del artículo 9, no ha de imponerse las penas según las reglas del 82, sino la inmediatamente inferior a la señalada por la Ley, dando así a la atenuación una mayor fuerza de amplitud y extensión, equivalente a dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas, a tenor del principio establecido en el número quinto del mismo artículo 82, y de ningún modo al consignado en el núm. 2º del mismo artículo, que se refiere exclusivamente a los casos en que la pena impuesta por la Ley se componga de tres grados de una divisible o de tres distintas. Si el legislador hubiese querido que en todos los casos en que el delincuente fuese mayor de quince años y menor de dieciocho se hubiese de imponer el grado mínimo la pena inmediatamente inferior a

²⁶⁴ Cfr. GUALLART y LOPEZ De GOICOECHEA, J.: *El Derecho penal de los menores. Los Tribunales para niños*, cit., p. 92.

²⁶⁵ (JC 2044).

la señalada por la Ley, lo hubiera expresado así, y no hubiera usado de las palabras *en el grado que corresponda*”²⁶⁶.

Para concluir con el estudio del Código penal de 1870, tan sólo, recordar la clasificación que de la menor edad hace el citado Texto punitivo, que llega a distinguir hasta cuatro grupos de edad²⁶⁷, idénticos a los del Código de 1848, a saber: 1º. Irresponsabilidad absoluta para el menor de nueve años; 2º. Irresponsabilidad para el mayor de nueve y menor de quince, siempre que no haya obrado con discernimiento, declaración que deberá ser expresa por parte del Juez; 3º. Responsabilidad atenuada para el mayor de quince y menor de dieciocho, que conlleva, consecuentemente, la imposición de una pena disminuida; y, 4º.

²⁶⁶ La cursiva es nuestra. Sobre el mismo particular, la STS de 31 de diciembre de 1874 (JC 2607) consigna que “apreciada la circunstancia de edad del reo a fin de aplicarle la pena inferior a la ordinaria del delito, no puede dársele además el carácter de atenuante y rebajar dicha pena al grado mínimo, correspondiendo imponérsela en el medio”. Otro ejemplo lo constituye la STS de 14 de marzo de 1872 (JC 899), en la que se casa y anula la sentencia por robo, pronunciada por la Sala extraordinaria en vacaciones de la Audiencia de Albacete, por condenar a dos procesados, mayores de quince años y menores de dieciocho, a la misma pena de prisión correccional, aunque por tiempo inferior, que al inculpado que superaba la edad de dieciocho años. El Tribunal Supremo estimó que “se aplicará siempre, en el grado que corresponda, la pena inmediatamente inferior a la señalada por la Ley, que es en este caso arresto mayor en su grado medio a presidio correccional en su grado mínimo”. Cfr., en el mismo sentido, la STS de 31 de enero de 1887 (JC 3769), donde se establece la necesidad de imponer la pena inmediatamente inferior en grado medio.

²⁶⁷ También han diferenciado estas cuatro categorías de edad JIMENEZ De ASUA, L.: *La delincuencia juvenil y los Tribunales para niños*, Montevideo, 1929, p. 11, y GROIZARD y GOMEZ De LA SERNA, A.: *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, cit., pp. 205 y ss., éste último, a fin de depurar el grado de responsabilidad. A pesar de que GROIZARD, en lo que respecta a la materia de la minoría de edad penal, se mostró partidario del sistema aplicado por el Texto penal de 1870; sin embargo, adelantándose a su época, va a ir más allá, llegando a sugerir una extensión de la responsabilidad cierta, pero con pena disminuida, hasta los veintiún años, y una irresponsabilidad dudosa hasta los catorce. *Ibidem*, p. 206.

Responsabilidad criminal plena, resultando de aplicación la pena en toda su extensión para el mayor de dieciocho años.

En relación con los límites de menor edad fijados por el Código penal de 1870, BUENAVENTURA SELVA²⁶⁸ ha buscado su fundamento comparándolo con la regulación sistemática que, respecto de esta concreta cuestión, realizaban *Las Partidas*. En este sentido, señala que el precitado Código sienta como base lo siguiente: 1. Hasta los nueve años no existe delito por falta absoluta de discernimiento; 2. Cuando establece la penalidad respecto de los mayores de nueve y menores de quince años, admite la posibilidad del delito por la existencia del citado criterio, pero cuando se han determinado las edades en que éste falta o existe, la presunción de Ley es que existe siempre, cumplida la edad taxativa. Este era el sentir del compilador de las Partidas; de ahí que se aplicaran penas con relación a cada edad sin que el Juez pudiese considerar excepciones, tan sólo, tenía la obligación de averiguar la existencia del delito. Sin embargo, el Código penal de 1870 sí admite posibles excepciones, concretamente en el artículo 8.3. Y ello porque según los penalistas CASTRO y OROZCO, y ORTIZ De ZUÑIGA, la declaración expresa del discernimiento, sin cuyo cumplimiento queda el menor exento de responsabilidad criminal, es un “medio filosófico de dar flexibilidad a la Ley, en los casos que sus disposiciones generales pudieran ser injustas por el concurso de

²⁶⁸ Cfr. BUENAVENTURA SELVA, N.: *Comentarios al Código penal reformado y planteado provisionalmente por Ley de 3 de junio de 1870*, cit., pp. 22 y 23.

particulares circunstancias”²⁶⁹. A fin de evitar caer en reiteración, nos remitimos, respecto de estas últimas consideraciones, a las críticas ya efectuadas en este mismo apartado.

7. LOS PROYECTOS POSTERIORES AL CÓDIGO PENAL DE 1870²⁷⁰

Parafraseando a ANTON ONECA²⁷¹, los Proyectos de Código penal elaborados en los últimos treinta años del siglo XIX tenían por finalidad, más que introducir las nuevas tendencias de la ciencia jurídico-penal, mejorar el Código de 1870, simplificando el sistema de las penas en cuanto a su aplicación y ejecución, a fin de adaptarlo a la Constitución de 1876²⁷².

²⁶⁹ Cfr. CASTRO y OROZCO, J./ORTIZ De ZUÑIGA, M.: *Código penal explicado para la común inteligencia y fácil aplicación de sus disposiciones*, cit., p. 54.

²⁷⁰ Para un estudio de los Proyectos de Código penal del siglo XIX, cfr. ANTON ONECA, J.: “Los Proyectos decimonónicos para la reforma del Código penal español”, en *ADPCP*, t. XXV, fasc. II, 1972, pp. 249-287.

²⁷¹ Cfr. ANTON ONECA, J.: “El Código penal de 1870”, cit., p. 251.

²⁷² Efectivamente, la mayor parte de los Proyectos reformadores del siglo XIX carecen de importancia científica, siendo fundamentalmente su propósito armonizar el Código con la Constitución. Cfr. ANTON ONECA, J.: “Los antecedentes del nuevo Código penal”, en *RGLJ*, t. 154, 1929, p. 43. El propio Alonso Martínez reparó en la necesidad de adaptar el Código penal de 1870 a los principios impregnados en la Constitución de 1876, manifestando, al respecto, que “en la esfera penal poseemos, ciertamente, un Código que nada tiene que envidiar a los mejores de Europa; pero algunos de sus artículos no están en consonancia con los preceptos de la Constitución vigente”. Cfr. ALONSO MARTINEZ, M.: “Reformas legislativas que demanda con urgencia nuestra patria”, cit., p. 190.

Entre los numerosos Proyectos de finales del siglo pasado²⁷³ merecen especial atención los presentados a las Cortes por ALVAREZ BUGALLAL en 1880²⁷⁴, ALONSO MARTÍNEZ en 1882²⁷⁵ y SILVELA en 1884²⁷⁶. Limitaremos nuestro estudio a estos tres Proyectos por ser los únicos que han alcanzado alguna

²⁷³ Entre los Anteproyectos, Proyectos y Propuestas redactados con el fin de concordar el Código penal de 1870 con la posterior Constitución de 1876, destacan: el Proyecto Salmeron, de 1873; de Estrada y Danvila, de 1877 y 1879; el primero de Alonso Martínez, de 1882; la Ley de bases de 1886; el de Fernández Villaverde, de 1891; el de Maura, de 1895; el de Montilla, de 1902; el de Ugarte, de 1905; el de 1912; y los de Saldaña y Piniés, de 1921. Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho penal español*, cit., p. 107. Para un estudio más exhaustivo de los citados Proyectos, cfr. JIMENEZ De ASUA, L.: *Tratado de Derecho penal*, cit., pp. 770-772. De todos estos Proyectos resulta de interés para el tema objeto de estudio el de 1902, toda vez que, siguiendo el sistema de los países más cultos, excluye al menor de la jurisdicción penal ordinaria. Así, pues, su artículo 30 dispone que *no se procederá nunca penalmente contra el menor de quince años cumplidos. Esto no obstante, el Tribunal, a instancia del Ministerio Público, ordenará el ingreso del niño desvalido o moralmente abandonado en la Escuela de Reforma penitenciaria hasta que cumpla la edad de veintiún años, a menos que alguna persona o institución abonada ofrezca encargarse de la guarda y educación del mismo, en cuyo caso podrá serles entregado. En los procesos contra mayores de quince años y menores de dieciocho, las Sociedades de patronato, cuando y donde las haya, podrán intervenir para evitar que sean aplicadas a los menores las mismas reglas que a los adultos enjuiciados. En todo caso, los juicios por delitos en que aparezca procesado algún menor de dieciocho años cumplidos, se celebrarán a puerta cerrada, y dichos menores no estarán en prisión preventiva en las cárceles ordinarias. Los menores de dieciocho y mayores de quince, cuando sean sentenciados conforme a las disposiciones de este Código, cumplirán sus condenas en la penitenciaría para jóvenes delincuentes agregada a la Escuela de Reforma penitenciaria. También ingresarán en dicha penitenciaría los menores de veinte años condenados a penas que se extingan antes de llegar a los veintitrés.* Cfr. BERNALDO De QUIROS, C./NAVARRO De PALENCIA, A.: *Teoría del Código penal. Parte general*, cit., pp. 402 y 403. Para un estudio del Proyecto de 1902, cfr. MONTILLA y ADAN, J.: *Proyecto de Código penal de 1902*, Madrid, 1903.

²⁷⁴ El texto del Proyecto de Bugallal se encuentra recogido en el *Diario de las Sesiones de Cortes, Senado, Legislatura de 1879-80*, t. V, apéndice sexto al núm. 149, Madrid, 1880, pp. 1 y ss.

²⁷⁵ El texto del Proyecto de Alonso Martínez puede leerse, igualmente, en el *Diario de las Sesiones de Cortes, Senado, Legislatura de 1881-82*, t. IV, apéndice primero al núm. 79, Madrid, 1882, pp. 1 y ss.

²⁷⁶ Para un estudio del texto del Proyecto de Silvela, *Vid. Diario de las Sesiones de Cortes, Congreso de los Diputados, Legislatura de 1884-85*, t. III, apéndice primero al núm. 54, Madrid, 1885, pp. 1-76.

tramitación parlamentaria y por haber influido, fundamentalmente el de Silvela²⁷⁷, en nuestros Códigos y Leyes posteriores.

Por lo que concierne al denominado Proyecto Bugallal, cuya finalidad, como ya hemos indicado, era “coordinar el Código con la Constitución de 1876”,²⁷⁸, tan sólo, resulta de interés señalar que la eximente y atenuante de menor edad, reguladas en los artículos 8.3 y 9.2, respectivamente, coincide en su totalidad con la redacción, e incluso con los números de los artículos del Código penal de 1870.

El Proyecto presentado a las Cortes por el entonces Ministro de Gracia y Justicia, Alonso Martínez, regula la eximente de menor edad en los apartados segundo y tercero del artículo 17²⁷⁹ que, a su vez, aparece comprendido dentro del Libro I,

²⁷⁷ En este sentido, ha matizado ANTON ONECA, J.: “Los Proyectos decimonónicos para la reforma del Código penal español”, cit., p. 271, que “si el de 1880 y el de 1882 han sido poco conocidos por los penalistas españoles de la siguiente centuria, el de los hermanos Silvela ha sido objeto de grandes alabanzas y de repetidas imitaciones sobre ciertos puntos concretos”.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 250.

²⁷⁹ El artículo 17, apartado segundo, del Proyecto de Alonso Martínez establece que *no delinquen, y por consiguiente, están exentos de responsabilidad criminal, el menor de nueve años y el sordomudo menor de doce*. Por su parte, el apartado tercero del citado artículo 17 declara la exención de responsabilidad criminal *para el mayor de nueve años y menor de quince, y para el sordomudo mayor de doce y menor de quince, a no ser que haya obrado con discernimiento. El Tribunal hará declaración expresa sobre este punto para imponerles pena o declararles irresponsables*. En este sentido, la diferencia de edad entre el menor y el sordomudo ha sido justificada por Herrera sobre la base de que las facultades psíquicas en el segundo se desarrollan más tarde. Cfr. HERRERA, J.: *La reforma penal. Principios fundamentales en que debe inspirarse*, Buenos Aires, 1911, p. 370. Lógicamente, esta concepción ha sido superada, pues, como es sabido, el oído y el habla, pese a ser instrumentos debilitados o ausentes en el sordomudo, no conllevan necesariamente una alteración grave de la conciencia de la realidad, presupuesto indispensable en el vigente Código penal para estimarlo como causa de exclusión de responsabilidad criminal. La valoración de esta cuestión ha sido expuesta magistralmente por Quintiliano Saldaña, utilizando la

Capítulo II, bajo el título “De las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal”, siguiendo, por tanto, la configuración de la minoría de edad penal como causa de exención de responsabilidad criminal, introducida por el Código de 1848, si bien se vuelve de nuevo a incurrir en el error de considerar que los menores de edad penal “no delinquen”. Asimismo, el precitado Proyecto introduce, como ya lo hiciera el Proyecto absolutista de 1834 respecto de la enajenación, una regulación conjunta y, desde luego errónea, del menor y del sordomudo, que afortunadamente no llegará a ser aprobada.

En materia de atenuantes, el Proyecto de 1882 también resulta innovador y, a la vez, progresista, al elevar a veinte años el tope máximo de menor edad, (artículo 18.2). En este sentido, destaca ANTON ONECA que “acaso convendría elevarla, pues no es bien, según razona el civilista Alonso Martínez, que la Ley imponga incapacidad casi total para los actos de la vida civil y no admita una disminución de responsabilidad análoga a aquella insuficiencia”²⁸⁰.

siguiente argumentación: “doctrinalmente es claro que toda la cuestión radica en decidir si efectivamente la sordomudez de nacimiento es motivo suficiente para ocasionar tales efectos. Considerando el problema desde un punto de vista trascendental, puede aducirse que el precepto afirmativo de irresponsabilidad es una concesión a las ideas filosóficas del sensualismo, que no reconocen otro proceso de adquisición de ideas que morales e intelectuales que el de la vía sensorial. Pero el espíritu integral, en cambio, partidario de la generación espontánea de las ideas innatas, y propugnador de un mundo moral elaborado anímicamente, la ausencia de un sentido no tiene por qué afectar en su mera imperfección orgánica a la perfección armónicamente independiente del intangible mundo interior”. Cfr. QUINTANO RIPOLLES, A.: *Comentarios al Código penal*, vol. I, Madrid, 1946, p. 87. Con la anterior exposición queda sobradamente justificado el rechazo a una regulación conjunta de la sordomudez y la minoría de edad penal como causa eximente, pues, obviamente estamos ante dos supuestos distintos.

Respecto del Proyecto de 1884, preparado por Luis SILVELA y presentado por su hermano Francisco al Congreso, se ha comentado que es “el más conocido y celebrado”²⁸¹, llegando a ser “nuestro mejor Proyecto del siglo XIX”²⁸².

Las causas eximentes de la responsabilidad criminal aparecen reguladas en este último Proyecto de 1884 en el Capítulo III, concretamente, el artículo 31²⁸³, apartados 4º y 5º, es el que recoge la cuestión objeto de estudio. En principio, continúa la línea iniciada por el Código penal de 1848, seguida a su vez por el de 1870, en el sentido de que mantiene el límite de exclusión de la responsabilidad criminal en los nueve años, así como el criterio del discernimiento para el mayor de nueve años y menor de quince; no obstante, tomando como modelo el Proyecto de Alonso Martínez, introduce una regulación conjunta de la minoría de edad penal y

²⁸⁰ Cfr. ANTON ONECA, J.: “Los Proyectos decimonónicos para la reforma del Código penal español”, cit., p. 254.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 258.

²⁸² Cfr. JIMENEZ De AUSA, L./ANTON ONECA, J.: *Derecho penal conforme al Código penal de 1928. Parte general*, t. I, cit., p. 53. En sentido análogo, cfr. ANTON ONECA, J.: “Los antecedentes del nuevo Código penal”, cit., p. 43, donde matiza que el Proyecto Silvela ha influido sobre el Código de la zona española de Protectorado de Marruecos y sobre los Proyectos posteriores, especialmente el de 1912.

²⁸³ Los apartados cuarto y quinto del artículo 31 del Proyecto de Silvela establecen que *no son imputables sus actos al menor de nueve años, ni al mayor de nueve, menor de quince, o sordomudo de nacimiento menor de dieciocho, a no ser que hayan obrado con discernimiento. En ambos casos, el Tribunal hará declaración expresa sobre este último punto para imponerles pena o declararles irresponsables. Cuando el menor sea declarado irresponsable será entregado a su familia con encargo de vigilarlo y educarlo. Si no la tuviera, ingresará en un establecimiento para la corrección de jóvenes, o de beneficencia destinado a la educación de huérfanos o desamparados,*

del sordomudo de nacimiento, menor de dieciocho años, para quien también se prevé la valoración del citado juicio. Como es lógico, esta modificación no va a ser adoptada por los posteriores Códigos penales, en tanto en cuanto se trata de dos supuestos de naturaleza manifiestamente distinta, y, naturalmente, la minoría de edad penal exige una autonomía específica dentro del cuadro de eximentes.

Además de la anterior consideración, y pese a que la redacción del citado artículo 31 mejora respecto de la prevista en el primer Código penal de 1822 y los subsiguientes Proyectos absolutistas, merece especial rechazo la modificación introducida por dicho artículo, por cuanto deja al arbitrio del Juez la determinación del tiempo que ha de permanecer internado en los establecimientos para la corrección de jóvenes, o de beneficencia, el mayor de nueve y menor de quince años, declarado irresponsable por no estimar el Tribunal la concurrencia del discernimiento²⁸⁴, apreciando el Juez, tan sólo, las circunstancias del hecho y no las circunstancias personales del menor. En este sentido, como es sabido, las penas no afligen con la misma intensidad, ni tienen la misma repercusión o consecuencias sobre el penado, pues ello va a depender del temperamento y circunstancias personales de cada uno, factores que necesariamente deber valorar el Juez²⁸⁵.

donde deberá permanecer durante el tiempo que el Tribunal fije, teniendo en cuenta las condiciones del hecho.

²⁸⁴ Recordemos que respecto de este particular, el Código penal de 1870 establecía un internamiento de igual duración y bajo las mismas condiciones que los “acogidos”, sin dejar, por consiguiente, a discreción del Juez la fijación del tiempo de internamiento.

En este último Proyecto del siglo XIX, la ampliación del arbitrio judicial queda de nuevo evidenciada en la redacción de la Exposición de Motivos, Capítulo V, “Causas de justificación y de no imputabilidad. Circunstancias que atenúan o agravan la responsabilidad criminal”, donde literalmente se reseña: “Queda así encerrado el criterio del Juez en un círculo que ahora se ensancha considerablemente (...) se llega de una vez a confiar al criterio del tribunal la apreciación como circunstancias agravantes o atenuantes de las que considere tales, imponiendo la pena señalada al delito en la medida que estime justa”²⁸⁶.

Por último, el Proyecto Silvela regula las circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal en el Capítulo IV, bajo el título “Circunstancias que atenúan y agravan la responsabilidad criminal”. En este sentido, la materia en

²⁸⁵ La teoría de las penas puramente personales ha sido examinada por Álvarez Martínez, llegando a la siguiente hipótesis: “Si el penado, antes de serlo, vivía miserablemente en una pobre choza, sin recursos y rodeado de todo género de privaciones, el establecimiento penal a que se le destine y la vestidura del traje reglamentario tal vez mejoren su suerte; pero si era un hombre de fortuna y de elevada posición, y sobre todo si es un hombre pudoroso, que cometió el crimen en un momento de irritante provocación, y obedeciendo cabalmente a esos instintos de pundonor y de vergüenza, la simple prisión y la manera de sufrirla, la vestidura obligatoria de un traje especial que lo confunda con todos los demás criminales, serán para él insoportable tormento (...) no es cosa de destinar a los mismos establecimientos penitenciarios en confusión y tropel a unos y otros delincuentes ni de imponerles penas que sólo se distinguen por su duración y no por su naturaleza y por la forma en que se sufren”. Cfr. ALVAREZ MARTINEZ, C.: “De la necesidad de la reforma de las Leyes penales”, cit., pp. 221-223.

²⁸⁶ Vid. *Diario de las Sesiones de Cortes, Congreso de los Diputados, Legislatura de 1884-85*, cit., p. 6.

cuestión no sufre ninguna modificación respecto del Código anterior²⁸⁷, siendo contemplada en el artículo 33.2²⁸⁸.

8. EL CRITERIO DEL “DISCERNIMIENTO”²⁸⁹ COMO FUNDAMENTO DE LA IMPUTABILIDAD EN LA ESCUELA CLÁSICA DEL DERECHO PENAL

Desde el inicio del proceso de Codificación penal español hasta la actualidad, los límites de la capacidad de culpabilidad han sido establecidos, bien en clave puramente cronológica o biológica²⁹⁰, bien combinando ésta con el discernimiento.

Con el Código penal de 1822 se incorpora a nuestro Derecho lo que será la regulación jurídica de la minoría de edad penal durante más de cien años, en el sentido de que en él se perfila e hilvana el criterio del discernimiento como soporte

²⁸⁷ Efectivamente, en la Exposición de Motivos del Proyecto de Silvela se consigna: “en las circunstancias atenuantes y agravantes se han conservado el propio método y distribución formal del Código vigente y de los Proyectos que sirven de antecedentes al actual”. *Vid. Diario de las Sesiones de Cortes, Congreso de los Diputados, Legislatura de 1884-85*, cit., p. 6.

²⁸⁸ El tenor literal del artículo 33 establece como circunstancia atenuante *ser el culpable menor de dieciocho años*.

²⁸⁹ Originariamente, el criterio del discernimiento como fundamento de la responsabilidad penal del menor procede del Derecho romano, de donde fue transmitido al Derecho canónico medieval para pasar, por último, a los Códigos penales españoles del siglo XIX.

²⁹⁰ *Vid. infra* apartado 2.2.1.1. del Cap. III.

jurídico limitador de la imputabilidad para una segunda edad o periodo²⁹¹. Será con el Código penal de 1928 y, más concretamente, con el de 1932 cuando se abandone definitivamente este criterio, sentando, desde entonces, las bases de la nueva regulación penal de esta materia en un criterio cronológico o biológico puro, que supondrá una mayor seguridad jurídica en el tratamiento penal de la minoría de edad.

Los Códigos penales españoles del siglo XIX, que no se distinguían significativamente de los demás Códigos europeos²⁹², encontraron su fuente de inspiración más directa en la Escuela penal clásica, siendo sus figuras más representativas los italianos CARRARA y PESSINA.

Respecto a sus postulados, la citada Escuela clásica fundamenta la imputabilidad de las acciones constitutivas de delito en una responsabilidad moral que deriva del libre arbitrio, esto es: conciencia del acto y voluntad para cometerlo. El propio CARRARA²⁹³ realiza una clasificación de los cuatro requisitos que componen la

²⁹¹ *Vid.* STS de 28 de mayo de 1898 (JC 161) en la que, conforme a la constante doctrina jurisprudencial, se reconoce que “se incurre por el Tribunal del juicio en quebrantamiento de forma, según el número 2º del artículo 912 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si solicitada por el Fiscal la absolución del acusado, por haber éste obrado sin discernimiento, y hallarse en su virtud exento de responsabilidad criminal, se condena al procesado sin acusación mantenida definitivamente como autor de un delito, pues tal infracción de forma equivale a penar en la sentencia un delito más grave que el que fue objeto de acusación”. *Vid.*, igualmente, STS de 11 de octubre de 1898 (JC 60).

²⁹² Cfr. SILVA SANCHEZ, J. M: “El régimen de la minoría de edad penal (artículo 19)”, cit., p. 166.

fuerza moral, a consecuencia de la cual el hombre procedió a la comisión del delito, éstos son: conocimiento de la Ley; previsión de los efectos; libertad de elegir; y voluntad de obrar.

En un interesante estudio sobre el clasicismo penal y sus caracteres, distingue MENDOZA²⁹⁴ en los Códigos penales que concretan la doctrina penal clásica hasta tres etapas en el tratamiento de la minoría de edad penal: un periodo de irresponsabilidad absoluta; una etapa de culpabilidad condicionada al discernimiento; y, por último, otra de atenuación. Con mayor rigurosidad, diferencia PÉREZ VITORIA²⁹⁵ entre una etapa en la que se establece el término de irresponsabilidad absoluta (presunción *iuris et de iure*) y antes de alcanzar otra, en la que el menor se reputa responsable criminalmente, un periodo intermedio de responsabilidad condicionada y menos plena, en la que se considera al menor imputable y acreedor, por tanto, de una sanción penal, aunque atenuada, si ha

²⁹³ Cfr. CARRARA, F.: *Programa del curso de Derecho criminal. Parte general*, cit., p. 68. En España, los postulados fundamentales de la Escuela clásica encontraron diáfana recepción en la figura de Juan Francisco PACHECO, resultando ser el más significado representante en nuestro país. Se suman a la orientación clásica de signo ecléctico, no sin ciertas variaciones de matiz, GROIZARD y VIZMANOS, y ya en el siglo XX el Padre Jerónimo MONTES, cuyo libro *Derecho penal español* descansa sobre la base del libre albedrío y la concepción retributiva de la pena. En resumen, el clasicismo de PACHECO sintetiza la imputabilidad en los siguientes factores: “haya sido él libre al ejecutar el hecho; háyale realizado con intención cumplida; estuviese el hecho mismo declarado criminal en las Leyes, anteriormente a su comisión”. Cfr. PACHECO, J. F.: *Estudios de Derecho penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840*, t. II, cit., p. 73.

²⁹⁴ Cfr. MENDOZA, J. R.: *La protección y el tratamiento de los menores*, Buenos Aires, 1960, p. 3.

²⁹⁵ Cfr. PEREZ VITORIA, O.: *La minoría de edad penal y su tratamiento. Historia, doctrina y legislación*, cit., p. 9. Del mismo: “El discernimiento como fundamento de la responsabilidad criminal de los menores”, en *Anales de la Universidad de Barcelona*, 1940, p. 119.

cometido el acto delictivo con el discernimiento necesario, o se le declara inimputable, sino se estima la concurrencia del citado criterio.

Es necesario precisar que la finalidad educadora, prevista para el supuesto de que el juez desestimase la existencia del susodicho discernimiento, no ha sido perseguida con el mismo interés por todos los Códigos penales del siglo XIX, sino que, como hemos matizado en los apartados correspondientes de nuestro estudio, tan sólo, fue el Código de 1870 el que verdaderamente acuñó esta aspiración, al añadir, bajo una perspectiva humanitaria, un párrafo en la redacción de la eximente de menor edad, que será el precedente del tratamiento dispensado a los menores por los posteriores Códigos del siglo XX.

Sólo respecto de una segunda edad o etapa es sobre la que el discernimiento sintetiza el fundamento clásico de la responsabilidad penal del menor, fundamento que ha sido calificado por MITTERMAIER²⁹⁶ de fórmula demasiado vaga e indefinida; sin embargo, la dificultad no sólo radica en la imprecisión del término, sino también en la complejidad de su investigación y apreciación por el Juez.

²⁹⁶ Cfr. JIMENEZ De ASUA, L., en adiciones a la obra de CARRARA, F.: *Programa del curso de Derecho criminal. Parte general*, cit., p. 279.

Ninguno de nuestros Códigos penales definió en que consistía el discernimiento²⁹⁷, lo que ha dado lugar a muy distintas interpretaciones por parte de la doctrina científica²⁹⁸. A pesar de los infructuosos intentos doctrinales por alcanzar una definición válida, no debe ignorarse su importancia, por cuanto ha representado el fundamento de la capacidad de imputabilidad del menor, respecto de una segunda edad o periodo, durante más de un siglo²⁹⁹.

En primer lugar, trataremos de descifrar qué significaba esta palabra, para posteriormente analizar su contenido, esto es: en que consistía el juicio del

²⁹⁷ Sobre el particular ha precisado RIOS MARTIN, J. C.: *El menor infractor ante la Ley penal*, cit. p. 37, que tradicionalmente el concepto de “*capacitas doli*”, o discernimiento en el Derecho romano clásico, significaba la posesión de la conciencia del bien y del mal.

²⁹⁸ Efectivamente, ninguno de los Códigos penales españoles definió la palabra discernimiento, ni tampoco la jurisprudencia llenó esta laguna; no obstante, los comentaristas han facilitado distintas definiciones, pero en muy pocas ocasiones coinciden. A la profusión de opiniones sobre el significado de este término se ha referido ALIMENA, al manifestar que “al llegar a este punto, las opiniones se muestran discordes. Quizás no exista otra cuestión en el Derecho penal en que sea mayor la discordancia de opiniones”. Cfr. ALIMENA, B.: *Principios de Derecho penal*, cit., p. 88. El propio CARRARA reconoce que algunos de los pensadores de su Escuela hicieron suya la censura de ALIMENA, por lo que este término fue defendido por algunos y discutido por otros, incluso en el seno de los pensadores de la doctrina penal clásica. Cfr. JIMENEZ De ASUA en adiciones a la obra de CARRARA, F.: *Programa del curso de Derecho criminal. Parte general*, cit., p. 546; JIMENEZ De ASUA, L./ANTON ONECA, J.: *Derecho penal conforme al Código penal de 1928. Parte general*, t. I, cit., p. 238.

²⁹⁹ La relevancia del juicio del discernimiento ha sido destacada por JIMENEZ De ASUA, L.: *La delincuencia juvenil y los Tribunales para niños*, cit., p. 4, donde lo califica de “piedra angular de la imputabilidad de los menores”, pues, “podría decirse que el fundamento de la inimputabilidad del menor se hallaba en la ausencia del discernir”. Este apunte aparece igualmente recogido en JIMENEZ De ASUA, L./ANTON ONECA, J.: *Derecho penal conforme al Código penal de 1928. Parte general*, t. I, cit., p. 238. La trascendencia del citado juicio también ha sido destacado, entre otros autores, por DRAPKIN, A.: “La menor edad”, en *Jurisprudencia de las circunstancias eximentes de responsabilidad criminal*, Universidad de Chile, 1936, p. 52, donde expone que “fijar el discernimiento del menor delincuente corresponde, en la técnica penal, a la determinación de la responsabilidad en el delincuente adulto”.

discernimiento y, en último lugar, averiguar qué momento es el que consideraba el juez, si la edad del menor en el momento de la comisión del acto delictivo, o la que tenía cuando se efectuaba el mentado juicio.

Respecto a la primera cuestión, podemos distinguir, siguiendo a JIMÉNEZ De ASUA³⁰⁰, hasta cuatro orientaciones en la doctrina científica que nos van a facilitar distintos criterios interpretativos:

1. *Discernimiento jurídico*, lo hacen radicar en la inteligencia de la antijuricidad del acto, en la conciencia necesaria para el conocimiento de su punibilidad, en la noción de la responsabilidad penal y, por último, en sus consecuencias. Este es el criterio sostenido por VON LISZT.

2. *Discernimiento moral*, en el sentido de inteligencia suficiente para diferenciar el bien del mal, lo justo de lo injusto, en el concepto de moralidad y de responsabilidad penal. Este criterio es el defendido por CARRARA, ROSSI y SILVELA.

Aplicando los principios de la Escuela clásica a la materia objeto de estudio, podemos afirmar que el desenvolvimiento intelectual en el menor de edad se

³⁰⁰ Cfr. JIMENEZ De ASUA, L./ANTON ONECA, J.: *Derecho penal conforme al Código penal de 1928. Parte general*, t. I, cit., p. 238. Cfr., igualmente, MENDOZA, J. R.: *La protección y el tratamiento de los menores*, cit., p. 4, que también ha tomado como punto de partida o referencia la clasificación realizada por el maestro JIMENEZ De ASUA.

desarrolla paralelamente a su desarrollo físico, de tal suerte que “si su inteligencia le permite discernir lo justo y lo bueno, de lo injusto y lo malo, el acto ejecutado se le reprocha como delito si escoge el segundo camino, y el castigo se le impone también dosimétricamente, en proporción a su edad”³⁰¹.

Para el mismo CARRARA, enérgico defensor del discernimiento, este criterio significa “el poder de discernir el bien del mal; haber obrado con discernimiento significa haber empleado ese poder en el acto especial que se ejecuta”³⁰². En su idea de vincular la edad a las causas que dependen de la inteligencia³⁰³, elaboró un criterio puramente jurídico, diferenciando tres periodos de edad³⁰⁴:

³⁰¹ Cfr. MENDOZA, J. R.: *La protección y el tratamiento de los menores*, cit., p. 3. En el mismo sentido, señala SOLIS QUIROGA, H.: *Justicia de Menores*, Méjico, 1986, p. 48, que si existía el discernimiento “el individuo estaba obligado a hacer el bien, a dirigir su conducta indefectiblemente a lo lícito. Si en cualquier caso obraba ilícitamente, con mala intención o dolo, ello demostraba que había actuado así voluntariamente, por su propia decisión y, por tanto, debía ser castigado”.

³⁰² Cfr. JIMENEZ De ASUA, L., en adiciones a la obra de CARRARA, F.: *Programa del curso de Derecho criminal. Parte general*, cit., p. 279.

³⁰³ En contra de este postulado manifiestan RODRIGUEZ DEVESA, J. M/SERRANO GOMEZ, A.: *Derecho penal español. Parte general*, 18º ed., Madrid, 1995, p. 610, que el discernimiento no se puede entender como ausencia de inteligencia.

³⁰⁴ Cfr. JIMENEZ De ASUA, L., en adiciones a la obra de CARRARA, F.: *Programa del curso de Derecho criminal. Parte general*, cit., pp. 278-282. Como ha destacado CUELLO CALON, E.: *Derecho penal conforme al Código penal, Texto Refundido de 1944. Parte general*, t. I, 12º ed., Barcelona, 1956, p. 447, en la regulación de la responsabilidad penal de los menores, los penalistas de la Escuela clásica establecieron una serie de periodos provenientes, en general, del Derecho romano.

-Un primer periodo, basado en una presunción, *iuris et de iure*, de ausencia absoluta de responsabilidad, que comprende la infancia (desde el nacimiento hasta los siete años) y la impubertad próxima a la infancia (de siete a doce años).

-Un segundo periodo, que corresponde a la impubertad próxima a la minoridad (de doce a catorce años) y a la minoridad (de catorce a dieciocho años cumplidos). En este periodo, basado en una presunción *iuris tantum*, el menor queda sometido al juicio del discernimiento, de tal suerte que si no es estimado por el Juez el menor será absuelto y, en caso de concurrencia, se le imputará el delito, pero en grado menor que el establecido por la Ley para el adulto. Este periodo es calificado por CARRARA de responsabilidad condicional y menos plena.

Justifica el célebre autor italiano la investigación del discernimiento en la observación de que en algunos individuos, bien por defecto de instrucción o retardo natural, las facultades intelectuales se desarrollan más lentamente, lo que impide fundar la imputación en una mera presunción de inteligencia. Respecto de la menor imputación, aunque se haya obrado con discernimiento, encuentra su razón de ser en el hecho de que el menor, pese a que tiene suficiente capacidad para ser responsable de sus actos, su mente, sin embargo, no está consolidada, faltándole la experiencia suficiente para hacer buen uso de ella.

En suma, utilizando las gráficas palabras del maestro JIMÉNEZ De ASUA, CARRARA resuelve jurídicamente los problemas de la menor edad “haciendo de la infancia una causa plena de inimputabilidad y de la adolescencia un motivo inimputable condicional o una circunstancia atenuante”³⁰⁵.

-Un tercer periodo, denominado por CARRARA de responsabilidad plena, en el que queda integrada la mayor edad (desde dieciocho años cumplidos en adelante). En este periodo, en el que se aplica el grado ordinario de imputación, la inteligencia ha alcanzado su madurez, por lo que no existirá ya atenuación, salvo la concurrencia de otras circunstancias que disminuyan la imputación. Concluye CARRARA su exposición sobre este extremo afirmando, que “la plena imputabilidad debe coincidir con la plenitud de madurez fisiológica”³⁰⁶.

La misma Escuela clásica, pese a sus dogmas de proporcionalidad, no conseguirá un resultado óptimo para con los menores infractores, a quienes, o bien no se les aplicaba pena alguna, quedando desamparados, o bien eran objeto de las mismas sanciones que los adultos³⁰⁷, aunque aminorando su duración³⁰⁸. Además, las

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 541.

³⁰⁶ Cfr. JIMENEZ De ASUA, L., en adiciones a la obra de CARRARA, F.: *Programa del curso de Derecho criminal. Parte general*, cit., p. 540.

³⁰⁷ En el mismo sentido, señala SILVA SANCHEZ, J. M: “El régimen de la minoría de edad penal (artículo 19)”, cit., pp. 167 y 168, que conforme al modelo clásico, si el menor era declarado culpable se le imponía la pena retributiva, en caso contrario no se le podía imponer ninguna otra consecuencia jurídico-penal distinta.

atenuaciones con las que se pretendió beneficiar al menor condenado resultaron ineficaces, al implicar ausencia de todo tipo de tratamiento paciente y curable, y, como tal, efectivo. En realidad, estas penas, según consta en el Congreso de Barcelona, en conclusión propuesta por el ponente Roig y Bergadá, no respondían a la rehabilitación del menor infractor³⁰⁹.

Tomando como referencia la anterior línea argumental, la minoría de edad era contemplada desde la perspectiva del derecho de castigar. Desde luego, para un jurista tiene que haber siempre motivos de crítica en los Códigos penales con tendencias exclusivamente retributivas y expiatorias. En este sentido, existen infinidad de pruebas y estadísticas poco alentadoras que demuestran que con los fuertes mecanismos represivos del Derecho penal, al socaire de pretendidas razones político-criminales que no han llegado a verificarse, no sólo quedaba el menor sin corregir, sino que tras su estancia en establecimientos penitenciarios salía más preparado para delinquir, o mucho más contagiado de valores criminales³¹⁰. En definitiva, ni las exigencias de prevención general, positiva o negativa, ni las de

³⁰⁸ Cfr. GUALLART y LOPEZ De GOICOECHEA, J.: *El Derecho penal de los menores. Los Tribunales para niños*, cit., p. 77.

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 80.

³¹⁰ Sobre este extremo, se ha lamentado GUALLART y LOPEZ De GOICOECHEA, J.: *El Derecho penal de los menores. Los Tribunales para niños*, cit., p. 79, de que “hubo un tiempo remoto, y aun hoy mismo sucede, (...) en que la falta de espacio y condiciones de los establecimientos penitenciarios hacía convivir a los jóvenes delincuentes, verdaderos niños aún, con los presos de mayor edad. Bien cabe imaginar los horrores de que ellos serían a la vez testigos, víctimas y cómplices”.

prevención especial han podido justificar nunca la aplicación de una pena común al menor.

Conviene una vez más insistir en la gran inseguridad jurídica que producía el citado criterio, ya que equiparaba a los menores con los locos y dementes, quienes también podían incurrir en responsabilidad si obraban con discernimiento³¹¹.

Sin embargo, pese a las obligadas críticas al sistema penal clásico, no debe ignorarse que su postulado de proporcionalidad de las penas a la gravedad del delito cometido contribuyó a mejorar la situación general de los delincuentes adultos y, en particular, la de los menores infractores. En este sentido, el propio CUELLO CALON afirmó, refiriéndose al discernimiento, que “nacido este problema bajo el antiguo régimen penal de estricta proporción entre la pena y el grado de libertad del agente en la comisión del delito, se justificaba entonces dicho examen, que no tenía otro fin sino imponer al delincuente aquella cantidad de pena, de mal, de sufrimiento, que justamente mereciese”³¹².

³¹¹ Cfr. GRACIA MARTIN, L./BOLDOVA PASAMAR, M. A./ALASTUEY DOBON, M. C.: *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 347.

³¹² Cfr. CUELLO CALON, E.: *Tribunales para niños*, Madrid, 1917, p. 104.

Además, como ha señalado ANTON ONECA³¹³, era lógico que se subordinase la responsabilidad del adolescente a la condición de haber obrado con discernimiento, ya que la doctrina penal clásica fundaba la imputabilidad en la inteligencia y libertad del agente.

En otro momento, bajo el dominio del Derecho penal retributivo y expiatorio, se podía justificar la indagación del discernimiento del imputado, pues aún tratándose de menores, salvo los comprendidos en los años de absoluta irresponsabilidad, se aspiraba a que la pena impuesta fuese proporcionada a la culpabilidad del autor. Esta era la auténtica razón de ser del tan criticado criterio del discernimiento, comprensible, por tanto, en épocas anteriores, pero no ya en el siglo XX, donde “los menores no están sometidos a penas sino, tan sólo, a medidas tutelares y educativas”,³¹⁴.

Al margen de las anteriores justificaciones al principio de proporcionalidad de las penas propugnado por la Escuela clásica, CUELLO CALON no dudó en reivindicar la formación de un Tribunal bajo un espíritu tutelar y protector, en el que sólo tuviesen cabida las medidas educativas y pedagógicas, descartando las penales. Así, bajo esta perspectiva, manifestó literalmente que “estando inspirados en tal sentido

³¹³ Cfr. ANTON ONECA, J.: *Derecho penal*, cit., p. 315.

³¹⁴ Cfr. CUELLO CALON, E.: *Criminalidad infantil y juvenil*, cit., pp. 94 y 95.

estos Tribunales, no tendrán, como los Tribunales ordinarios que examinar el discernimiento de los menores acusados (...) por tanto es inútil tal examen”³¹⁵.

3. Discernimiento moral y jurídico, que diferencia entre delitos naturales e inmorales, y delitos puramente positivos o de simple conveniencia política; en el primer caso, el discernimiento comprende el conocimiento de lo justo y lo injusto, del bien y del mal; y en el segundo supuesto, es la facultad de comprender la ilegalidad de tales hechos. Este es el criterio defendido por HAUS³¹⁶.

4. Discernimiento social. El antiguo criterio del discernimiento, que ha subsistido en las legislaciones inspiradas en los postulados clásicos, se transformó, una vez reformadas éstas, en un concepto social, cuyo contenido no es psicológico, sino educativo. Garraud se mostró un convencido partidario de este concepto de discernimiento, sobre la base de que la delincuencia juvenil tiene su origen, no sólo, en el carácter e instintos del menor, sino también en su entorno social³¹⁷.

³¹⁵ Cfr. CUELLO CALON, E.: *Tribunales para niños*, cit., p. 104.

³¹⁶ Cfr. JIMENEZ De ASUA, L./ANTON ONECA, J.: *Derecho penal conforme al Código penal de 1928. Parte general*, t. I, cit., p. 238.

³¹⁷ Cfr. JIMENEZ De ASUA, L., en adiciones a la obra de CARRARA, F.: *Programa del curso de Derecho criminal. Parte general*, cit., pp. 546 y 547; MENDOZA, J. R.: *La protección y el tratamiento de los menores*, cit., p. 3.

Fuera del ámbito de estos cuatro grupos³¹⁸, en los que hemos clasificado los criterios proporcionados por la doctrina sobre el significado del discernimiento, podemos situar a PESSINA³¹⁹, quien, “marchando por las antiguas rutas”³²⁰, define el discernimiento como la “capacidad de dolo en el momento de la acción”³²¹. Secunda esta tesis CUELLO CALON, para quien “la exención de responsabilidad o la imposición de pena tenía por base la presunta ausencia o concurrencia de dolo en el agente”³²².

Respecto de la segunda cuestión objeto de análisis, consistente en analizar el contenido del juicio del discernimiento, como ha puesto de relieve Federico

³¹⁸ Otra interpretación del significado del discernimiento que merece la pena destacar, en cuanto refleja la posición de una parte de la doctrina científica de la época, es la expuesta por ALVAREZ CID, J./ALVAREZ CID, T.: *El Código penal de 1870*, cit., p. 83, quienes consideran que este criterio equivale “a la facultad de juzgar rectamente y distinguir las acciones diferentes (...), o lo que es lo mismo, si en la inteligencia del agente se hallaba ya suficientemente desarrollada la preciosa facultad de discernir las cosas que entre si son diferentes”.

³¹⁹ Para el insigne Profesor de la Universidad de Nápoles, hay cierto periodo de la vida, igual para todos los hombres, en el que la inteligencia no puede considerarse lo suficientemente desarrollada para presentar clara o nitidamente en el espíritu la conciencia moral; este periodo constituye la infancia. Por el contrario, hay otro periodo que comprende la mayor parte de la vida, en la que por regla general, salvo algunas excepciones, la inteligencia se ha desarrollado de tal modo que no puede ponerse en duda la existencia del discernimiento; este periodo comienza en la juventud, edad en que la inteligencia sabe distinguir el bien del mal. Entre ambos periodos se halla otra etapa de la vida, la adolescencia, en el que existe la duda de si la inteligencia está o no desenvuelta; de tal suerte, que es preciso un examen riguroso sobre el hecho delictivo y sobre las condiciones individuales del sujeto, al objeto de determinar si era capaz de dolo en el momento de la acción. Cfr. PESSINA, E.: *Elementos de Derecho penal*, cit., p. 359.

³²⁰ Cfr. JIMENEZ De ASUA, L./ANTON ONECA, J.: *Derecho penal conforme al Código penal de 1928. Parte general*, t. I, cit., p. 239.

³²¹ Cfr. PESSINA, E.: *Elementos de Derecho penal*, cit., p. 359.

CASTEJON³²³, en contadas ocasiones se ha visto obligado nuestro Tribunal Supremo a pronunciarse sobre el número tercero del artículo 8 del Código penal. Así lo demuestra la sentencia de fecha 1 de febrero de 1889³²⁴, donde se especifica que no cabe discutir en casación si el mayor de nueve años y menor de quince obró o no con discernimiento. La sentencia discurre en términos que, a nuestro juicio, merece la pena transcribir literalmente:

“(…) Que es improcedente el recurso que se funda en el concepto de haber obrado el procesado sin discernimiento, porque este supuesto no puede ser discutido en casación, pues no implica cuestión alguna de derecho, y sólo se dirige a impugnar el juicio emitido por el Tribunal sentenciador sobre puntos de hecho, para cuya apreciación tiene por Ley facultades incontrovertibles (...)”.

Esta imposibilidad de utilizar el recurso de casación en materia de discernimiento entrañaba una verdadera gravedad, en la medida que suponía una limitación de las garantías inalienables de los justiciables, en este caso de los menores, que quedaban en una clara situación de indefensión.

³²² Cfr. CUELLO CALON, E.: *Derecho penal conforme al Código penal, Texto Refundido de 1944*, cit., p. 448.

³²³ Cfr. CASTEJON, F.: *Comentarios científico-prácticos al Código penal de 1870*, vol. II, cit., p. 309.

³²⁴ (JC 111).

Consecuentemente, en la segunda cuestión objeto de examen, tan sólo, podemos referirnos, a título de ejemplo y a fin de ilustrar el criterio utilizado por los Tribunales en la valoración del juicio del discernimiento, a la sentencia de fecha 7 de abril de 1876³²⁵, que textualmente dispone:

“(...) Considerando que el caso tercero del art. 9º del Código penal, si bien dispone que el mayor de nueve años y menor de quince sea declarado exento de responsabilidad, es cuando no ha obrado con discernimiento, correspondiendo a los Tribunales, según el párrafo siguiente, hacer la declaración expresa sobre este punto para imponer pena o declararle irresponsable:

Considerando que para que los Tribunales hagan la referida declaración no han de atenerse solamente al dictamen facultativo, por más que sea un dato muy atendible, sino también a los antecedentes y circunstancias del hecho y condiciones del procesado para llenar cumplidamente la misión que la Ley ha dejado a su recto criterio:

Considerando que la Sala sentenciadora, examinando la causa y atendiendo, además del dictamen de los facultativos, a otros datos que el proceso ofrece, ha declarado que el recurrente ha obrado con discernimiento en el hecho porque ha sido procesado; declaración que por la Ley le corresponde y es de su competencia, y por tanto improcedente la infracción que en tal concepto se alega (...)”

³²⁵ (JC 3300), cit.

Esta sentencia da cumplimiento al artículo 380 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyo tenor, sin pretender definir el discernimiento, pero dando una idea del mismo, establece:

Si el procesado fuere mayor de nueve años y menor de quince, el Juez recibirá información acerca del criterio del mismo, y especialmente de su aptitud para apreciar la criminalidad del hecho que hubiese dado motivo a la causa. En esta información serán oídas las personas que puedan deponer con acierto por sus circunstancias personales y por las relaciones que hayan tenido con el procesado antes y después de haberse ejecutado el hecho. En su defecto, se nombrarán dos profesores de instrucción primaria para que, en unión del médico forense o del que haga sus veces, examinen al procesado y emitan su dictamen³²⁶.

Por consiguiente, en cumplimiento de la anterior previsión legal, el Tribunal no podía subordinar su criterio, exclusivamente, al dictamen de los facultativos, sino también al estudio de los antecedentes, circunstancias del hecho y condiciones del procesado, información que, conforme al artículo 380 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debía ser facilitada por testigos próximos al menor y, tan sólo, en ausencia

³²⁶ El derogado artículo 380 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal puede leerse en VVAA: *Legislación española. Leyes penales*, Madrid, 1934; MEDINA, L./MARAÑÓN, M.: *Leyes penales de España conforme a los Textos oficiales*, Madrid, s./f., EJE (SEIX), t. IV, p. 1197.

de los mismos el citado precepto regulaba, como medida subsidiaria, el dictamen pericial de dos profesores de instrucción primaria y de un médico forense³²⁷.

A propósito de la anterior consideración, conviene efectuar un comentario algo más detallado. Ciertamente, del precitado artículo se desprende que los inconvenientes del discernimiento no sólo descansaban en la imprecisión o vaguedad de su verdadero significado, sino, más aún, en la dificultad de su apreciación por parte del Juez³²⁸. En este sentido, advierte PÉREZ VITORIA, con sobrada razón, que esta investigación lo que realmente exigía era profundos conocimientos de la verdadera psicología del inculpado y del estado de su formación espiritual, lo que difícilmente podía obtener el Juez con la imprecisa y primigenia fórmula jurídica del antiguo artículo 380 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Las críticas del citado penalista al tan reiterado criterio del discernimiento, en lo que respecta a su valoración por el Juez, se pueden sintetizar con las siguientes preguntas, que ponen en entredicho su auténtica validez: “¿Cómo llegar a adquirir la certeza de que el menor, en un determinado acto, ha obrado con discernimiento?”

³²⁷ Ya denunció GROIZARD que el examen facultativo, pese a ser el dato más relevante de todos, no debía ser el único a tener en cuenta por los jueces en el momento de decidir sobre el juicio del discernimiento, destacando la importancia de reunir antecedentes, informes y estudiar las circunstancias del hecho y las condiciones del procesado. Cfr. GROIZARD y GOMEZ De LA SERNA, A.: *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, cit., pp. 207 y 208.

³²⁸ A juicio de BERMANN, G.: “El problema del discernimiento”, en *Menores desamparados y delincuentes en Córdoba*, Córdoba, 1934, p. 59, “la dificultad del asunto no radica tanto en el concepto del discernimiento, cuanto en la falsa posición del problema, pues se repite aquí todo el cúmulo de cuestiones metafísicas y de incongruencias jurídicas y sociales que se plantean en cuanto se toca la vieja y resobada cuestión de la responsabilidad”.

¿Dé que medios podrá valerse para alcanzar esa conclusión, y qué valor podrá otorgarse a los mismos? ¿Qué garantías ofrecerá el resultado positivo o negativo de esa investigación de tan íntimo carácter psicológico?”³²⁹.

Ciertamente, el estudio del discernimiento como causa de exención de responsabilidad criminal, así como la fijación de los límites de edad penal, requerían ser abordados desde la realidad psíquica del menor³³⁰, objetivo por demás infructuoso si advertimos que las Ciencias psicológicas y psiquiátricas eran casi desconocidas en nuestro país a finales del siglo XIX³³¹. Incluso el análisis de los problemas mentales en el Código de 1928 seguirá evidenciando la falta de un criterio psiquiátrico moderno³³².

³²⁹ Cfr. PEREZ VITORIA, O.: “El discernimiento como fundamento de la responsabilidad criminal de los menores”, cit., p. 123.

³³⁰ La importancia de la Psicología fue puesto de manifiesto por CUELLO CALON a comienzos del siglo XX, al señalar “que con el conocimiento de las diversas funciones psíquicas llegamos a penetrar en su más íntimo modo de ser para poner al descubierto el alma del criminal infantil”. Cfr. CUELLO CALON, E.: “Notas sobre jóvenes delincuentes de Madrid”, en *La Lectura*, año XI, t. I, Madrid, 1911, p. 457. Adelantemos de momento, como solución a este problema, que los especialistas en este tema propugnan, cada día con más fervor, la necesaria colaboración entre juristas, psicólogos, sociólogos, médicos y políticos.

³³¹ También ha señalado PEREZ VITORIA, O.: *La minoría de edad penal y su tratamiento. Historia, doctrina y legislación*, cit., p. 13, que la valoración de la minoría de edad penal, desde una perspectiva científica y psicológica, no tendrá lugar en nuestro país hasta mediados del siglo XIX. Sin embargo, como quedará constatado en el presente estudio, no será esa fecha cuando se llegue a obtener un criterio psiquiátrico moderno. Sobre el nacimiento y la historia de la Psicología del niño y del adolescente, cfr. REMPLEIN, H.: *Tratado de Psicología evolutiva. El niño, el joven y el adolescente*, 4º ed., Barcelona, 1974, pp. 30 y ss.

³³² Cfr. LAFORA, G. R.: “La Psiquiatría en el nuevo Código penal español de 1928”, en *RGLJ*, t. 154, pp. 387 y 394, donde denuncia la ausencia del biólogo y del psiquiatra en la elaboración del

Esta deficiencia de conocimientos psicológicos y psiquiátricos ya fue denunciada por CASTEJON³³³, al señalar que los médicos, en muchos casos, sólo apreciaban el desarrollo corporal del sujeto examinado, y los informes de los maestros o profesores de instrucción primaria, se limitaban al nivel cultural del adolescente, prescindiendo de su estado psíquico. En el mismo sentido crítico se han pronunciado numerosos penalistas a principios del siglo XX, entre otros, VALDÉS RUBIO, quien, desde la misma necesidad ineludible de realizar un examen psicológico del menor, argumentó que dicho estudio “del preso o del asilado es, pues, indispensable para la clasificación y para colocar a los menores en la familia artificial o grupo a que corresponda (...). Es, por tanto, indispensable una observación atentísima del corrigiendo, un estudio de su carácter para adaptar a él el tratamiento”³³⁴.

Más en concreto, y sobre la base de lo anteriormente expuesto, DORADO MONTERO reconoce la función imprescindible que ha de desempeñar la Psicología a la hora de valorar si la conducta delictiva del menor está o no sesgada por causas volitivas o cognitivas, a fin de establecer una secuencia lógica entre hecho delictivo, ejecución y voluntariedad. Con marcada firmeza argumenta: “damos por supuesto con frecuencia que éste o aquél sujeto han obrado con o sin libre albedrío, que han

Código penal de 1928, así como de un medio o signo psicológico preciso para demostrar la existencia, o ausencia, de voluntad entre lo justo y lo injusto.

³³³ Cfr. CASTEJON, F.: *Comentarios científico-prácticos al Código penal de 1870*, vol. II, cit., p. 396.

sido o no dueños de sus acciones, que se han visto o no arrastrados forzosamente a ponerlas. Pero, en realidad, no pasa ello de ser una hipótesis, una simple conjetura. De fijo no sabemos nada. La Psicología se halla en este punto a oscuras de todo”³³⁵.

Por todas las consideraciones anteriores, la tendencia a suprimir el controvertido criterio del discernimiento se acentuaba cada día más. Así lo acordaba el Congreso de Antropología criminal, reunido en Turín en 1906, proclamando que “toda medida respecto de jóvenes delincuentes, o próximos a serlo, fuese precedida necesariamente del examen médico-psicológico del individuo y de información sobre sus ascendientes”³³⁶. Igualmente, también se recomendó el estudio de los diferentes fenómenos psíquicos (imaginación, atención, asociación de ideas, memoria, tiempo de reacción, sentimientos) mediante la disposición de palabras, figuras, o movimientos³³⁷.

Sin embargo, pese a la constantes demandas de la doctrina científica que exigían un estudio del menor infractor desde una perspectiva psicológica y psiquiátrica, como ha expuesto CUELLO CALON³³⁸ en su interesante y autorizado libro sobre la

³³⁴ Cfr. VALDES RUBIO, J. M.: *Derecho penal. Su Filosofía, Historia, Legislación y Jurisprudencia*, t. II, cit., pp. 93 y 95.

³³⁵ Cfr. DORADO MONTERO, P.: *Nuevos derroteros penales*, cit., p. 90.

³³⁶ Cfr. BERNALDO De QUIROS, C./NAVARRO De PALENCIA, A.: *Teoría del Código penal. Parte general*, cit., p. 400.

³³⁷ *Ibidem*, p. 401.

criminalidad infantil y juvenil, no será hasta la aparición de los primeros Tribunales de Menores cuando se creen servicios destinados, exclusivamente, al examen psicológico y psiquiátrico de los niños infractores y anormales, que, incluso, llegarán a ampliar la finalidad de sus investigaciones a todo género de conductas irregulares.

Para concluir con esta cuestión, ALIMENA, que ha analizado esta materia con singular acierto, llega a la conclusión de que “la investigación del discernimiento no tiene en la práctica de la Justicia ninguna influencia real. La estadística demuestra que cuando se creía que las penas fuesen útiles para los menores, la mayor parte de los procesos terminaban con la declaración del discernimiento; hoy, por el contrario, que se cree en la inutilidad de las penas, y que se posee la convicción de los perjudiciales efectos de la prisión, la mayor parte de los procesos terminan con la negación de la existencia del discernimiento”³³⁹. Sobre este extremo, los penalistas JIMÉNEZ De ASUA y ANTON ONECA³⁴⁰ han realizado una observación similar.

Respecto de la tercera cuestión objeto de análisis, cabe destacar la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1913³⁴¹, que determina la edad que hay que

³³⁸ Cfr. CUELLO CALON, E.: *Criminalidad infantil y juvenil*, cit., p. 72.

³³⁹ Cfr. ALIMENA, B.: *Principios de Derecho penal*, cit., p. 89.

³⁴⁰ Cfr. JIMENEZ DE AUSA, L./ANTON ONECA, J.: *Derecho penal conforme al Código penal de 1928. Parte general*, t. I, cit., p. 240.

valorar en el juicio del discernimiento, siendo ésta la que tenía el menor el día que cometió la infracción penal³⁴². Sobre este particular, la citada sentencia resuelve:

“(…) Que la declaración del Tribunal a quo sobre el debido discernimiento con que obrara el acusado, hay que referirla necesariamente a la edad que tenía éste en el día de autos (…)”.

Retomando el tema del abandono del discernimiento, deseo prácticamente unánime en la doctrina penal³⁴³, es de interés reseñar que ya en la discusiones parlamentarias

³⁴¹ (JC 184).

³⁴² Esta ha sido desde siempre la interpretación sostenida por el Tribunal Supremo a la hora de determinar el momento en el que se debe verificar la edad. *Vid.*, entre otras muchas, las SSTS de 3 de mayo y 18 de octubre de 1873 (JC 1693 y 1849), 8 de febrero y 26 de marzo de 1902 (JC 69 y 152), 13 de junio de 1911 (JC 229), 24 de octubre de 1941 (RA 1188), 22 de junio, 10 de octubre, 23 de noviembre y 10 de diciembre de 1990 (RA 6540, 7948, 9859 y 9439), y 18 de septiembre de 1992 (RA 7189). A título de ejemplo, la STS de 31 de diciembre de 1928 (JC 242) consigna: “(…) la edad del procesado, consignada en el encabezamiento de la sentencia, cuando no se hace referencia de ella en lugar más adecuado, debe entenderse referido al día en que se cometió el delito de que es responsable”. No obstante, el Tribunal Supremo, en alguna ocasión, ha variado la línea jurisprudencial, considerando, sin observar el principio jurídico *in dubio pro reo*, que el momento en el que se ha de verificar la edad era el del comienzo del proceso. *Vid.*, en este sentido, la STS de 5 de junio de 1909 (JC 249), en la que se señala: “(…) constando en el encabezamiento de la sentencia, sin que sobre ello se haya aducido prueba en contrario, que la procesada tenía veinte años de edad, y siendo de creer que ese dato, no discutido en modo alguno, se refería a la época de la incoación del proceso, no hay términos posibles de apreciar la circunstancia atenuante 2º del artículo 9 del Código penal”.

³⁴³ También ha habido destacados penalistas, fundamentalmente del pasado siglo XIX, que han defendido la validez del criterio del discernimiento. Esta fue la postura adoptada por GROIZARD, quien, sin reservas, expresó: “aplaudimos que entre los dos periodos de inculpabilidad y culpabilidad ciertas hayan colocado otro en que reconocen que puede haber esa culpabilidad o puede dejar de haberla; aplaudimos, por último, que dentro de él hayan encomendado la decisión de la duda a la autoridad y prudencia de los Jueces”. Cfr. GROIZARD y GOMEZ De LA SERNA, A.: *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, cit., p. 206. Cfr., igualmente, BERNALDO De QUIROS, C./NAVARRO De PALENCIA, A.: *Teoría del Código penal. Parte general*, cit., p. 368, que también se decantaron por el criterio del discernimiento, por entender que “siempre es

del Proyecto de 1821, convertido un año más tarde en Código penal, se dejó sentir esta intención, concretamente, en la sugestiva exposición del Diputado Gareli:

“ (...) El largo periodo desde los siete hasta los diecisiete años queda indefinido y sujeto a un juicio previo, que ofrecerá en la aplicación de cada caso una caprichosa variedad. Como quiera que sea, después de darse por supuesto que la víspera de cumplir los diecisiete años puede declararse una total inculpabilidad, en el siguiente día se supone ya la edad plena y perfecta a la que se debe aplicar el lleno de la Ley. Esto me parece violento, sobre todo no hallándose una razón bastante para fijarnos en los diecisiete años (...). La edad de los diecisiete años podría adoptarse como una segunda base, esto es, para la imposición de pena legal, sin lugar al previo juicio del discernimiento, pero limitada al *mínimum* en las que tienen gradación, o a la inmediata menos severa en las específicas (...)”³⁴⁴.

En el plano doctrinal, también se mostró PACHECO³⁴⁵ escéptico respecto del criterio del discernimiento, habida cuenta de sus complejidades. En este sentido, matizó que su contenido no se limita a la mera voluntad y al simple ejercicio de la razón, sino que también implica un conocimiento de las consecuencias de los hechos

arbitrario e injuto el sistema de los límites generales y apriorísticos en el Derecho”, incluso llegaron a considerar el citado juicio “necesario para la represión”. *Ibíd.*, p. 399.

³⁴⁴ Vid. *Diario de las Actas y Discusiones de las Cortes Extraordinarias de 1821*, vol. II, cit., pp. 235 y 236.

³⁴⁵ Cfr. PACHECO, J. F.: *El Código penal concordado y comentado*, cit., pp. 143 y 144.

realizados y de los resultados de esas consecuencias, por lo que consideró que los niños no tienen discernimiento, pues desconocen las consecuencias de los males al estar aún aprendiendo de la sociedad y de la vida. Además, advirtió, con sobrada razón, que los datos que tenían los Jueces para valorar el posible discernimiento, quizás no eran determinantes y, por tanto, la cuestión más que difícil, podía resultar, incluso, peligrosa.

A pesar del anterior planteamiento, PACHECO consideró más satisfactorio el discernimiento que el criterio cronológico, consistente, a su juicio, en “observar multitud de casos para formarse una idea de lo que sucede comúnmente acerca del desarrollo de la inteligencia humana y fijar esa presunción como regla, estableciendo por determinaciones fijas hasta qué tiempo constituye la edad una completa disculpa, hasta cual otro debe estimársela por una atenuación”³⁴⁶. A lo que añadió, desde una clara previsión de los problemas que se plantean actualmente, que “la fijación, o por reglas generales o por medios individuales, de los puntos críticos en que se pasa de uno a otro periodo, es un hecho difícil que no se resolverá nunca con tanta perfección como desearían la humanidad y la Justicia”³⁴⁷.

³⁴⁶ Cfr. PACHECO, J. F.: *Estudios de Derecho penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840*, t. II, cit., p. 78.

³⁴⁷ *Ibidem*, p. 79. También ha valorado este problema RIOS MARTIN, J. C.: *El menor infractor ante la Ley penal*, cit., p. 136, alegando que si bien el criterio del discernimiento resultaba indiscutiblemente ambiguo, el cronológico no quedaba exento de incoherencias. Piénsese en la posibilidad de que un menor al que le falta un día para cumplir los dieciséis años no sea declarado responsable criminalmente, mientras que a los dos días de cumplir dicha edad sea condenado como un adulto, y todo ello con el pleno conocimiento de que la responsabilidad penal no se adquiere de

También se proclamó PÉREZ VITORIA³⁴⁸ detractor de este viejo criterio, manifestando una inequívoca desconfianza por las siguientes razones, además de las ya expuestas: inseguridad que se deriva de su contenido; diferentes interpretaciones que se le asignan; posibles fallos que pueden producirse en el transcurso de la investigación; y, conforme a las estadísticas, abandono por los jueces, atraídos por asuntos de mayor volumen.

Las anteriores críticas al discernimiento evidencian un juicio claramente negativo, que obliga, por nuestra parte, a manifestar un categórico rechazo, por cuanto resulta ser, además, un elemento contradictorio e incompatible con la naturaleza de la eximente o atenuante de menor edad. Sólo desde una aproximación a los conocimientos que nos facilitan la Psiquiatría y Psicología infantil y juvenil puede el jurista hacer frente a la consideración jurídico-penal de la concreta cuestión que nos ocupa.

un día para otro, ni que el desarrollo psíquico y físico es igual en todas las personas. Por nuestra parte, adelantamos una clara preferencia por el criterio cronológico o fórmula biológica pura, por razones de seguridad jurídica. *Vid. infra* apartado 2.2.1.1. del Cap. III.

³⁴⁸ Cfr. PEREZ VITORIA, O.: *La minoría de edad penal y su tratamiento. Historia, doctrina y legislación*, cit., pp. 8 y 27.

Las duras reprobaciones de la doctrina científica y las nuevas orientaciones del Derecho penal de menores³⁴⁹, enfocado hacia modernas ideas sociales de protección y de tutela³⁵⁰, harán caer, por su propio peso, la vieja fórmula del discernimiento³⁵¹.

³⁴⁹ Sobre este extremo, matiza Drapkin que “reemplazado el criterio penal por uno social, se comprende fácilmente que éste no se preocupe de si el niño que ha infringido una norma legal ha obrado o no con cabal discernimiento. Lo que interesa es conocer las posibilidades de volver al buen sendero, al que tomó la ruta extraviada”. Cfr. DRAPKIN, A.: “La menor edad”, cit., p. 57. En esta misma línea merece especial mención el comentario de JIMENEZ De ASUA, para quien “el asunto del discernimiento es de difícil determinación teórica y de muy arduo reconocimiento práctico, pero aún cuando todo esto fuera sencillo, en la teoría y en la práctica siempre tendríamos que rechazar ese antiguo criterio por inoportuno, pues nadie ignora hoy que es absurdo aplicar al menor disminuida la pena que señala la Ley para el adulto”. Cfr. JIMENEZ De ASUA, L., en adiciones a la obra de CARRARA, F.: *Programa del curso de Derecho criminal. Parte general*, cit., p. 547. Contrario a estas y otras argumentaciones se manifestó GUALLART y LOPEZ De GOICOECHEA, J.: “Don Eugenio Cuello Calón como Juez de Menores”, en *separata de ADPCP*, Madrid, 1963, p. 553, mostrándose partidario de que el menor no saliese del Derecho penal, tal y como había patrocinado a comienzos de siglo Garçon, si bien, abogó por un mejoramiento del mismo “de tal suerte que dentro de él quepa también el niño”.

³⁵⁰ Dando noticia de la idea que, en breve, habría de alcanzar gran arraigo y desarrollo, argumenta CUELLO CALON, E.: *Criminalidad infantil y juvenil*, cit., p. 67 que “los niños cuando quebranten la Ley penal, por grave que sea la infracción cometida, no deben ser castigados con penas inspiradas en espíritu expiatorio y represivo, como las aplicadas a los adultos, sino únicamente sometidos a medidas de educación y de reforma”.

³⁵¹ Sobre la supresión del discernimiento se pronunciaron varios de los Congresos internacionales. El Congreso penitenciario de San Petersburgo decidió que la pregunta ordinaria relativa al discernimiento fuera sustituida por las siguientes: 1º. ¿Está necesitado el adolescente de la tutela de la autoridad pública? 2º. Si el adolescente se halla necesitado de ella ¿debe ser esta una tutela sencillamente educativa o también penal? En semejante posición, favorable a la abolición del discernimiento, se situaron los Congresos de la Unión Internacional de Derecho penal celebrados en Berna el año 1890, y en Stuttgart en 1093, así como el Congreso Internacional de Antropología criminal de Turín de 1906. Cfr. JIMENEZ De ASUA, L.: *La delincuencia juvenil y los Tribunales para niños*, cit., p. 5. En sentido análogo, cfr. PEREZ VITORIA, O.: “El discernimiento como fundamento de la responsabilidad criminal de los menores”, cit., p. 121. Sobre los acuerdos adoptados en relación a los menores de edad en el primer Congreso Penitenciario español, cfr. VALDES RUBIO, J. M.: *Derecho penal. Su Filosofía, Historia, Legislación y Jurisprudencia*, t. II, cit., pp. 263 y ss. En general, sobre los primeros Congresos penales y penitenciarios internacionales, cfr. GUALLART y LOPEZ De GOICOECHEA, J.: “Preocupaciones internacionales entorno al menor”, ponencia a la XII Asamblea General de la Unión Nacional de Tribunales Tutelares de Menores, Valencia, mayo de 1950, pp. 3 y ss.

Asimismo, el tratamiento jurídico-penal aplicable a la delincuencia infantil y juvenil sufrirá, de conformidad con las nuevas concepciones filosóficas de la pena, una profunda transformación, siendo orientado, desde una perspectiva social, a una concepción de la prevención especial, en el que la imputabilidad carece de sentido³⁵². Concretamente, será el Código de 1928, como ya hemos señalado en reiteradas ocasiones, el que deje de regular positivamente, aunque no de modo global, el problema del discernir; sin embargo, los resultados prácticos que se obtendrán con el sistema correccional o educativo no serán tan complacientes como sus formulaciones teóricas³⁵³.

³⁵² Sobre este particular, destaca CUELLO CALON, en el mismo sentido que ya hemos apuntado anteriormente, que en el siglo XIX el discernimiento se justificaba sobre la base de que la pena fuese proporcionada al grado de libertad del agente en la comisión del delito, al objeto de que éste no recibiera mayor cantidad de dolor o sufrimiento que el que mereciese por su hecho. Sin embargo, bajo un punto de vista ingenuo, advierte que desde el momento que los menores quedan al margen del Derecho penal y no se les aplican penas, sino medidas protectoras y tutelares, resulta ocioso, por completo, plantear esta cuestión. Cfr. CUELLO CALON, E.: *Derecho penal conforme al Código penal, Texto Refundido de 1944*, cit., p. 449.

³⁵³ *Vid. infra* Cap. IV.

CAPITULO SEGUNDO

**LA MINORÍA DE EDAD EN LOS CÓDIGOS PENALES ESPAÑOLES DEL
SIGLO XX. LA SUSTITUCIÓN DEL CRITERIO DEL “DISCERNIMIENTO”
POR EL CRITERIO CRONOLÓGICO**

1. EL CÓDIGO PENAL DE 1928³⁵⁴. LA PARCIAL SUPRESIÓN DEL CRITERIO DEL “DISCERNIMIENTO” Y SU SUSTITUCIÓN POR EL CRITERIO CRONOLÓGICO O FORMULA BIOLÓGICA PURA

El Código penal de 1870 continuará en vigor hasta el 1 de enero de 1929, momento en que es reemplazado por el denominado Código penal reaccionario de 1928³⁵⁵, aprobado, tras una rápida elaboración³⁵⁶, bajo la dictadura militar del general Primo de Rivera.

³⁵⁴ Sobre el Código penal de 1928, véase, en general, la siguiente bibliografía: ANTON ONECA, J.: “Los antecedentes del nuevo Código penal”, cit., pp. 30-61; CASTEJON, F.: *Derecho penal, Criminología general y especial ajustada a la legislación española vigente hasta fin de 1930*, t. I, Madrid, 1931; CUELLO CALON, E.: *El nuevo Código penal español*, Barcelona, 1929. Del mismo: *Código penal de 8 de septiembre de 1928*, Barcelona, 1929; FRABEGAS DEL PILAR, J. M.: “El nuevo Código penal y el discurso del Señor Ministro de Gracia y Justicia en la apertura de los Tribunales”, en *RGLJ*, Madrid, 1928, pp. 282 y ss.; JARAMILLO GARCIA, A.: *Novísimo Código penal, comentado y cotejado con el de 1870*, Salamanca, 1928; JIMENEZ DE AUSA, L./ANTON ONECA, J.: *Derecho penal conforme al Código penal de 1928. Parte general*, t. I, cit., pp. 52-59; PESSINI PULIDO, A.: “El nuevo Código penal”, en *RGLJ*, t. 154, 1929, pp. 314-322.

³⁵⁵ Vid. *Diario de Sesiones de la Asamblea Nacional*, apéndice primero al núm. 3, 23 de noviembre de 1927, cit., pp. 1-34, donde se recoge el Proyecto de Código penal, redactado por la sección 3ª y revisado por la Comisión permanente General de Codificación, en cumplimiento de la Real Orden de 12 de marzo de 1926. Vid., igualmente, Dictamen de la sección quinta, “Codificación civil, penal y mercantil”, sobre el título preliminar y Libro primero del Proyecto de Código penal, en *Diario de Sesiones de la Asamblea Nacional*, apéndice cuarto al núm. 13, cit., pp. 1-8; segundo Dictamen de la sección quinta, “Codificación civil, penal y mercantil”, sobre el Proyecto de Código penal (Libros II y III), en *Diario de las Sesiones de la Asamblea Nacional*, apéndice primero al núm. 17, cit., pp. 1-10; Enmiendas al Dictamen de Código penal, en *Diario de Sesiones de la Asamblea Nacional*, apéndice primero al núm. 19, cit., pp. 1-5; Enmiendas y Adiciones al Dictamen de Código penal, en *Diario de las Sesiones de la Asamblea Nacional*, apéndice primero al núm. 20, cit., pp. 1-3.

³⁵⁶ El Proyecto de Código penal de 1927 fue aprobado por Real Decreto-Ley de 8 de septiembre de 1928, tras un corto debate que abarcó las sesiones de los días 27, 28, 29 y 30 de marzo de 1928, en las que se discutió los dictámenes relativos al mismo. Vid. *Diario de las Sesiones de la Asamblea Nacional*, núms. 17, 18, 19 y 20, cit.

La necesidad de redactar un Código penal *ex novo*³⁵⁷ se hacía sentir tras la desarmonía existente entre el viejo y liberal Código de 1870 y la realidad política española, inmersa en la dictadura implantada, el 13 de septiembre de 1923, por el general Primo de Rivera. Incluso años antes del golpe de Estado, ya patrocinó la doctrina científica la necesidad de enlazar la reforma con un movimiento de renovación de las Leyes punitivas³⁵⁸.

Enlazando con la anterior línea argumental, la Sección quinta, encargada de elaborar un dictamen sobre el Título Preliminar³⁵⁹ y el Libro primero del Proyecto, hizo constar que, efectivamente, el Proyecto de Código penal “no es un Proyecto de Escuela, sino franca Escuela de patriotismo jurídico; donde, de espaldas a todo

³⁵⁷ Conforme se recoge en el Dictamen de la sección quinta, “Codificación civil, penal y mercantil”, sobre el título preliminar y Libro primero del Proyecto de Código penal, en *Diario de Sesiones de la Asamblea Nacional*, apéndice cuarto al núm. 13, cit., p. 2, “el Proyecto de Código significa una pieza legislativa de tipo nuevo, perfectamente diferenciado”. El Título preliminar, en su integridad, y el Título primero, excepto los artículos referentes a las penas, así como tres títulos del libro segundo fueron redactados por Quintiliano SALDAÑA, según se desprende de su intervención en el *Diario de las Sesiones de la Asamblea Nacional*, núm. 21, 21 de mayo de 1928, cit., p. 792, en la que interesó una pronta promulgación del Código penal.

³⁵⁸ Como anunció Bernaldo De QUIROS, la reforma de nuestro Código penal de 1870 se efectuó, no sólo con la intención de concordar el nuevo Código con los preceptos de la Constitución del Estado e incorporar a su texto una porción de las Leyes especiales susceptibles de refundición, sino que desde una perspectiva más profunda “la reforma del Código penal español se enlaza a un movimiento de renovación en las Leyes punitivas tan general y profundo que sólo es comparable al que, a fines del pasado siglo y principios del corriente, se vió circular por los países más cultos de Europa, promovido y llevado por Beccaria y sus discípulos y los fautores de la Revolución francesa”. Cfr. BERNALDO De QUIROS, C.: “Estudio para la reforma del Código penal”, cit., p. 497.

³⁵⁹ El Proyecto de Código penal de 1927 va a introducir, como novedad, un título preliminar del que carecía el Código de 1870, que será “nuevo, por la materia, en la tradición de nuestros Códigos penales”. *Vid.* Dictamen de la sección quinta, “Codificación civil, penal y mercantil”, sobre el título

prejuicio ideológico, se propusieron sus redactores llevar a cabo una obra nacional”³⁶⁰.

El sentir patriótico impregnado en el Código penal de 1928 también es observado en el ámbito de los menores. Como paradigma de esta aserción, reproducimos un fragmento de la intervención de la Diputada Perales, en la que propugnó la defensa de las obras de carácter social y de protección del menor de ámbito nacional, expresando de modo literal:

“(…) Nosotras podemos llegar en todo momento a sus Señorías con absoluta seguridad de ser atendidas, siempre que nuestros ruegos tengan elevado y noble fin, cual es resguardar al niño de hoy, ciudadano de mañana, de esos aires de fuera, que no enferman los cuerpos pero matan las almas (...) cuantas iniciativas extranjeras se lleven a la práctica en España deben nacionalizarse, no sólo oficialmente, como lo están casi todas, sino en su esencia, y amoldarse a nuestro ser, en vez de pretender modelarnos a su antojo”³⁶¹.

preliminar y Libro primero del Proyecto de Código penal, en *Diario de Sesiones de la Asamblea Nacional*, apéndice cuarto al núm. 13, cit., p. 2

³⁶⁰ *Ibidem*, p. 1.

³⁶¹ *Vid. Diario de las Sesiones de la Asamblea Nacional*, núm. 21, 21 de mayo de 1928, cit., p. 796.

Señalan JIMÉNEZ De ASUA y ANTON ONECA³⁶² como una de las principales novedades de este Código autoritario y reaccionario, el mayor arbitrio judicial en la imposición de las penas, concesión que procede de la moderna doctrina de defensa social³⁶³. Incluso se llegó a admitir, para los delincuentes habituales y los incorregibles, la sentencia indeterminada³⁶⁴; sin embargo, la innovación más prominente y trascendente, a la vez, fue la introducción de las medidas de seguridad³⁶⁵, que responden al citado principio de defensa social y a una finalidad aflictiva y retributiva en los casos que tienen un carácter complementario, aplicándose simultáneamente con la pena³⁶⁶.

Resultan interesantes las críticas recogidas por los citados autores³⁶⁷, basadas, fundamentalmente, en la dureza del Código y en la falta de armonía entre sus

³⁶² Cfr. JIMENEZ De ASUA, L./ANTON ONECA, J.: *Derecho penal conforme al Código penal de 1928. Parte general*, t. I, cit., pp. 30 y 56.

³⁶³ Cfr. CUELLO CONTRERAS, J.: *El Derecho penal español. Curso de iniciación. Parte general*, cit., p. 254. Sobre este concreto particular, precisa ANTON ONECA, J.: “Los antecedentes del nuevo Código penal”, cit., p. 57, que en el Código penal de 1928 el arbitrio judicial ha sido administrado con timidez en unos casos y con prodigalidad en otros.

³⁶⁴ Cfr. LOPEZ BARJA De QUIROGA, J./RODRIGUEZ RAMOS, L./RUIZ De CORDEJUELA, L.: *Códigos penales españoles*, cit., p. 667.

³⁶⁵ *Vid.* Dictamen de la sección quinta, “Codificación civil, penal y mercantil”, sobre el título preliminar y Libro primero del Proyecto de Código penal, en *Diario de Sesiones de la Asamblea Nacional*, apéndice cuarto al núm. 13, cit., p. 3. En sede doctrinal, cfr. LOPEZ BARJA De QUIROGA, J./RODRIGUEZ RAMOS, L./RUIZ De CORDEJUELA, L.: *Códigos penales españoles*, cit., p. 667.

³⁶⁶ Cfr. JIMENEZ De ASUA, L./ANTON ONECA, J.: *Derecho penal conforme al Código penal de 1928. Parte general*, t. I, cit., p. 56.

principios inspiradores: el moderno de defensa social, ubicado en la valoración de la personalidad del delincuente; y, el clásico, de proporcionalidad entre delito y pena.

Respecto del tema objeto de estudio, el Proyecto de Código penal de 1927 olvidó regular, dentro del elenco de las causas de inimputabilidad, la minoría de edad; error que fue subsanado por la Sección quinta, en su dictamen sobre el Título Preliminar y el Libro I, intercalando entre los artículos 55 y 56 un precepto en el que se fijó la edad penal en estos términos:

Es irresponsable el menor de dieciséis años. El presunto responsable en cualquier concepto de una infracción criminal de las definidas en este Código, o en Leyes especiales, que no haya cumplido dieciséis años, será sometido a la jurisdicción especial del competente Tribunal tutelar para niños. Si al lugar de la comisión de la infracción criminal no alcanzare la Jurisdicción de ningún Tribunal de esa clase, el menor será enjuiciado por los Tribunales ordinarios, pero con sujeción a las reglas establecidas en el artículo 1073³⁶⁸ de este Código³⁶⁹.

³⁶⁷ *Ibidem*, pp. 55 y 56. Para una completa crítica, que abarca los aspectos político, científico y técnico de este nuevo Cuerpo legal, cfr. ANTON ONECA, J.: “Los antecedentes del nuevo Código penal”, cit., pp. 55-58.

³⁶⁸ El artículo 1073, disposición transitoria, apartado a), establece que *no delinquen, y por consiguiente están exentos de responsabilidad criminal: 1º Los menores de nueve años. Cuando éstos ejecutaren un hecho calificado por la Ley de delito o falta serán entregados a su familia con encargo de vigilarlos y educarlos.* El apartado segundo del mismo artículo, tras cuya aprobación pasará a ser el artículo 855 del Código penal de 1928, sin que se realice modificación alguna en su redacción, preceptúa que *no delinquen, y por consiguiente están exentos de responsabilidad, los mayores de nueve años y menores de dieciséis, a no ser que hayan obrado con discernimiento. El Tribunal sentenciador hará declaración expresa sobre este punto para imponer las penas o*

Con frases virulentas comentó el Diputado Pérez Bueno el artículo 1073 del Proyecto, por la impunidad de la que era objeto el mayor de nueve años y menor de dieciséis que, habiendo cometido un delito en alguna provincia fuera del alcance de los Tribunales Tutelares de Menores, hubiese sido declarado irresponsable por no haber obrado con discernimiento. Con marcado sentido crítico, argumentó su postura con las siguientes palabras:

“ (...) El menor que comete un delito fuera del sitio donde haya Jurisdicción de Tribunal para niños, cualquiera que sea el delito, cualesquiera que sean los delitos, no puede ser detenido; y sólo si delinque después de los dieciséis años se le considera delincuente; pero entre tanto, ni siquiera pueden obtener de él antecedentes penales ¿Creéis que el delito es una planta que brota después de los dieciséis años? No; como enseña Lombroso, y como hemos podido comprobar todos en multitud de ocasiones, la delincuencia se incumba en la primera infancia. Y contra ese precepto disparatado, absurdo, que concede a los menores el derecho de

declararles irresponsables. Para el supuesto de que el mayor de nueve y menor de dieciséis años obrase con discernimiento, la letra c) del citado artículo 1073 establece que *el mayor de nueve y menor de dieciséis responsable de la infracción será castigado conforme a los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y le serán aplicados los del Código o de la Ley penal que corresponda (...).* Este artículo se puede leer en *Diario de las Sesiones de la Asamblea Nacional*, apéndice primero al núm. 3, 23 de noviembre de 1927, cit., p. 115.

³⁶⁹ *Vid.* Dictamen de la sección quinta, “Codificación civil, penal y mercantil”, sobre el título preliminar y Libro primero del Proyecto de Código penal, en *Diario de las Sesiones de la Asamblea Nacional*, apéndice cuarto al núm. 13, cit., p. 4.

matar en los sitios en que no haya Tribunales para niños, tiene que protestar la conciencia humana y cualquiera que conozca estas cuestiones (...)³⁷⁰.

Desde nuestro particular punto de vista, resulta obligado hacer una crítica a la anterior exposición por el planteamiento erróneo de la cuestión, pues si bien es cierto que la ausencia de medidas de seguridad para el mayor de nueve años y menor de dieciséis, que no hubiese obrado con discernimiento en la comisión del delito o la falta, constituía un lamentable olvido; sin embargo, el anterior comentario no reparó en la tamaña discriminación que derivaba de aplicar a los mayores de nueve años y menores de dieciséis que viviesen en provincias donde no existían aún Tribunales Tutelares, el criterio del discernimiento, pues esto significaba que en caso de ser declarados responsables eran castigados “conforme a los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y le serán aplicados los del Código o de la Ley penal que corresponda”³⁷¹.

En definitiva, el Código promulgado fue el Proyecto con bastantes modificaciones, quedando los 1074 artículos reducidos a 858, en una labor de poda que suprimió bastantes errores del Proyecto³⁷².

³⁷⁰ Vid. *Diario de las Sesiones de la Asamblea Nacional*, núm. 17, 27 de marzo de 1928, cit., p. 664.

³⁷¹ Vid. *Diario de las Sesiones de la Asamblea Nacional*, apéndice primero al núm. 3, 23 de noviembre de 1927, cit., p. 115.

En materia de tratamiento jurídico-penal de los menores infractores, el Código de 1928 viene precedido de varias Leyes: de una parte, de la Ley sobre condena condicional de 17 de marzo de 1908, que modificó, *de facto*, el artículo 86 del Código penal de 1870, al contemplar la suspensión de la condena para el mayor de nueve y menor de quince años, que hubiese obrado con discernimiento; de otra parte, de una legislación de Tribunales, cuyo origen es la Ley de Bases de 2 de agosto de 1918, sobre organización y atribuciones del primer Tribunal de Menores, denominado entonces para niños³⁷³, que elevó la edad penal a quince años³⁷⁴, y que se componía de la Ley de 25 de noviembre de 1918 y del Reglamento de 10 de julio de 1919, disposiciones que constituyeron el punto de partida de la Jurisdicción especial de menores en España³⁷⁵. Estas Leyes, según ANTON ONECA, salieron del Parlamento con un “sentido individualizador moderno”³⁷⁶.

³⁷² Cfr. ANTON ONECA, J.: “Los antecedentes del nuevo Código penal”, cit., pp. 49 y 50.

³⁷³ *Vid. infra* apartado 3 del Cap. IV.

³⁷⁴ La edad de quince años en que daba comienzo “la responsabilidad penal cierta”, conforme a la Ley de Tribunales para niños de 1918, se elevará a dieciséis por Decreto-Ley de 15 de julio de 1925, con la excepción de los menores enrolados en el Ministerio de Guerra o Marina. *Vid. infra* apartado 3 del Cap. IV.

³⁷⁵ Cfr. Del ROSAL BLASCO, B.: “Joven delincuente y Derecho penal”, cit., p. 1042. A mayor abundamiento, conviene recordar que la elevación de la edad penal a quince años aparece por primera vez en el Proyecto de Montilla de 1902, si bien, como ya ha sido destacado, ninguno de los Proyectos posteriores al Código penal de 1870 surtieron efecto en la vida jurídica nacional.

³⁷⁶ Cfr. ANTON ONECA, J.: “Los antecedentes del nuevo Código penal”, cit., p. 42.

Posteriormente, con el objetivo de armonizar la legislación especial de menores a los preceptos del nuevo Código punitivo de 1928, se dictó el Decreto-Ley de 3 de febrero de 1929³⁷⁷, y el Reglamento de la misma fecha, lo que significará un notable esfuerzo por equiparar la legislación de menores a la nueva corriente doctrinal. En este sentido, la Ley de Tribunales para niños de 1918 todavía regulaba el criterio del discernimiento, cuya concurrencia, conforme preceptuaba su artículo 6º, era necesaria para decretar la medida de privación de libertad³⁷⁸, de ahí que se hiciese necesaria una reforma de la precitada legislación, a fin de adaptarla al nuevo Código en el que ya se había derogado, al menos en las provincias en las que existían Tribunales para niños, el criterio del discernimiento.

A grandes rasgos, el Código penal de 1928 introduce importantes novedades respecto del anterior Texto punitivo, llegando a constituir una excepción en la configuración que de la minoría de edad penal se venía efectuando desde el Código de 1848, y que será una constante en nuestro Ordenamiento jurídico hasta la aprobación del nuevo Código de 1995.

³⁷⁷ Este Decreto-Ley será posteriormente modificado por los Decretos de 16 y 30 de junio de 1931. Cfr. ANTON ONECA, J.: *Derecho penal*, cit., p. 317.

³⁷⁸ En el mismo sentido, ha señalado ANTON ONECA, J.: *Derecho penal*, cit., p. 316, que “ todavía se conservaban huellas de la vieja doctrina del discernimiento, puesto que para decretar el ingreso del menor en un establecimiento del Estado era preciso que el tribunal adquiriera convencimiento pleno de la evidente perversidad del menor”.

En efecto, el Código promulgado bajo la dictadura militar del general Primo de Rivera sistematiza la minoría de edad penal de un modo más complejo y difuso que sus precedentes, concretamente, como causa eximente aparece regulada en el Libro I, Título II, Capítulo II “De la irresponsabilidad”, Sección Primera, “Causas de inimputabilidad”, y como atenuante en el Capítulo III, Sección Primera “Atenuantes”, “Por las condiciones del infractor”³⁷⁹.

Por un lado, el Código de 1928 abandona, aunque no de forma absoluta, el criterio del discernimiento³⁸⁰, no sólo por la vaguedad e imprecisión de su significado, sino también por los problemas que conlleva su investigación y apreciación por el Juez. En su lugar, adopta una fórmula de mayor seguridad jurídica, el criterio cronológico o biológico puro. Por otro lado, como ya hemos apuntado, eleva el límite de edad penal a los dieciséis años, estableciendo un único periodo de irresponsabilidad total y confiando a los menores de dicha edad, conforme al paternalismo que caracteriza a este Código, a los Tribunales Tutelares.

Por consiguiente, podemos afirmar que es el Código penal de 1928 el primero que establece en nuestro país una inhibición de la Jurisdicción ordinaria en favor de la

³⁷⁹ Cfr. LOPEZ BARJA De QUIROGA, J./RODRIGUEZ RAMOS, L./RUIZ De CORDEJUELA, L.: *Códigos penales españoles*, cit., pp. 694 y ss.

³⁸⁰ El criterio del discernimiento no será derogado definitivamente hasta la Ley de 27 de octubre de 1932. Cfr. SANCHEZ MARTINEZ, F.: *Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores. Ley 4/1992*, cit., p. 120.

Jurisdicción especial de menores, siendo los dieciséis años el tope que deslinda la competencia de los Tribunales para menores y los Tribunales de adultos.

El tenor del artículo 56, que contempla originariamente el límite de exención de responsabilidad criminal en dieciséis años, reza así:

Es irresponsable el menor de dieciséis años. El presunto responsable en cualquier concepto de una infracción penal de las definidas en este Código o en las Leyes especiales, que no haya cumplido dieciséis años será sometido a la Jurisdicción especial del competente Tribunal Tutelar para niños. Pero mientras exista algún territorio al que no alcance la Jurisdicción de los Tribunales Tutelares se aplicará lo que preceptúa el artículo 855.

En relación con la anterior previsión legal, el mentado artículo 855 disponía:

Están exentos de responsabilidad: 2º. Los mayores de nueve años y menores de dieciséis, a no ser que hayan obrado con discernimiento. El Tribunal sentenciador hará declaración expresa sobre este punto para imponer las penas o declararles irresponsables .

En principio, parece ser que el Código penal de 1928 establece, por primera vez, un límite único e incondicionado para la exclusión de la responsabilidad criminal del

menor, sin distinguir una segunda edad o periodo en la que históricamente había tenido validez el criterio del discernimiento³⁸¹. Sin embargo, tal y como se desprende de la redacción del artículo 855, y de algunas aportaciones de la doctrina científica, con este Texto punitivo se produjo una importante discriminación jurídico-penal con los mayores de nueve años y menores de dieciséis, residentes en alguna provincia fuera del alcance jurisdiccional de los Tribunales Tutelares, ya que, en estos casos, los menores infractores no eran confiados a la Jurisdicción especial, ni se les aplicaba el límite único de dieciséis años, previsto en el artículo 56, sino que la minoría de edad penal, tan sólo, operaba como causa de exclusión de la responsabilidad criminal, bien para los menores de nueve años, bien para los mayores de esta edad y menores de dieciséis que no hubiesen obrado con discernimiento, con lo que, de nuevo, se hacía necesario la investigación de este retrógrado criterio³⁸².

³⁸¹ En síntesis, JIMENEZ De ASUA ha distinguido en el Código penal de 1928 las siguientes edades penales: 1. Menores de nueve años: irresponsabilidad absoluta (art. 855, letra a, 1º). 2. Mayor de nueve y menor de dieciséis: donde hay Tribunales para niños regirán los preceptos de la Ley; en los sitios carentes de ellos, el menor es sólo responsable, con atenuaciones, si obró con discernimiento (art. 855, letra a, 2º y letra b). 3. Mayor de dieciséis y menor de dieciocho: responsabilidad cierta pero atenuada. 4. Mayor de dieciocho años: responsabilidad cierta y plena (art. 65, nº 5). Cfr. JIMENEZ De ASUA, L.: *La delincuencia juvenil y los Tribunales para niños*, cit., p. 11.

³⁸² Sobre este doble régimen establecido por el Código penal de 1928, ha señalado BARBERO SANTOS, M.: *Estudios de Criminología y Derecho penal*, cit., pp. 105 y 106, que en aquellas provincias donde no se habían instaurado los Tribunales Tutelares, el Tribunal sentenciador estaba obligado a otorgar el beneficio de la suspensión de la condena por un año. Transcurrido el cual sin que el reo hubiese delinquido se consideraba redimida la pena.

Consecuentemente, aquellos menores que vivían en provincias donde aún no se habían creado los Tribunales para niños eran objeto del arbitrio judicial, al hallarse sometidos a la fatídica posibilidad de que el Juez decidiese, a su libre antojo, bien castigarles con penas, estimando, para ello, que habían actuado con discernimiento, bien declararles irresponsables, en caso de no apreciar la concurrencia de este criterio. Además, para este último supuesto no se podía aplicar medidas correccionales, al no ser contempladas en el artículo 855, lo que significa un retroceso a la competencia de la Jurisdicción ordinaria y, en definitiva, a la antigua concepción retributiva en el tratamiento del menor infractor. En la misma línea crítica se sitúa SERRANO GÓMEZ, al manifestar que, “como estos Tribunales para niños no los había en todas las provincias, en aquellas que no existían, dichos menores estaban sujetos al sistema general represivo y no de tutela”³⁸³.

Pese a la opinión de un sector doctrinal que admite, sin precisión, que el Código de 1928 elevó la edad penal a los dieciséis años y acabó, por fin, con el criterio del discernimiento, conviene insistir en que estas modificaciones no operaron de modo general y absoluto, sino sesgado y discriminatorio. Abona esta afirmación Del ROSAL BLASCO³⁸⁴, para quien “este giro revolucionario que significó la legislación primorriverista fue, en cierta parte, más aparente que real, toda vez que el

³⁸³ Cfr. SERRANO GOMEZ, A.: *Delincuencia juvenil en España. Estudio criminológico*, cit., p. 24.

³⁸⁴ Cfr. Del ROSAL BLASCO, B.: “Joven delincuente y Derecho penal”, cit., p. 1043.

propio Código viene a crear un peculiarísimo régimen jurídico, de naturaleza dual, para la delincuencia de menores”, a lo que añade, refiriéndose al artículo 855, que “no es sino una norma de derecho transitorio que reproduce, básicamente, los esquemas cronológicos y de discernimiento del Código penal de 1870 para aquellos menores que hubiesen cometido un acto que la Ley clasifique como delito en las provincias del Reino en que no existan aun Tribunales tutelares para niños”.

Los tratadistas JIMÉNEZ De ASUA y ANTON ONECA, disipando las dudas derivadas de esta cuestión, afirman, con claridad meridiana, que “hay, pues dos clases de Derecho penal de los menores: una, la avanzada y de caracteres más perfectos, que rige en las localidades en que hay Jurisdicción propia de niños y adolescentes, y otra, más retrógrada, que se aplica en los territorios en que no existen Jueces de ese tipo”³⁸⁵. Concluyen, con una línea argumental análoga a la de Del ROSAL BLASCO, que “el nuevo Código mantiene los dos periodos de irresponsabilidad por edad menor que el Código de 1870 contiene, y, por ello, la jurisprudencia formada en torno de aquellos preceptos es aprovechable aún”³⁸⁶.

³⁸⁵ Cfr. JIMENEZ De ASUA, L./ANTON ONECA, J.: *Derecho penal conforme al Código penal de 1928. Parte general*, t. I, cit., p. 247.

³⁸⁶ *Ibidem*, pp. 249 y 250.

Desde luego, la redacción del artículo 855 crea un discriminatorio sistema de tipo transitorio y una paradójica duplicidad legislativa; situación que no será solventada hasta el siguiente Texto punitivo de 1932.

Complementariamente, el Código penal de 1928 regula como circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal la de *ser el culpable mayor de dieciséis años y menor de dieciocho*. Cumplida esta última edad, el sujeto es considerado capaz de plena responsabilidad penal, siempre y cuando no le resulten de aplicación especiales circunstancias eximentes o atenuantes.

En efecto, por su parte, el artículo 65, circunstancia 5º, establece como supuesto de atenuación de la pena *ser el agente, al cometer la infracción, mayor de dieciséis años y menor de dieciocho*³⁸⁷. En este caso, el Tribunal podía imponer, de acuerdo al artículo 154, *la pena inmediatamente inferior en la medida que estime procedente, a su prudente arbitrio*. Otra vez más, queda reflejado la concesión de un excesivo arbitrio judicial por parte del legislador.

El problema de la atenuación, como ha comentado LAFORA³⁸⁸ en su sugestivo estudio sobre la Psiquiatría en el Código de 1928, es el más complejo y difícil de resolver, y en el que más se precisa seguir un criterio científico.

³⁸⁷ Consecuentemente, a partir de los dieciocho años operaba una plena responsabilidad criminal.

De conformidad con lo expuesto anteriormente, podemos concluir este apartado afirmando que el Código penal de 1928 no muestra, en la concreta cuestión que ocupa nuestro estudio, un criterio científico moderno de orientación psicológica y psiquiátrica.

2. EL CÓDIGO PENAL DE LA SEGUNDA REPÚBLICA DE 1932³⁸⁹. LA CONSOLIDACIÓN DEL CRITERIO CRONOLÓGICO

Conviene tener en cuenta, como señala LANDROVE DÍAZ, que “en no escasa medida, las Leyes vigentes son hijas de las anteriores”³⁹⁰. En este sentido, el Código penal de 1932³⁹¹ es, a grandes rasgos, el Código de 1870³⁹², con la salvedad de que

³⁸⁸ Cfr. LAFORA, G. R.: “La Psiquiatría en el nuevo Código penal español de 1928”, cit., p. 397.

³⁸⁹ Sobre el Código penal de 1932 véase, en general, la siguiente bibliografía: CASTEJON, F.: *Derecho penal, Criminología general y especial*, t. I, Madrid, 1935; CUELLO CALON, E: *Exposición del Código penal reformado de 1932*, cit., pp. 5-14; JIMENEZ De ASUA., L.: *La Legislación penal de la República española*, vol. LI, Madrid, 1932. Del mismo: “El Derecho penal vigente en la República española”, en *Revista de Derecho Público*, año I, t. I, febrero 1932, pp. 39-48. Del mismo: *Código penal reformado de 27 de octubre de 1932 y disposiciones penales de la República*, vol. LV, Madrid, 1934; PUIG PEÑA, F.: *Código penal reformado*, Madrid, 1934; LOPEZ-REY y ARROJO, M./ ALVAREZ VALDES, F.: *El nuevo Código penal*, Madrid, 1933.

³⁹⁰ Cfr. LANDROVE DIAZ, G.: “En torno al Proyecto Sáinz de Andino de Código criminal”, cit., p. 286.

³⁹¹ “Ley de 27 de octubre de 1932 promulgando el Código penal de 1870, reformado según la Ley de Bases de 8 de septiembre de 1932”. Cfr. *Código penal español*, Madrid, 1933.

incorpora las exigencias dimanantes de la Constitución de la República, recogiendo, por tanto, la ideología democrática del nuevo sistema político³⁹³.

En la tarea de adecuar la legislación penal a las exigencias de la Constitución republicana de 9 de diciembre de 1931 se nombró una Comisión compuesta, entre otros, por JIMÉNEZ De ASUA y ANTON ONECA, cuya labor consistía en suprimir provisionalmente del Código penal de 1870 las referencias al sistema monárquico abolido y aquellos otros preceptos que resultasen incompatibles con los principios proclamados por la Constitución³⁹⁴.

El Proyecto de Código penal, presentado a las Cortes por el Ministro Del Ramo, fue sometido al examen de la Comisión permanente de Justicia, que emitió un dictamen³⁹⁵ en el que agrupó las líneas capitales de la reforma en treinta y tres

³⁹² Siguiendo lo expuesto por CUELLO CALON, E.: *Exposición del Código penal reformado de 1932*, cit., p. 7, el Código penal de 1932 es el de 1870 “con su mismo espíritu, sus mismas ideas directoras, e idéntico plan”.

³⁹³ Como ha señalado Del ROSAL, J.: *Tratado de Derecho penal español*, vol. I, cit., p. 199, con el advenimiento de la República en 1931 se deroga el Código anterior, volviendo a regir el Código de 1870. “ (...) En el ánimo del Gobierno pesaba el deseo de republicanizar el antiguo Texto penal. La reforma surge del seno de las condiciones políticas, pero al amparo de éstas se verificaba una enorme poda en el articulado, de índole técnica”.

³⁹⁴ Vid. *Diario de sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española*, sesión celebrada el día 6 de septiembre de 1932, núm. 230, t. XIV, Madrid, 1933, pp. 8493 y 8494, concretamente, la intervención de JIMENEZ De ASUA, donde explica las razones de la reforma y su tramitación.

³⁹⁵ Vid. *Diario de sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española*. Dictamen de la Comisión de Justicia sobre el Proyecto de Ley reformando el Código penal de 1870, apéndice séptimo al núm. 185, 17 de junio de 1932, t. X, Madrid, 1933, pp. 1-5.

Bases³⁹⁶, que posteriormente serían discutidas³⁹⁷. Interesó a esta Comisión parlamentaria subrayar su conformidad absoluta, no sólo con el sentido de la reforma, sino con cada uno de los artículos del Proyecto, salvo las modificaciones que señaló taxativamente. La citada Comisión justificó la reforma del Código penal de 1870 con la siguiente argumentación:

“ (...) No es posible, en pocos meses, componer un Código penal enteramente nuevo; pero tampoco es conveniente dejar el actual cuerpo de Leyes penales como fue redactado hace más de sesenta años. Se impone concordar sus preceptos con la nueva Constitución de la República española y humanizar su contenido³⁹⁸, demasiado severo para los días que corren (...)”³⁹⁹.

³⁹⁶ Respecto de la materia objeto de estudio, la Base undécima establece que *al mayor de dieciséis y menor de dieciocho años se aplicará siempre la pena inmediatamente inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley*. Vid. *Diario de sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española*. Dictamen de la Comisión de Justicia sobre el Proyecto de Ley reformando el Código penal de 1870, apéndice séptimo al núm. 185, 17 de junio de 1932, cit., p. 2.

³⁹⁷ La Comisión permanente de Justicia propuso que sólo se sometieran a debate parlamentario las treinta y tres Bases. Estas discusiones pueden leerse en *Diario de sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española*, sesión celebrada el día 6 de septiembre de 1932, núm. 230, cit., pp. 8491-8561.

³⁹⁸ El aspecto más reformado del Código, según se constata en la Exposición de Motivos, es el referente a las penas, concretamente, la abolición de la pena capital. Cfr. *Código penal español*, cit., p. 25. Sobre este particular, cfr., en sede doctrinal, JIMENEZ De ASUA, L.: *Código penal reformado de 27 de octubre de 1932 y disposiciones penales de la República*, cit., p. 48-50.

³⁹⁹ Vid. *Diario de sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española*. Dictamen de la Comisión de Justicia sobre el Proyecto de Ley reformando el Código penal de 1870, apéndice séptimo al núm. 185, 17 de junio de 1932, cit., p. 4.

Leído el dictamen elaborado por la Comisión de Justicia, en la sesión del día 6 de septiembre de 1932 se procedió a la discusión y aprobación de las treinta y tres Bases a las que se vio limitado el debate parlamentario⁴⁰⁰, quedando la totalidad del Proyecto aprobado en dicha sesión.

En lo referente al tratamiento jurídico-penal de los menores infractores, con el Código penal republicano de 1932 se produce la instauración de los principios preventivo-especiales y, consecuentemente, un abandono de la antigua concepción retributiva-expiacionista⁴⁰¹. Asimismo, se consolida la exención de la responsabilidad criminal en los dieciséis años, volviendo a la configuración que de la minoría de edad penal, como causa eximente y atenuante, realizó por primera vez el Código de 1848, y que siguieron los siguientes Textos penales hasta el vigente de 1995, con la excepción, como ya ha quedado precisado, del Código de 1928.

En efecto, la desigualdad de trato que se advertía en el artículo 855 del anterior Texto punitivo se solventó totalmente con la redacción del artículo 8.2 del Código penal de 1932, cuyo tenor disponía:

⁴⁰⁰ En general, para un estudio del debate parlamentario y de las Bases de la Reforma, cfr. JIMENEZ De ASUA, L.: *Código penal reformado de 27 de octubre de 1932 y disposiciones penales de la República*, cit., pp. 87 yss.

⁴⁰¹ En este sentido, siguiendo la línea argumental de CUELLO CALON, la aspiración en lo referente al tratamiento de los menores de edad penal radicaba en el deseo de eliminarlos del Derecho penal represivo para someterlos a una disciplina tutelar y educadora. Cfr. CUELLO CALON, E.: *Exposición del Código penal reformado de 1932*, cit., p. 89.

Están exentos de responsabilidad criminal: 2º. El menor de dieciséis años. Cuando el menor que no haya cumplido esta edad ejecute un hecho castigado por la Ley será entregado a la Jurisdicción especial de los Tribunales Tutelares de Menores. En las infracciones perpetradas por menores de dieciséis años en provincias donde no existan aún Tribunales Tutelares de Menores⁴⁰², el Juez instructor aplicará la Ley de esa institución ajustándose en todo lo posible al procedimiento ordenado en la misma y, caso de considerar necesario el internamiento del menor, lo efectuará en algún asilo o establecimiento destinado a la juventud desvalida, teniendo siempre en cuenta las condiciones subjetivas del agente y no el alcance jurídico del acto cometido.

Las razones que subyacen en la redacción de este precepto fueron expuestas por el mismo JIMÉNEZ De ASUA en las discusiones parlamentarias del día 6 de septiembre de 1932, previas a la aprobación del Proyecto de Ley de reforma del Código penal de 1870.

⁴⁰² Como ha matizado CUELLO CALON, en aquel momento histórico, tan sólo, existían Tribunales Tutelares en Madrid, Barcelona, Tarragona, Gerona, Lérida, Bilbao, Vitoria, San Sebastian, Zaragoza, Valencia, Murcia, Almería, Palma de Mallorca, Granada, Sevilla, Jaen, Logroño y Pamplona, quedando, por consiguiente, la mayoría de las provincias españolas carentes de este tipo de instituciones tutelares. Cfr. CUELLO CALON, E.: *Exposición del Código penal reformado de 1932*, cit., p. 90.

“ (...) También el problema de los menores ha sido por nosotros encarado conforme a las nuevas normas, y en vez de establecer aquella serie de distinguos de la vieja fórmula del discernimiento, para siempre desterrada en Derecho penal, establecemos que todos los menores de dieciséis años han de ser sometidos a la Ley del Tribunal Tutelar, aún cuando no haya Tribunales Tutelares, porque el propio Juez de instrucción y la Audiencia pueden aplicar las normas de la Ley protectora (...)”⁴⁰³.

A la finalidad perseguida por el artículo 8.2 del Código de 1932 también se ha referido ANTON ONECA, manifestando que “era preciso, en vista de la lentitud con que por dificultades presupuestarias se iban instituyendo los establecimientos necesarios para el funcionamiento de los nuevos organismos tutelares, llegar a un régimen de equidad que permitiera aplicar a todos los menores medidas protectoras, ya que algunas de éstas, como por ejemplo la libertad vigilada, de creciente empleo, no necesitan de aquellos establecimientos, y aún la misma reclusión correccional puede ser ejecutada en institutos de educación que no están especialmente destinados a delincuentes”⁴⁰⁴.

⁴⁰³ Vid. *Diario de sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española*, sesión celebrada el día 6 de septiembre de 1932, núm. 230, cit., p. 8497.

⁴⁰⁴ Cfr. ANTON ONECA, J.: *Derecho penal*, cit., pp. 316 y 317.

Sobre este mismo particular, es de interés destacar los comentarios de CUELLO CALON quien, desde su experiencia como Presidente del Tribunal Tutelar de Menores de Barcelona, puso de manifiesto que en la mayoría de las provincias españolas donde aún no existían aquellas instituciones, los jueces de instrucción, en la medida de lo posible, aplicaban su Ley, no solamente en el sentido de prescindir de las reglas procesales del procedimiento común, sino también aplicando las medidas reformadas autorizadas por la mentada Ley⁴⁰⁵. Y, es que, en realidad, los menores de dieciséis años eran sometidos a la Jurisdicción de los Tribunales Tutelares no sólo por exigencia del artículo 8.2, sino también por el párrafo segundo del artículo 1º de la Ley de Vagos y Maleantes, que establecía:

Los menores de edad en quienes concurran las circunstancias previstas en la presente Ley serán puestos a disposición del Tribunal Tutelar correspondiente, donde se halle constituido, y, en su defecto, a la del Juez de primera instancia, que tomará las medidas de guarda, educación y enmienda previstas en la Ley reguladora de dichos Tribunales de Menores⁴⁰⁶.

⁴⁰⁵ Cfr. CUELLO CALON, E.: *Criminalidad infantil y juvenil*, cit., p. 104.

⁴⁰⁶ Cfr. *Código penal. Texto Refundido de 1944 y Leyes penales especiales*, anotados y comentados por CUELLO CALON, E., Madrid, 1946, p. 786. La Ley de Vagos y Maleantes permaneció en vigor hasta la promulgación de la Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social. Esta reforma no afectó a los jóvenes comprendidos entre los dieciséis y los dieciocho años. A su vez, la Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social ha sido derogada, junto con sus modificaciones posteriores y disposiciones complementarias, por la letra b) del apartado primero de la Disposición Derogatoria Unica del Código penal de 1995.

Consecuentemente, el Código penal de 1932 va a ser de considerable interés para nuestro estudio, por cuanto su redacción mejora considerablemente las sustanciosas modificaciones ya introducidas por el Código de 1928, constituyendo, por tanto, un importante avance en materia de Justicia juvenil. Así, por un lado, abandona definitivamente, y sin excepción, el criterio del discernimiento, sustituyéndolo por el actual criterio cronológico o fórmula biológica pura, sistema que ya fue introducido por el anterior Código penal, respecto de las provincias en las que se habían instaurado los Tribunales Tutelares de Menores; y, por otro lado, eleva, simultáneamente y con carácter general, la edad penal a dieciséis años, sometiendo a los sujetos de edad inferior, sin exclusión alguna, a la Jurisdicción especial de los Tribunales Tutelares.

Por consiguiente, los menores de dieciséis años quedan desde entonces, al menos aparentemente, fuera del Derecho penal⁴⁰⁷, aunque los resultados prácticos que se producirán con esta remisión a la nueva Jurisdicción especial no producirán los

⁴⁰⁷ En este sentido, señala CUELLO CALON, bajo un prisma marcadamente ingenuo y desconocedor de los futuros fracasos, que desde este momento los menores de dieciséis años quedan fuera de la Ley penal común, en favor de la jurisdicción tutelar y protectora de los Tribunales Tutelares de Menores. Cfr. CUELLO CALON, E.: *Exposición del Código penal reformado de 1932*, cit., p. 90. Con mayor coherencia y conocimiento de la realidad, manifestó DORADO MONTERO que se ha creado para los jóvenes “un Derecho penal nuevo del todo y distinto del que tradicionalmente ha venido rigiendo, lo mismo para ellos que para los adultos”. Cfr. DORADO MONTERO, P.: *Nuevos derroteros penales*, cit., p. 114. También denunciaron, con acertado criterio, LOPEZ-REY y ARROJO, M./ ALVAREZ VALDES, F.: *El nuevo Código penal*, cit., p. 26, que el someter, como se había venido haciendo, al menor al Derecho punitivo había sido uno de los mayores errores del Derecho penal, pues la delincuencia juvenil, lejos de disminuir, aumentaba sin cesar.

deseados efectos a los que había aspirado la doctrina científica en sus formulaciones teóricas⁴⁰⁸.

En definitiva, con este Código se empieza a ofrecer a los menores un tratamiento jurídico menos represivo, basado en una disciplina tutelar y educadora, valga de ejemplo, además del precepto anterior, el artículo 9.2 que, continuando con la redacción literal de los Códigos precedentes de 1848-50 y 1870, consagra como circunstancia atenuante la de ser el culpable menor de dieciocho años. Ahora bien, con este nuevo Texto punitivo se produce un tratamiento más privilegiado de la atenuante de menor edad. En este sentido, el artículo 71, que a su vez modificó el 86 del Código penal de 1870, disponía que *al mayor de dieciséis y menor de dieciocho se aplicará siempre, en el grado que corresponda, la pena inmediatamente inferior en uno o dos grados a la prevista por la Ley*. De este modo, se establecía una reducción facultativa de la pena, siempre que concurriese el supuesto contenido en el artículo 72⁴⁰⁹. Fundamenta CUELLO CALON esta atenuación “en el hecho de que la razón del joven no se ha consolidado aún y que por este motivo, así como por el desconocimiento de la vida, no es capaz de refrenar los ímpetus de la pasión”⁴¹⁰.

⁴⁰⁸ Vid. *infra* apartados 4 y 5 del Cap. IV.

⁴⁰⁹ El artículo 72 del Código penal de 1932 preceptúa que *se aplicará la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley cuando el hecho no fuese del todo eximente por falta de alguno de los requisitos que se exigen para eximir de la responsabilidad criminal en los respectivos casos de que se trata en el artículo 8º, siempre que concurriese el mayor número de ellos, imponiéndola en el grado que los Tribunales estimaren correspondiente, atendiendo el número y entidad de los requisitos que faltaren o concurrieren*.

Debe, por consiguiente, tenerse presente que, al igual que los menores de quince a dieciocho años en los Códigos de 1848-50 y 1870, los menores de dieciséis a dieciocho en el Texto de 1932 van a ser imputables y responsables, constituyendo esta edad, no obstante, una circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal, conforme al citado artículo 71⁴¹¹.

Por tanto, a los menores de dieciséis años se les aplicaba las medidas previstas en la legislación especial, por la que se regían los Tribunales Tutelares de Menores, entonces denominados para niños, esto es, la Ley de Bases de 2 de agosto 1918, con sus modificaciones⁴¹², y a los mayores de dieciséis y menores de dieciocho se les aplicaban auténticas penas, aunque atenuadas, que en caso de ser de privación de libertad se cumplían en la Escuela de Reforma de Alcalá de Henares⁴¹³. Pese a que el régimen de dicha Escuela aspiraba, más en el propósito que en su ejecución, a la

⁴¹⁰ Cfr. CUELLO CALON, E.: *Exposición del Código penal reformado de 1932*, cit., p. 119.

⁴¹¹ Así lo ha declarado nuestro Tribunal Supremo, entre otras, en sentencias de 5 julio y 12 de noviembre de 1935 (RA 1489 y 2097).

⁴¹² *Vid. infra* apartado 3 del Cap. IV.

⁴¹³ Cfr. CUELLO CALON, E.: *Exposición del Código penal reformado de 1932*, cit., p. 119. Del mismo: “El nuevo Derecho penal juvenil europeo y el tratamiento de los jóvenes delincuentes en España”, en *RGLJ*, t. 175, Madrid, 1944, pp. 502 y 503, donde precisa que para que estos menores de dieciséis a dieciocho años cumplieran las penas de privación de libertad se creó en el viejo presidio de Alcalá de Henares, por Real Decreto de 17 de junio de 1901, un establecimiento denominado “Reformatorio de jóvenes delincuentes”, reservado, generalmente, para la reclusión de los condenados menores de dieciocho años y hasta para los de veinte, cuando en ellos concurren circunstancias de escasa peligrosidad.

corrección de los reclusos, no llegó a ser más que un establecimiento penal de tipo común, servido por funcionarios de prisiones sin preparación especial⁴¹⁴.

Además del Código de 1932, integraban a la sazón la legislación penal especial cierto número de disposiciones de naturaleza diversa, como la Ley para la represión de la mendicidad de los menores de dieciséis años, de fecha 23 de julio de 1903, y el Decreto de 30 de junio de 1931, que modificó el Real Decreto-Ley de 3 de febrero de 1929, sobre Tribunales Tutelares de Menores⁴¹⁵.

3. EL CÓDIGO PENAL. TEXTO REFUNDIDO DE 1944⁴¹⁶

⁴¹⁴ Cfr. CUELLO CALON, E.: “El nuevo Derecho penal juvenil europeo y el tratamiento de los jóvenes delincuentes en España”, cit., p. 503. Ante esta crítica situación CUELLO CALON, asistiéndole la razón, propugnó que los delincuentes primarios no peligrosos de dieciséis a dieciocho años que fuesen, a su vez, susceptibles de actuación reformadora, les resultase de aplicación medidas puramente educativas, análogas a las contenidas en la legislación especial. *Ibidem*, p. 504.

⁴¹⁵ Cfr. *Código penal interpretado por el Tribunal Supremo*, Madrid, 1936, p. 15; JIMENEZ De ASUA: *Código penal reformado de 27 de octubre de 1932 y disposiciones penales de la República*, cit., p. 268; CUELLO CALON, E.: *Criminalidad infantil y juvenil*, cit., p. 103.

⁴¹⁶ Sobre el Código penal de 1944 véase la siguiente bibliografía: ANTON ONECA, J.: *Derecho penal*, cit., pp. 82-88; CASTEJON, F.: “Génesis y breve comentario del Código penal de 23 de diciembre de 1944”, en *RGLJ*, t. IX, Madrid, 1945, pp. 170 y ss., 327 y ss., 457 y ss., y 634 y ss.; CUELLO CALON, E.: “Reformas introducidas en el Código penal y en las Leyes penales especiales por la Legislación del nuevo Estado”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, Madrid, núms 6-7, julio-diciembre 1941, pp. 37-51. Del mismo: *Derecho penal conforme al Código penal, Texto Refundido de 1944. Parte general*, cit., pp. 155-165. Del mismo: *Manual de Derecho penal español conforme al nuevo Código penal. Parte general*, Barcelona, 1945; Del ROSAL, J.: *Principios de Derecho penal*, t. I, cit., pp. 415 y ss. Del mismo: “Ideas histórico-dogmáticas del Código penal de 1944”, en *Información jurídica*, núm. 54, Madrid, 1947, pp. 3-38; FERRER SAMA, A.: *Comentarios al Código penal*, t. I y II, Murcia, 1946 y 1947, respectivamente; SANCHEZ TEJERINA, I.: *Derecho penal español*, Madrid, 1945.

Hasta la entrada en vigor del Código penal de 1944 siguió vigente el Código penal anterior de 1932, situación que obligó al Gobierno del general Franco a dictar una legislación especial, a fin de disponer de un sistema penal acomodado a sus propósitos políticos⁴¹⁷.

Respecto de estas severas Leyes especiales, que responden a empíricas exigencias defensistas, es interesante referirnos a la clasificación realizada por ANTON ONECA⁴¹⁸: Leyes que intensifican o aseguran la represión; Leyes relativas a la vida económica; Leyes relativas a la protección de la moral y la familia, entre las que destacan, la Ley de 11 de mayo de 1942, sobre infanticidio y abandono de niños, y la de 27 de septiembre de 1942, por la que se amplió el artículo 578 del Código penal con varias figuras ordenadas a la protección de los menores; disposiciones que continúan la dirección preventiva especial o individualizadora, entre las que es preciso resaltar, respecto de la materia objeto de estudio, la Ley de 13 de septiembre de 1940 de Tribunales Tutelares de Menores, que reforma, en primera instancia, esta

⁴¹⁷ Como ha destacado CUELLO CALON, E.: “Reformas introducidas en el Código penal y en las Leyes penales especiales por la Legislación del nuevo Estado”, cit., p. 43, las derogaciones más importantes realizadas en el Código penal de 1932, y las reformas de mayor trascendencia introducidas en él giran en torno a delitos de carácter político.

⁴¹⁸ Cfr. ANTON ONECA, J.: *Derecho penal*, cit., p. 82

legislación hacia una política-criminal orientada a la prevención especial, pero de signo más paternalista y autoritario⁴¹⁹.

De resultas de esta prolija legislación especial, modificativa del Código penal de 1932, se hizo necesario una refundición. Así, pues, por Ley de 19 de julio de 1944 se autorizó al Gobierno la publicación de un nuevo Texto Refundido del Código penal, que fue aprobado por Decreto de 23 de diciembre de 1944⁴²⁰, y promulgado, mediante su publicación en el Boletín Oficial del Estado, el 13 de enero de 1945⁴²¹.

En efecto, a fin de plasmar en el Ordenamiento jurídico sus concepciones políticas, el Gobierno del general Franco sintió la necesidad de publicar “primero, Leyes penales especiales y más tarde, cuando el horizonte político se va serenando, la promulgación del vigente Código de 1944, en el que se refunden buena parte de aquellas Leyes y se elimina lo sectario y antiespañol del de 1932”⁴²², rechazando, igualmente, el Proyecto elaborado por la Falange española⁴²³.

⁴¹⁹ Cfr. Del ROSAL BLASCO, B.: “Joven delincuente y Derecho penal”, cit., p. 1045.

⁴²⁰ Cfr. *Código penal. Texto Refundido de 1944 y Leyes penales especiales*, anotados y comentados por CUELLO CALON, E., cit., p. VII.

⁴²¹ Cfr. LOPEZ BARJA De QUIROGA, J./RODRIGUEZ RAMOS, L./RUIZ De CORDEJUELA, L.: *Códigos penales españoles*, cit., p. 1175.

⁴²² Cfr. GARCIA Del VALLE y SALAS, R.: *Memoria elevada al Gobierno Nacional en la solemne apertura de los Tribunales el día 16 de septiembre de 1945*, Madrid, 1945, p. 11.

⁴²³ En 1938, la Delegación Nacional de Justicia y Derecho de Falange Española Tradicionalista y de las JONS redactó en Salamanca un Proyecto, indiscutiblemente represivo y retrógrado que,

En líneas generales, el Código penal de 1944 es, en esencia, el Código penal del régimen anterior, acompasado técnicamente con el de 1870⁴²⁴. Como ha destacado, en afinada síntesis, QUINTERO OLIVARES, el Código penal de 1944 “no fue sino el Código de siempre adaptado al franquismo, lo que ciertamente no era poca cosa”⁴²⁵.

De los retrógrados principios inspirados en sus preceptos se desprende que el objeto del Código penal de 1944 era la defensa social, como defensa política o de clase. A grandes rasgos, supuso una mayor represión y severidad en la aplicación de la pena⁴²⁶. En este sentido, y respecto a la materia objeto de estudio, la Ley de

afortunadamente, no llegó a discutirse. Un estudio de este Proyecto puede verse en CASABO RUIZ, J. R.: *El Anteproyecto de Código penal de 1938 de F.E.T. y de las J.O.N.S. Estudio preliminar y edición*, Universidad de Murcia, 1978. Para la indagación de la ideología nos puede servir la exposición de GARCIA Del VALLE y SALAS: “en 1936 da comienzo el Movimiento nacional, fundamentalmente defensivo de las esencias políticas tradicionales, diestramente engarzadas con certeros y generosos avances en lo social”. Cfr. GARCIA Del VALLE y SALAS, R.: *Memoria elevada al Gobierno Nacional en la solemne apertura de los Tribunales el día 16 de septiembre de 1945*, cit., p. 11. Para una visión algo más completa del contenido de este Proyecto, cfr. LANDROVE DIAZ, G.: *Introducción al Derecho penal español*, cit., p. 67, donde destaca, en materia de penas, la introducción de la pena de muerte como “arma indispensable de defensa social”, la huelga como delito contra la patria, o el comercio de anticonceptivos como sanción, por ser considerado un acto contrario a la raza española. Respecto del Proyecto de Código penal de 1939, que compartirá el mismo destino frustrado que el de la Falange, véase: CASABO RUIZ, J. R.: *El Proyecto de Código penal de 1939. Estudio preliminar y edición*, Universidad de Murcia, 1978.

⁴²⁴ Cfr. QUINTERO OLIVARES, G./MUÑOZ CONDE, F.: *La reforma penal de 1983*, Barcelona, 1983, p. 13.

⁴²⁵ Cfr. QUINTERO OLIVARES, G.: “La reforma penal en España”, en *Documentación Jurídica*, monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal de 1983, vol. I, núm. 37/40, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, enero/diciembre 1983, p. 4.

⁴²⁶ Cabe destacar, al respecto, la trascendencia de la Ley de 5 de julio de 1938, que reintrodujo la pena de muerte en el Código penal y la Ley de Seguridad del Estado, de 29 de marzo de 1941, que

Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941, que introdujo las modificaciones más trascendentales en el Código penal de 1932, también dejó sentir su eficacia en la circunstancia atenuante tercera del artículo 9, la de ser el culpable mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, que perdió su validez, conforme al artículo 57, para los delitos de robo con armas (artículo 53), de asociación para cometer estos robos (artículo 54), y de secuestro (artículo 56). Estos menores, disponía el precitado artículo 57, si “por su manifiesta habitualidad criminal o por su especial depravación fueren peligrosos, serán penados como mayores de dieciocho años”. Por tanto, como ya señaló CUELLO CALON⁴²⁷, los menores de edad comprendida entre dieciséis y dieciocho años, podían ser sometidos, sin atenuación alguna, a las graves penas señaladas en los artículos 53, 54 y 56 de la mentada Ley, e incluso podían ser castigados con la pena de muerte, con lo que se producía una reprobable y cruel discriminación para con estos jóvenes.

Afortunadamente, las autorizaciones previstas en la Ley de 19 de julio de 1944, por la que se adaptó la Ley penal al nuevo Estado, no incluyó el contenido del precitado artículo 57. Así, en materia de minoría de edad, el Código penal de 1944 respetó el

en parte fue incorporada al Código penal de 1944. El libro II fue el que sufrió modificaciones más graves: se endureció la persecución de los delitos contra la seguridad interior y exterior del Estado; se protegió penalmente tan sólo la religión católica, la oficial del Estado; se cotempló como delito el adulterio, amancebamiento y abandono de familia, etc. Cfr. LANDROVE DIAZ, G.: *Introducción al Derecho penal español*, cit., pp. 67 y 68.

⁴²⁷ Cfr. CUELLO CALON, E.: “Reformas introducidas en el Código penal y en las Leyes penales especiales por la Legislación del nuevo Estado”, cit., p. 41. En el mismo sentido, cfr. ANTON ONECA, J.: *Derecho penal*, cit., pp. 368 y 369.

límite de exclusión de la responsabilidad criminal en los dieciséis años, (artículo 8.2)⁴²⁸, criterio que ha subsistido hasta la aprobación del Código penal de 1995, que eleva la edad penal a dieciocho años.

Respecto a las disposiciones aplicables a los menores de dieciséis años que han cometido hechos castigados por la Ley como delito, como ha señalado la doctrina científica⁴²⁹, dichas disposiciones no tienen carácter de penas, sino de medidas de seguridad temporales, no dándose contra ellas el recurso de casación.

Siguiendo con el artículo 8.2, su tercer párrafo⁴³⁰ coincide con el del Código penal anterior, pues, tan sólo, se sustituyó, respecto del internamiento del menor, la frase “*en algún asilo o establecimiento destinado a la juventud desvalida*”, que refleja el

⁴²⁸ El artículo 8.2, párrafo primero, del Código de 1944 establece, en los mismos términos que el Código de 1932: *Está exento de responsabilidad criminal el menor de dieciséis años. Cuando el menor que no haya cumplido esta edad ejecute un hecho castigado por la Ley será entregado a la jurisdicción especial de los Tribunales Tutelares de Menores.* Respecto de esta institución, el que fuera Teniente Fiscal del Tribunal Supremo, GARCIA Del VALLE y SALAS, con toda suerte de alabanzas para el régimen político imperante en la fecha, equiparando a los menores infractores como “una nueva peste, mucho más temerosa que el cólera y mil veces más contagiosa”, solicitó una mayor protección económica para los Tribunales Tutelares de Menores, ante el panorama poco halagüeño que ofrecían en los años cuarenta. Cfr. GARCIA Del VALLE y SALAS, R.: *Memoria elevada al Gobierno Nacional en la solemne apertura de los Tribunales el día 16 de septiembre de 1945*, cit., p. 58.

⁴²⁹ Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO, G./BAJO FERNANDEZ, M./COBO Del ROSAL, M./RODRIGUEZ RAMOS, L.: *Código penal con jurisprudencia y concordancias*, Madrid, 1976, p. 40.

⁴³⁰ El párrafo tercero del artículo 8 del Código penal de 1944 establece que *en las infracciones perpetradas por menores de dieciséis años en provincias donde no existan aún Tribunales Tutelares de Menores, el Juez instructor aplicará la Ley de dicha institución ajustándose en todo lo posible al procedimiento ordenado en la misma, y, caso de considerar necesario el internamiento*

principio humanitario inspirador del Código de 1932, por las palabras “*en algún establecimiento adecuado*”.

Respecto de la legislación de Tribunales Tutelares de Menores⁴³¹, el régimen autocrático del general Franco ofreció una orientación político-criminal dirigida a la prevención especial, pero de signo paternalista y autoritario. En palabras de BERISTAIN, “las características del tratamiento a los menores infractores durante el régimen del general Franco se caracterizó por su nacional-catolicismo, su clasismo capitalista, su superestima de lo vocacional, su triunfalismo acrítico, sus internados masivos, su centralismo y su severidad”⁴³².

Durante la dictadura franquista, la reforma de la legislación especial de menores vendrá determinada, en primera instancia, por Ley de 13 de diciembre de 1940 y, posteriormente, por Decreto de 2 de julio de 1948, por el que se aprobó el Texto Refundido de la legislación sobre protección de menores, parcialmente modificado por los Decretos 1480/1968, de 10 de enero y 414/1976, de 26 de febrero,

del menor, lo efectuará en algún establecimiento adecuado, teniendo siempre en cuenta las condiciones subjetivas del agente y no el alcance jurídico del acto cometido.

⁴³¹ Sobre este extremo, ha señalado Del ROSAL BLASCO, B.: “Joven delincuente y Derecho penal”, cit., p. 1045, que esta Jurisdicción especial era puesta “en manos de personas ajenas a la carrera judicial, que podían ser nombradas por un llamado Consejo Superior de Protección de Menores que, a su vez, dependía del Ministerio de Justicia”.

⁴³² Cfr. BERISTAIN IPIÑA, A.: “Sanciones penales a los menores y a los jóvenes en España”, en *RFUC*, monográfico núm. 6, Madrid, 1983, p. 128. No obstante, también se ha comentado que, en líneas generales, el régimen represivo defensorista del general Franco “no discriminó sobre la minoría

posibilitando este último “al personal de la carrera judicial o fiscal en activo la compatibilidad de sus funciones con el ejercicio de la Jurisdicción de menores”⁴³³.

3.1. La declinatoria de competencia por la jurisdicción tutelar de menores

Como hemos señalado en el apartado anterior de nuestro estudio, el Código penal de 1944 mantuvo el límite de edad penal en dieciséis años, sin embargo introdujo, en el párrafo segundo del artículo 8.2, una disposición no contenida en los Códigos precedentes:

*En los casos en que excepcionalmente la jurisdicción tutelar declinare su competencia respecto a un mayor de dieciséis años, por entender que por el tiempo transcurrido desde la ejecución del hecho realizado antes de cumplirlos, o por razón de las circunstancias del menor, no ha de ser conveniente la adopción de las medidas que pudiera aplicarle, confiará el menor a la Autoridad gubernativa para que ésta adopte las medidas de seguridad que la legislación autorice*⁴³⁴.

de edad penal”. Cfr. COBO DEL ROSAL, M.: “Irracionalismo y minoría de edad penal”, en *Diario ABC*, 13 de agosto de 1997.

⁴³³ Cfr. DEL ROSAL BLASCO, B.: “Joven delincuente y Derecho penal”, cit., p. 1045.

⁴³⁴ Las medidas referidas en el artículo 8.2 del Código penal de 1944 son las contempladas en la LTTM, 9º, Iº, A; Ley de Vagos y Maleantes, Iº; Ley de Orden Público, 71, recogidas todas ellas en el *Código penal. Texto Refundido de 1944 y Leyes penales especiales*, anotados y comentados por CUELLO CALON, E., cit., p. 20.

Esta disposición se refería: a) A los menores de dieciséis años que habiendo ejecutado un hecho punible antes de cumplir esta edad, no fueron entonces sometidos a la jurisdicción de los Tribunales Tutelares, sino mucho después de su comisión, por lo que habrían de resultar inadecuadas las medidas puramente reformadoras que éstos imponen. b) A los menores sometidos, a debido tiempo, a la jurisdicción de dichos Tribunales, que a causa de las circunstancias que en ellos concurren, especialmente su grave peligrosidad, no parezcan idóneos para ser objeto del tratamiento reformador que estos aplican⁴³⁵.

La excepcional puesta del sujeto a disposición de la Autoridad gubernativa fue objeto de severas críticas por parte de los monografistas se la delincuencia juvenil, pues, de una parte, las medidas de seguridad susceptibles de aplicar por esa Autoridad en el marco de habilitación legal aludido eran inexistentes⁴³⁶, por lo que la declinatoria de jurisdicción de los Tribunales Tutelares conducía en la práctica a la no imposición de medida alguna. Y, de otra parte, suponía una vulneración del principio de jurisdiccionalidad penal que, actualmente desde la promulgación de la

⁴³⁵ Cfr. CUELLO CALON, E.: *Manual de Derecho penal español conforme al nuevo Código penal. Parte general*, cit., pp. 99 y 100.

⁴³⁶ En el mismo sentido, señala CASABO RUIZ, J. R.: “Comentario al artículo 8.2”, en CORDOBA RODA, J./RODRIGUEZ MOURULLO, G.: *Comentarios al Código penal*, t. I, Barcelona, 1976, pp. 230 y 231, siguiendo a CUELLO CALON, que la “legislación vigente no contiene medida de seguridad alguna de índole gubernativa aplicable a los menores de dieciséis años”, razón por la que la jurisdicción tutelar no debía declinar su competencia.

Constitución, impide la imposición de sanciones de carácter penal por parte de la Administración⁴³⁷.

Tal era la simple solución que el nuevo Código daba al problema de la protección social contra los menores infractores considerados peligrosos, sin plantearse, pues, la posibilidad de crear un régimen especial apropiado a sus particulares condiciones. No será hasta la reforma parcial y urgente del Código penal, aprobada por LO 8/1983, de 25 de junio, cuando se suprima esta declinatoria de competencia⁴³⁸.

3.2. La cuestión del artículo 65 (mayores de dieciséis y menores de dieciocho años)

En relación con la materia objeto de investigación, la modificación más significativa y trascendental introducida por el Código penal de 1944, sin precedentes en nuestra legislación positiva, es la regulada en el artículo 65, que reforma el precepto 71 del Código de 1932. Así, junto a la tradicional atenuación de la pena, que viene a ser una constante en nuestra Codificación penal, el Tribunal puede sustituir, en atención a las circunstancias del menor y del hecho, *la pena*

⁴³⁷ Cfr. OCTAVIO De TOLEDO y UBIETO, E./HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho penal. Parte general*, 2º ed., Madrid, 1986, p. 356.

⁴³⁸ *Vid. infra*, apartado 8.1 del Cap. II.

*impuesta por el internamiento en una institución especial de reforma, por tiempo indeterminado hasta conseguir la corrección del culpable*⁴³⁹.

4. EL CÓDIGO PENAL. TEXTO REVISADO DE 1963⁴⁴⁰

El Código penal de 1944 ha sido objeto de constantes reformas parciales que han ido acompañadas de numerosas críticas por parte de la doctrina, entre otras, la efectuada por QUINTERO OLIVARES y MUÑOZ CONDE, para quienes “las más de las veces, no hicieron sino deformar la estructura y coherencia del texto”⁴⁴¹.

De todas las reformas operadas en el citado Código la más ambiciosa en extensión, a pesar de ser limitada⁴⁴², fue la iniciada con la Ley de Bases de 23 de diciembre de 1961⁴⁴³, desarrollada por Decreto de 24 de enero de 1963⁴⁴⁴, que autorizaba al

⁴³⁹ El artículo 65 del Código penal de 1944 será objeto de estudio pormenorizado en el apartado 2.2.3 del Cap. III.

⁴⁴⁰ Para un análisis de la reforma de 1963, cfr., entre otros, BUENO ARUS: “La reforma del Código penal español de 1963. Exposición y anotaciones”, *en separata de la REP*, julio-septiembre de 1963, Madrid, 1964; CUELLO CALON, E.: *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 162 y ss.; Del ROSAL, J.: *Tratado de Derecho penal español*, vol. I, cit., pp. 205 y ss. y 213 y ss. Del mismo: *Esquema de un Anteproyecto de Código penal español*, Discurso leído el día 28 de enero de 1964, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1964; DIAZ VALCARCEL, L. M.: *La revisión del Código penal y otras Leyes penales*, Barcelona, 1964.

⁴⁴¹ Cfr. QUINTERO OLIVARES, G./MUÑOZ CONDE, F.: *La reforma penal de 1983*, cit., p. 13.

⁴⁴² Cfr. SAINZ CANTERO, J. A.: *Lecciones de Derecho penal*, cit., p. 259.

Gobierno a la corrección de antinomias y a la modificación, introducción o supresión de tipos⁴⁴⁵, y en la que intervino de un modo destacado Eugenio CUELLO CALON⁴⁴⁶. Como resultado se aprobó por Decreto 691/1963, de 28 de marzo⁴⁴⁷, el Código penal, Texto Revisado de 1963, del que se ha realizado, por lo general, una valoración negativa⁴⁴⁸. En este sentido, Del ROSAL ha llegado a la conclusión de que “no merecía la pena haber realizado una tarea tan ímproba con tan escaso fruto”⁴⁴⁹. Por esta razón y, fundamentalmente, por no introducir ninguna modificación en materia de minoría de edad penal, cuya redacción no presenta ninguna novedad, hemos prescindido de realizar un análisis más pormenorizado sobre esta reforma.

5. EL CÓDIGO PENAL. TEXTO REFUNDIDO DE 1973

⁴⁴³ El 26 de mayo de 1961 el Consejo de Ministros acordó enviar a las Cortes un Proyecto de revisión parcial del Código penal y otras Leyes penales, que se convertiría más tarde, tras una amplia discusión en las Cortes, en la Ley de Bases de 23 de diciembre de 1961. Cfr. SAINZ CANTERO, J. A.: *Lecciones de Derecho penal*, cit., p. 259.

⁴⁴⁴ Cfr. CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 121.

⁴⁴⁵ Sobre este particular, señala LANDROVE DIAZ, G.: *Introducción al Derecho penal español*, cit., p. 69, que el Texto revisado de 1963 introduce por primera vez en el Código la expresión artículo “sin contenido”, con la finalidad de dar a conocer que los tipos habían sido trasladados a otros preceptos o que habían sido suprimidos.

⁴⁴⁶ Cfr. CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 121.

⁴⁴⁷ *BOE*, núm. 84, de 8 de abril de 1963.

⁴⁴⁸ Cfr. DIAZ ROCA, R.: *Derecho penal general*, cit., p. 39.

⁴⁴⁹ Cfr. Del ROSAL, J.: *Tratado de Derecho penal español*, vol. I, cit., p. 213.

El Texto Refundido de 1973, publicado por Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre⁴⁵⁰, tiene su origen en un Anteproyecto elaborado por la Comisión General de Codificación en 1969 que, transformado posteriormente en Proyecto, fue elevado a las Cortes en 1971, aprobándose definitivamente por Ley 44/1971, de 15 de noviembre, de reforma parcial del Código penal⁴⁵¹.

Respecto a la materia objeto de estudio, el Texto Refundido de 1973 apenas introdujo modificaciones, ya que mantuvo en el artículo 8.2, en los mismos términos que su precedente de 1944, tanto el límite de edad penal en dieciséis años, como la remisión, con carácter excepcional, a la Autoridad gubernativa, olvidando, por consiguiente, las críticas efectuadas a este segundo párrafo por los monografistas de la delincuencia juvenil. En realidad, lo único que se suprimió fue el párrafo tercero⁴⁵².

⁴⁵⁰ BOE, núm. 297, de 12 de diciembre de 1973.

⁴⁵¹ BOE, núm. 283, de 26 de noviembre de 1971. Como ha señalado SAINZ CANTERO, J. A.: *Lecciones de Derecho penal*, cit., p. 262, la reforma operada por Ley de 15 de noviembre de 1971 afectó, fundamentalmente: a la protección penal de la persona y Derechos del sucesor a la Jefatura del Estado, a fin de darle una protección especial; al delito de genocidio; al tráfico de estupefacientes; a la protección penal de la libertad religiosa; y, por último a las infracciones patrimoniales.

⁴⁵² *El artículo 8.2 del Código penal Texto Refundido de 1973 dispone que están exentos de responsabilidad criminal: 2º. El menor de dieciséis años. Cuando el menor que no haya cumplido esta edad ejecute un hecho penado por la Ley será conñado a los Tribunales Tutelares de Menores. En los casos en que excepcionalmente la jurisdicción tutelar declinare su competencia respecto a un mayor de dieciséis años, por entender que por el tiempo transcurrido desde la ejecución del hecho realizado antes de cumplirlos, o por razón de las circunstancias del menor, no ha de ser*

Pese a no formar parte del tema de nuestra investigación, por su relevancia resulta obligada la referencia a la promulgación, en este contexto histórico, de dos disposiciones de carácter penal: la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, de 4 de agosto de 1970, que sustituyó a la de Vagos y Maleantes de 1933; y el Decreto-Ley sobre Prevención del Terrorismo, de 26 de agosto de 1975, que reflejó una lucha más intensa contra el problema del terrorismo, que ya empezaba a hacer mella en España.

Muy pronto habría de producirse un nuevo intento de reforma, concretamente por Ley 39/74, de 28 de noviembre de 1974⁴⁵³. Pero, sin duda, los dos acontecimientos que impulsaron las sucesivas modificaciones en materia penal fueron: el cambio de régimen político, suprimiéndose paulatinamente desde la muerte del general Franco, acaecida en noviembre de 1975, los aspectos más deplorables de la legislación punitiva; y la promulgación de la Constitución española de 1978⁴⁵⁴, sin olvidar entre las más significativas reformas, las operadas por Ley de 19 de julio de 1976 y 4 de

conveniente la adopción de las medidas que pudiera aplicarle, confiará el menor a la Autoridad gubernativa para que ésta adopte las medidas de seguridad que la legislación autorice.

⁴⁵³ BOE, núm. 287, de 30 de noviembre de 1974.

⁴⁵⁴ Cfr. VVAA: “El Derecho penal del Estado democrático”, en *Comentarios a la legislación penal*, t. II, dirigidos por COBO Del ROSAL, M., Madrid, 1983.

enero de 1977⁴⁵⁵, que abrirán “la vía de transición del régimen franquista hacia una Monarquía constitucional de signo claramente democrático”⁴⁵⁶.

6. EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DEL CÓDIGO PENAL DE 1980⁴⁵⁷

Antes de iniciar el estudio de los Proyectos previos a la aprobación del Código penal de 1995, conviene adelantar que en materia de minoría de edad penal parece ser que el legislador no tenía unos cimientos sólidos a la hora de fijar el tope de edad a partir del cual comienza la responsabilidad criminal, pues, como veremos a renglón seguido, en pocos años redujo y aumentó alternativamente este límite sin sujeción a unos parámetros racionales.

De urgente necesidad se ha calificado al conjunto de reformas penales que desde 1976 han sido llevadas a cabo por el legislador para lograr una adaptación a las

⁴⁵⁵ Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, J. M.: “La reciente reforma del Código penal español (Ley 23/1976, de 19 de julio)”, en *ADPCP*, vol. XXIX, 1976, pp. 209-223.

⁴⁵⁶ Cfr. CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 126.

⁴⁵⁷ *Vid.* PLOCP de 17 de enero de 1980, en *BOCD. Congreso de los Diputados*, I legislatura, serie A, núm. 108-1. El Proyecto de 1980 ha dado lugar a una abundante literatura, y al consiguiente debate en la doctrina sobre sus defectos y aciertos. En general, véase: VVAA: *La reforma penal y penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 1980; VVAA: *Política criminal y reforma del Derecho penal*, Bogotá, 1982; VVAA.: *La reforma penal. Cuatro cuestiones fundamentales*, Madrid, 1982; LOPEZ-REY y ARROJO: “Análisis Político criminal del Proyecto oficial de Código penal español”, en *ADPCP*, t. XXXIV, fasc. II, 1980, pp. 313 y ss.; CEREZO MIR, J.: *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, Madrid, 1993, pp. 13-30; RUIZ VADILLO, E.:

exigencias sociales, científicas, jurídicas y políticas que demandaba el nuevo régimen democrático español⁴⁵⁸. Como ha precisado CUELLO CONTRERAS, el objetivo de estas reformas no era adaptar el Código penal de 1944 a la nueva Constitución que se iba a promulgar, sino redactar el denominado Código penal de la Democracia⁴⁵⁹, objetivo que no será alcanzado hasta el vigente Código de 1995.

En efecto, la necesidad de elaborar un nuevo Código penal era inaplazable. A tal fin se nombró en 1978 por el Ministro Landelino Lavilla una ponencia, integrada por Conde Pumpido, Díaz Palos, Gimbernat Ordeig y Rodríguez Mourullo, que asumió la tarea de elaborar un texto, que tras su paso por la Comisión General de Codificación fue presentado en el Congreso de los Diputados en 1980. El Gobierno finalmente decidió retirar el PLOCP ante la multitud de críticas vertidas a su articulado y, principalmente, por las dificultades políticas de los últimos gobiernos de la Unión de Centro Democrático (UCD), llegándose a producir la interrupción del proceso parlamentario por la disolución de las Cortes en 1982⁴⁶⁰.

Proyecto de Ley Orgánica de Código penal, en *Cuadernos de Documentación*, núm. 13, Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid, 1980.

⁴⁵⁸ Cfr. GARCIA VALDES, C.: “Las reformas de la legislación penal (1976-1984)”, en *Documentación Jurídica*, monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal de 1983, vol. I, p. 23. Un estudio sobre la evolución de nuestro país hacia un Derecho penal democrático, en CERESO MIR, J.: *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., pp. 125-145.

⁴⁵⁹ Cfr. CUELLO CONTRERAS, J.: *El Derecho penal español. Curso de iniciación. Parte general*, cit., p. 259.

⁴⁶⁰ Cfr. LUZON PEÑA, M. D.: *Curso de Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1996, p. 125; QUINTERO OLIVARES, G.: *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 221.

Se puede afirmar que el PLOCP de 1980 resultó ser un Código totalmente nuevo, a diferencia de los anteriores, que siempre han sido continuación de sus precedentes⁴⁶¹; no obstante, y pese a sus múltiples defectos, este Proyecto se podría haber mejorado si se hubiesen celebrado los debates parlamentarios, ya que fueron formuladas 1801 enmiendas que no llegaron a discutirse⁴⁶².

En cuanto a la razón de ser del PLOCP, numerosas razones justificaban la reforma: unas de naturaleza política, por lo inconcebible que resultaba continuar, tras el cambio operado en nuestro país, fundamentalmente tras la promulgación de la Constitución, con un Código penal que respondía a concepciones distintas y, aún en ocasiones, a ideas opuestas a las previstas en el Texto constitucional; otras de carácter técnico, relativas a la corrección de deficiencias del Código; y, por último, las derivadas de otros objetivos más ambiciosos y universales que reclamaban nuevos planteamientos, que debían tener reflejo en nuevas normas jurídicas⁴⁶³.

⁴⁶¹ Cfr., en el mismo sentido, QUINTERO OLIVARES: “La reforma penal en España”, cit., pp. 6 y 7.

⁴⁶² Vid. *enmiendas impresas recogidas en el expediente original de tramitación del PLOCP de 1980*, en archivo del Congreso de los Diputados, serie general de expedientes, legajos núms. 1792-1795.

⁴⁶³ Cfr. más ampliamente esta cuestión en la Exposición de Motivos del PLOCP de 1980, en *BOCD. Congreso de los Diputados*, I legislatura, cit., pp. 657-664. También han sido expuestas las razones que justificaban la reforma en RUIZ VADILLO, E.: *Proyecto de Ley Orgánica de Código penal*, cit., pp. 9-11.

En otro orden de consideraciones, y respecto al tema objeto de investigación, el PLOCP de 1980 introdujo como una de las principales innovaciones la reducción de la minoría de edad penal a quince años. En realidad, hemos de puntualizar que no se trataba de una auténtica novedad, pues el primer intento se llevó a cabo en el Anteproyecto de Bases del Libro I del Código penal de 1972⁴⁶⁴, concretamente, la exposición de la Base 3º decía así:

El límite de la mayoría de edad penal se ha fijado en los quince años. La determinación de un límite preciso de edad que suponga una barrera que sitúa de un lado a personas maduras, con conciencia y voluntad suficientemente desarrolladas para gobernar su conducta y, de otro, a personas inmaduras, lleva consigo necesariamente una buena dosis de arbitrariedad. Pero aquí, como en tantos otros casos, la seguridad, certeza y simplicidad de la norma predominan sobre las estrictas consideraciones de equidad que requerirían la determinación de la capacidad psíquica caso por caso. La innovación no es de sistema, pues, sino de límite. Se ha pensado que, por regla general, ahora se adquiere la madurez psíquica más pronto que en tiempos pasados, en base a una serie de razones, bien conocidas, que no es preciso exponer (...)

⁴⁶⁴ Cfr. FAIREN GUILLEN, V.: *Meditaciones sobre una Exposición y Estudio para un Anteproyecto de Bases del Libro I del Código penal. Bases para un Código penal*, Universidad de Valencia, 1973, pp. 62 y ss.

A nuestro juicio, las razones expuestas por la referida Base para justificar la reducción del límite de edad penal a quince años no son suficientes, tan sólo, se hace referencia, en cuanto a la fijación de dicho límite, a “una buena dosis de arbitrariedad”, y a “estrictas consideraciones de equidad”, que posteriormente quedan descartadas. Por último, tampoco se justifica por qué la madurez psíquica se adquiere antes que en tiempos pasados.

Pese a la reducción del límite de edad penal a quince años, la tendencia doctrinal mayoritaria en los años de reforma legislativa en que se redactó el PLOCP de 1980 era la de aumentar a dieciocho años el límite de presunción, *iuris et de iure*, de ausencia de imputabilidad⁴⁶⁵; sin embargo, el PLOCP, amparándose en la idea, de todo punto dudosa, de que la capacidad psíquica se adquiere antes que en otros tiempos, lo que en realidad supone un total desconocimiento de las nuevas orientaciones psicológicas y psiquiátricas sobre esta materia⁴⁶⁶, rebajó la edad penal a quince años, señalando literalmente el artículo 26:

⁴⁶⁵ Cfr. CANTARERO, R.: *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación: Derecho penal y procesal de menores*, cit., p. 141.

⁴⁶⁶ Con buen criterio han señalado sobre este particular RODRIGUEZ DEVESA, J. M./SERRANO GOMEZ, A.: *Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 614, que si bien es cierto que por término medio la madurez biológica se ha adelantado en un par de años en Europa, sin embargo, ha sido en detrimento de la madurez psicológica. En el mismo sentido, destaca VAELLO ESQUERDO, E.: “La edad en la parte general del Proyecto de Código penal de 1980”, en *CPC*, núm. 13, 1981, p. 318, que existen abundantes datos empíricos que demuestran el hecho de que la madurez, dadas las complejas características de las actuales sociedades industrializadas, se

Están exentos de responsabilidad criminal: (...) 3º. El menor de quince años. Cuando el menor de esta edad ejecute un hecho previsto como infracción penal será entregado a la jurisdicción especial de los Tribunales Tutelares de Menores.

Curiosamente, en la década de los setenta hubo doctrinarios que defendieron esta reforma. En este sentido, para CEREZO MIR⁴⁶⁷ la disminución del límite de la mayoría de edad penal a quince años constituyó un acierto. También se mostró partidario de adelantar la mayoría de edad penal SERRANO GÓMEZ, sobre la base de que a los quince años puede existir “verdadera intensidad criminal, comparable a los adultos, tanto por la cantidad de delitos, como por la gravedad de los mismos”⁴⁶⁸; sin embargo parece que posteriormente cambió de posición al afirmar que “no hay argumentos serios en el PLOCP de 1980 que justifiquen rebajar la mayoría de edad penal”⁴⁶⁹. Otros autores como OLIVA GARCÍA⁴⁷⁰ justificaron la reforma en función de un criterio culpabilístico.

adquiere a edades ciertamente tardías, frente al fenómeno inverso propio de sociedades más elementales.

⁴⁶⁷ Cfr. CEREZO MIR, J.: “Informe sobre el Anteproyecto de Bases del Libro I del Código penal”, en *ADPCP*, 1972, t. XXV, fasc. III, pp. 773 y 774.

⁴⁶⁸ Cfr. SERRANO GOMEZ, A.: *Delincuencia juvenil en España. Estudio criminológico*, cit., p. 33. También se refirió este autor al acierto de reducir la mayoría de edad penal de los dieciséis a los quince años en la p. 326, concretamente “por la gran participación en la delincuencia de los chicos de catorce y quince años”.

⁴⁶⁹ Cfr. SERRANO GOMEZ, A.: “La mayoría de edad penal en la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código penal”, en *RFDUC*, monográfico núm. 6, Madrid, 1983, p. 610.

No obstante las anteriores consideraciones, la reducción del límite de la eximente de menor edad a quince años fue objeto de severas críticas por la mayoría de la doctrina. En este sentido, coincidimos con QUINTERO OLIVARES⁴⁷¹ en el error del PLOCP de no hacer coincidir la mayor edad penal con la civil y política, fijada en dieciocho años. Igualmente compartimos la opinión de RUIZ VADILLO, quien manifiesta que “rechazado el sistema de determinación individualizada de la imputabilidad de cada sujeto (...) resulta comprometido considerar, en principio, imputables, aunque sea con imputabilidad disminuida, a todos los jóvenes que han cumplido quince años, con el riesgo de sacrificar al individuo, peor aún el joven, casi niño, en aras a la sociedad, cuando lo realmente justo y eficaz consiste en conciliar ambos intereses”⁴⁷². También en sede doctrinal se ha manifestado contrario a dar entrada en la esfera de la delincuencia adulta a los mayores de quince años ORTEGO COSTALES⁴⁷³, alegando que “no es cierto que ahora los muchachos crezcan antes en juicio y prudencia”, por lo que “la rebaja de la minoría de edad penal a quince años se fundamenta en una falacia”. Por su parte, ORTS

⁴⁷⁰ Cfr. OLIVA GARCIA, H.: “Introducción a las bases doctrinales de la imputabilidad”, en *La Ley*, 1982-4, pp. 1142 y 1143.

⁴⁷¹ Cfr. QUINTERO OLIVARES, G.: *Introducción al Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1981, pp. 207 y 208.

⁴⁷² Cfr. RUIZ VADILLO, E.: *Proyecto de Ley Orgánica de Código penal*, cit., p. 17.

⁴⁷³ Cfr. ORTEGO COSTALES, J.: “El Proyecto de Ley Orgánica de Código penal”, en *La reforma penal y penitenciaria*, cit., p. 144.

BERENGUER⁴⁷⁴ ha destacado la importancia, no sólo de elevar la edad penal, sino también buscar soluciones más imaginativas para la delincuencia juvenil, tanto de corte social, como cultural, político, económico, e, incluso, del sistema punitivo, siempre y cuando no sea posible otra alternativa.

Las razones por las que el PLOCP de 1980 redujo el límite de edad penal a quince años fueron expuestas en la Memoria explicativa adjunta al Proyecto⁴⁷⁵, donde textualmente se justificaba:

“La minoría de edad penal se ha rebajado a los quince años. Justo es que, si la Constitución actual fija la mayoría de edad a todos los efectos civiles y políticos en los dieciocho años, se adelante en parecida proporción la capacidad jurídico-penal. Las mismas razones que militan en pro de la reforma constitucional se tienen en cuenta en su reflejo punitivo. Si de algo se peca es tal vez de timidez, visto que países de nuestro meridiano cultural establecen la edad penal en los catorce años. La peligrosidad criminal de que hacen gala en nuestros días tales menores en no pocos casos aconsejaban la reforma del Texto anterior. Por otra parte, el acento en el tratamiento de tales menores se pone, más que en la pena, en su corrección en

⁴⁷⁴ Cfr. ORTS BERENGUER, E.: “Las circunstancias atenuantes en el Proyecto de Código penal de 1980”, en *CPC*, núm. 13, 1981, p. 252.

⁴⁷⁵ Cfr. *Memoria explicativa del Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980*, en archivo del Congreso de los Diputados, serie general de expedientes, legajo núm. 1792, p. 10.

establecimientos adecuados. Incluso se tiene en cuenta la edad juvenil, como se dirá luego, para el mismo tratamiento, que se puede prolongar hasta los veintiún años”.

Por su parte, VAELLO ESQUERDO⁴⁷⁶ criticó, respecto de la citada Memoria explicativa del texto del PLOCP, que se tomase como justa la decisión de anticipar el límite de edad penal en base a que ese mismo criterio se ha seguido en países de nuestro entorno, pues, lógicamente, no era razón suficiente aludir al mero dato de la edad prevista en otros Ordenamientos, que con frecuencia se han diferenciado considerablemente del español, a la vez que suponía un auténtico desconocimiento de las nuevas tendencias sobre la materia, tanto en el orden legislativo como en la corriente doctrinal. En este sentido, trajo a colación una de las conclusiones a las que se llegó en el VII Congreso Internacional de Magistrados de la Juventud (París 18-23 de julio de 1966), en la que se deseaba hacer coincidir la edad de la mayoría penal con la de la civil.

Respecto de las circunstancias atenuantes descritas en el artículo 27 del PLOCP ocupaba el tercer lugar *la de ser el culpable menor de dieciocho años*, dándole contenido el artículo 80, al señalar que *al mayor de quince años y menor de dieciocho se aplicará la pena inferior en grado a la señalada en la Ley, en la extensión que el Tribunal estime adecuada, dadas las condiciones del menor y las*

⁴⁷⁶ Cfr. VAELLO ESQUERDO, E.: “La edad en la parte general del Proyecto de Código penal de 1980”, cit., pp. 137 y 138.

circunstancias que concurran en su delito, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 148.

En cuanto a la eficacia de la citada atenuante 3º del artículo 27, ha destacado ORTS BERENGUER⁴⁷⁷ que mantenía su carácter privilegiado y su razón de ser como presunción, *iuris et de iure*, de imputabilidad disminuida, por cuanto para que resultase de aplicación bastaba con haber comprobado que el sujeto infractor había rebasado los quince años, pero no los dieciocho, independientemente de cual fuese su concreto grado de desarrollo psíquico.

El PLOCP de 1980 también preveía la posibilidad de que el Tribunal sustituyera, conforme al artículo 148⁴⁷⁸, la pena de prisión⁴⁷⁹ impuesta al mayor de quince años y menor de veintiuno⁴⁸⁰ *por el internamiento en un centro de rehabilitación social*

⁴⁷⁷ Cfr. ORTS BERENGUER, E.: “Las circunstancias atenuantes en el Proyecto de Código penal de 1980”, cit., p. 253.

⁴⁷⁸ Como ha puntualizado MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: “Los centros especiales y los establecimientos de jóvenes”, en *Comentarios a la legislación penal*, t. VI, vol. II, dirigidos por COBO DEL ROSAL, M., Madrid, 1986, p. 993, el artículo 148 del Proyecto de Código penal de 1980 tiene su origen en el derogado artículo 65 del Código penal de 1944.

⁴⁷⁹ En este sentido, la restricción a la prisión como única pena sustituible para el mayor de quince y menor de dieciocho años resulta de todo punto rechazable, pues como señala VAELLO ESQUERDO, E.: “La edad en la parte general del Proyecto de Código penal de 1980”, cit., p. 144, esta limitación parece responder a un enfoque desvirtuador de la naturaleza del artículo 148.

⁴⁸⁰ Por consiguiente, como ha señalado CANTARERO, R.: *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación: Derecho penal y procesal de menores*, cit., p. 142, el Proyecto de 1980 también incluía a los “jóvenes adultos”, que, de hecho, ya podían disfrutar de un régimen especial, de conformidad con lo dispuesto en la Ley General Penitenciaria. Recordemos que el artículo 9.2 de la citada Ley dispone que *los jóvenes deberán cumplir separadamente de los adultos en*

para jóvenes delincuentes por periodo indeterminado, hasta conseguir su corrección⁴⁸¹, sin que en ningún caso este internamiento pueda exceder del límite máximo señalado en el artículo 135, medida 4⁴⁸². Acordada la cesación del internamiento el Tribunal podrá establecer la aplicación al menor de todas o algunas de las medidas siguientes: a) prohibición de residencia; b) prohibición de asistir a lugares determinados; c) privación del derecho a conducir; d) privación del derecho a portar armas; e) asistencia por delegados del Juez de Vigilancia”.

Desde luego, no sólo se puede formular como crítica al PLOCP de 1980 la reducción de la edad penal a quince años, sino también la sustitución de la pena impuesta al mayor de quince y menor de veintiuno por la medida en centro de rehabilitación social, por ser por periodo indeterminado hasta conseguir su corrección. No obstante, este internamiento no podía exceder de diez años, lo que, pese a constituir un avance en comparación con la indeterminación del derogado

establecimientos distintos o, en todo caso, en departamentos separados. A los efectos de esta Ley se entiende por jóvenes las personas de uno u otro sexo que no hayan cumplido los veintiún años. Excepcionalmente, y teniendo en cuenta la personalidad del interno, podrán permanecer en centros destinados a jóvenes quienes, habiendo cumplido veintiún años, no hayan alcanzado los veinticinco.

⁴⁸¹ Toda vez que el artículo 148 perseguía como objetivo la corrección del culpable, resulta de considerable interés la necesidad, puesta de manifiesto por VAELLO ESQUERDO, E.: “La edad en la parte general del Proyecto de Código penal de 1980”, cit., p. 144, de que el Tribunal, antes de decidir sustituir la pena por la medida, realizase un estudio serio e individualizado del sujeto para, a la vista del juicio de pronóstico acerca de su corregibilidad, acordarla o denegarla.

⁴⁸² El límite señalado en el artículo 135. 4º era de diez años, lo que constituía, sin duda, una duración excesiva de la medida de internamiento. En el mismo sentido crítico, cfr. RODRIGUEZ DEVESA, J. M./SERRANO GOMEZ, A.: *Derecho penal español. Parte general*, cit., pp. 612 y 613, que, incluso, llegan a considerarla como una “auténtica pena privativa de libertad indeterminada”.

artículo 65 del Código penal de 1944⁴⁸³, resultaba todavía excesivo. Pero es que, además, como acabamos de señalar, otras medidas podían continuar las restricciones de los derechos del menor una vez cesado el internamiento, con lo que la dureza del tratamiento dispensado por el PLOCP de 1980 a estos jóvenes queda más que demostrado. En realidad, como ha señalado ORTS BERENGUER, “da la impresión de que sale más a cuenta, tratándose de la misma infracción, cometerla de adulto que de joven”⁴⁸⁴.

También resulta de interés referirnos al artículo 149, cuyo tenor de forma literal establece:

Cuando la jurisdicción tutelar de menores que haya de intervenir a tenor del número 3º del artículo 26 declinare su competencia respecto a un mayor de quince años por entender que, dado el tiempo transcurrido desde la ejecución del hecho realizado antes de cumplirlos, o por razón de las circunstancias del menor, no ha de ser conveniente la adopción de las medidas que pudiera aplicarle, lo confiará a la autoridad judicial, la cual podrá decretar la medida de internamiento

⁴⁸³ La supresión de del tratamiento por tiempo indeterminado, previsto en el artículo 65 del Código penal de 1944, fue justificado en la *Memoria explicativa del Proyecto de Ley Orgánica de Código penal*, cit., pp. 35 y 36, con las siguientes palabras: “Se amplía, así, la esfera de aplicación del actual artículo 65, prescindiendo, sin embargo, de la duración indeterminada que éste consagraba por estimarla incompatible con la seguridad y certeza jurídicas propias de un Estado de Derecho (...)”.

⁴⁸⁴ Cfr. ORTS BERENGUER, E.: “Las circunstancias atenuantes en el Proyecto de Código penal de 1980”, cit., p. 254.

prevista en el artículo anterior para los jóvenes delincuentes. Del mismo modo, podrá actuarse con los menores de quince años cuando su peligrosidad o rebeldía los haga incompatibles con el tratamiento asignado a los mismos por dichos Tribunales.

Sobre este artículo se ha pronunciado BARBERO SANTOS⁴⁸⁵ en términos críticos, como no podía ser de otro modo, manifestando que el artículo 149 viola los principios sobre los que se basa el derecho de medidas, según el propio Proyecto, pues, de conformidad con el artículo 131, *las medidas de seguridad establecidas en este Código y demás Leyes penales no se podrán imponer sino a quienes hayan ejecutado un hecho previsto como delito, cuya comisión revele la peligrosidad criminal del autor.* De ahí lo paradójico que resulta que a los menores de quince años se les pudiese imponer una medida de internamiento en centro de rehabilitación social, de hasta diez años de duración, no en función de su peligrosidad, sino de su “rebeldía”. Desde luego, la vaguedad, imprecisión y ambigüedad de este término, que el legislador incomprensiblemente no explica en qué consiste, merece nuestro más absoluto rechazo.

En contra del artículo 149 también se han manifestado ORTEGO COSTALES, por lograr el Proyecto “meter en el Código penal a los menores sin ningún límite de

edad”⁴⁸⁶, y BERISTAIN IPIÑA, que, en el mismo sentido, criticó que se pudiese someter “a los Tribunales ordinarios de adultos a los niños desde su más tierna infancia, sin límite alguno de edad”⁴⁸⁷.

En cuanto a las numerosas enmiendas presentadas al PLOCP de 1980, tras una lectura detenida, se puede afirmar que existió unanimidad parlamentaria a la hora de rechazar la reducción de la edad penal a quince años. Las enmiendas formuladas al artículo 26.3 fueron las núms. 51 (Grupo parlamentario de Minoría Catalana), 92, 201 y 1313 (Grupo parlamentario de Unión de Centro Democrático), 93 (Grupo parlamentario Andalucista), 115 (Grupo parlamentario de Socialistas de Cataluña), 281 (Grupo parlamentario Socialista), 875 (Grupo parlamentario Comunista), 1447 (Grupo parlamentario de Coalición Democrática) y 1677 (Grupo parlamentario Vasco). Algunas de ellas interesaron sustituir el límite de edad penal de quince años por dieciséis⁴⁸⁸, mientras que otras, incluso, propusieron la elevación a dieciocho⁴⁸⁹.

⁴⁸⁵ Cfr. BARBERO SANTOS, M.: “Las medidas de seguridad en el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal, en *La reforma penal y penitenciaria*, cit., pp. 105 y 106.

⁴⁸⁶ Cfr. ORTEGO COSTALES, J.: “El Proyecto de Ley Orgánica de Código penal”, en *La reforma penal y penitenciaria*, cit., p. 145.

⁴⁸⁷ Cfr. BERISTAIN IPIÑA, A.: “El Proyecto de Código penal de 1980, víctima de estructuras más que delito de omisión”, en *La reforma penal y penitenciaria*, cit., p. 330.

⁴⁸⁸ Enmiendas 51, 92, 201, 875, 1313, 1447 y 1677. Por su interés, y a título de ejemplo, reproducimos las razones expuestas en la enmienda núm. 51: “la rebaja de la edad penal a los quince años que contempla el texto del Proyecto de Ley consideramos que constituye un grave error (...) va en contra de: a) los propios principios político-criminales que solemnemente se proclaman en la Exposición de Motivos, donde se hace gala de una concepción moderna y científica de

Respecto del artículo 148 se formularon las enmiendas núms. 152 (Grupo parlamentario de Socialistas de Cataluña), 413 (Grupo parlamentario Socialista), 56 (Grupo parlamentario de Minoría Catalana), 107 y 108 (Grupo parlamentario Andalucista), 207 y 1347 (Grupo parlamentario de Unión de Centro Democrático), 983 (Grupo parlamentario Comunista), 1513 y 1514 (Grupo parlamentario de Coalición Democrática), 1711, 1712, 1713, 1714 y 1715 (Grupo parlamentario Vasco). De las anteriores enmiendas, las núms. 152⁴⁹⁰ y 413⁴⁹¹ interesaron una

Derecho penal (...); b) del Derecho comparado, especialmente con los Ordenamientos penales europeos, donde el límite de edad penal es más alto (...); c) del común sentir de la doctrina en general (...); d) de las conclusiones adoptadas al respecto por instituciones especializadas en el campo de la penología y reinserción social de los delincuentes y estudios de la delincuencia juvenil en particular (...); d) de los principios más elementales en el campo de la política-criminal y la criminología, que aconsejan precisamente todo lo contrario (...)

⁴⁸⁹ Enmiendas núms. 93, 115, 281. En concreto, la 93 propuso la sustitución de la redacción del Proyecto, sobre la base de que “el artículo 12 de la Constitución ha establecido la mayoría de edad penal en los dieciocho años (...). En un Estado de Derecho no puede permitirse la existencia de desigualdades entre derechos y obligaciones, sino que éstas deben estar acordes con aquéllos, por lo que la mayoría de edad penal debe equipararse a la mayoría de edad civil y política (...). Es necesario aclarar, por lo que puede argumentarse al respecto, que la máxima incidencia de la delincuencia juvenil, situada entre los quince y los dieciséis años, no es cosa de ahora, sino que resulta una constante histórica. La causa no es la edad, sino la existencia de factores estructurales y coyunturales que inciden en la adolescencia más que en otras edades (...)

⁴⁹⁰ Esta enmienda resulta de interés por cuanto interesó la supresión del internamiento para jóvenes por tiempo indeterminado y amplió el límite de edad, proponiendo como texto alternativo para el mayor de dieciocho años y menor de veintiuno sustituir la pena de prisión impuesta “por el internamiento en un centro de terapéutica para jóvenes delincuentes por un tiempo no superior al de dicha pena, sin que, en ningún caso, este internamiento pueda exceder del límite máximo señalado en el artículo 135, medida cuarta. Acordada la cesación del internamiento, el Tribunal podrá establecer la aplicación al menor de todas o algunas de las medidas siguientes: a) custodia familiar; b) privación del derecho de conducir; c) privación de la licencia de armas de fuego o del derecho a obtenerla; d) asistencia por delegados del Juez de Vigilancia; e) caución de conducta o prohibición de volver al lugar en que hubiere cometido el delito”. La motivación a dicha enmienda señalaba que “(...) se entiende que una medida de seguridad nunca puede tener una duración superior a la pena impuesta”.

⁴⁹¹ El texto de la enmienda 413 coincide en su totalidad con la núm. 152.

modificación completa del texto. La 56⁴⁹², 107⁴⁹³, 207⁴⁹⁴, 983⁴⁹⁵, 1347⁴⁹⁶, 1513⁴⁹⁷, 1514⁴⁹⁸ y 1711⁴⁹⁹ propusieron la modificación del párrafo primero y, por último, las restantes propusieron la modificación del párrafo segundo⁵⁰⁰.

⁴⁹² Esta enmienda mantuvo la misma redacción que el Proyecto, salvo en lo relativo a la edad, al ampliar el límite “al mayor de dieciséis y menor de veintiún años”.

⁴⁹³ La enmienda 107 propuso la sustitución de la expresión “quince años” por la de “dieciocho”.

⁴⁹⁴ Esta enmienda interesó sustituir la edad del Proyecto por “al mayor de dieciséis años”.

⁴⁹⁵ Esta enmienda de modificación pretendía sustituir el primer inciso del artículo 148 por “al mayor de dieciséis años y menor (...)”.

⁴⁹⁶ Pedía la sustitución de “quince años” por “dieciséis”.

⁴⁹⁷ En ella se proponía ampliar la edad de “quince” a “dieciséis” años, y añadir al final del párrafo primero lo siguiente: “La medida sustitutoria de la pena de prisión anteriormente aludida podrá ser cumplida en la parte que proceda según la evolución del interesado en un centro de régimen abierto”. Igualmente, también se interesaba añadir como medida f) “asistencia a cursos en centros educativos”.

⁴⁹⁸ Proponía sustituir el párrafo “sin que en ningún caso este internamiento pueda exceder del límite máximo señalado en el artículo 135, medida cuarta” por el siguiente: “sin que en ningún caso este internamiento pueda exceder del tiempo de condena privativa de libertad en que consistiera la pena sustituida o, de ser otra la naturaleza de dicha pena, el de dos años”. La justificación de dicha enmienda rezaba así: “al ser relativo eso de conseguir su corrección, no parece prudente permitir que un joven pueda estar hasta diez años privado de libertad en espera de tal corrección. La sustitución del citado límite máximo de diez años por el tiempo de condena o por el de dos, garantiza evitar errores posibles y trágicos para algún joven, máxime si se tiene en cuenta que el tratamiento más eficaz y definitivo, donde se comprueba la real corrección, es el tratamiento en libertad”.

⁴⁹⁹ La enmienda 1711 pedía la sustitución del “límite máximo señalado en el artículo 135, medida 4º por el “límite máximo de tres meses para las faltas, de un año para los delitos menos graves y de tres años para los delitos graves, pudiendo duplicarse estas cifras cuando en el semiadulto se aprecie una habitualidad criminal”. La justificación a esta enmienda se basaba en que “la duración única de diez años es excesiva, ya que lo que no se consigue en el plazo de dos, tres o cuatro años no puede conseguirse prolongando el internamiento pretendidamente rehabilitador (...)”

⁵⁰⁰ La enmienda 108 propuso suprimir el segundo párrafo completo, desde “acordada la cesación del internamiento (...)” con la justificación de que “si se establece un internamiento para y hasta conseguir la corrección, es evidente que terminado este periodo el joven debe volver a la sociedad sin merma alguna de sus derechos (...)”. La 983 interesó suprimir las medidas a) y b). La 1715 pedía que se sustituyera en el párrafo segundo del artículo 148 la expresión “sujeto” por “menor”. La 1712 señaló que “deben establecerse plazos máximos para las medidas complementarias a), b), c),

En cuanto al artículo 149 se presentaron las enmiendas 57 (Grupo parlamentario de Minoría Catalana), 109 y 110 (Grupo parlamentario Andalucista), 153 (Grupo parlamentario de Socialistas de Cataluña), 414 (Grupo parlamentario Socialista), 984 (Grupo parlamentario Comunista), 1348 y 1349 (Grupo parlamentario de Unión de Centro Democrático), 1515 y 1516 (Grupo parlamentario de Coalición Democrática) y 1716 (Grupo parlamentario Vasco)⁵⁰¹.

d) y e). La 1714 pedía que “ debe preverse la facultad de los Tribunales para sustituir directamente la pena impuesta de internamiento en un centro de reforma por todas o algunas de las medidas de seguridad previstas en las letras a), b), c), d) y e) del artículo del Proyecto”. La 1713 interesaba, con relación a la medida prevista en la letra e): “el Juez de Vigilancia está obligado a informar al Tribunal sobre la evolución del tratamiento en los plazos que aquél le señale con una periodicidad que sea como mínimo anual”. La justificación a esta última se fundamentaba en la “necesidad de tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 142”.

⁵⁰¹ Las enmiendas 57, 153 y 414 pidieron la supresión del artículo 149. La primera de ellas fue justificada con las siguientes palabras: “ si consideráramos regresiva la disminución de la edad de responsabilidad criminal a quince años y se mantiene en nuestras enmiendas la actual de dieciséis años, el redactado del referido artículo del Proyecto agrava aún más este carácter regresivo, pues se prescinde de dicha edad de inicio de la responsabilidad para someter al menor discrecionalmente a un régimen de internamiento que por inexistente en la actualidad habría de concretarse, pero que, en todo caso, sería distinto de la Jurisdicción Tutelar de Menores vigente (...)”. La segunda de las enmiendas justificó la petición de suprimir el referido artículo 149 en el hecho de que “ nunca un inimputable, por razones de minoría de edad penal puede ser remitido a la Jurisdicción ordinaria, antes bien si por su personalidad es especialmente difícil deberá ser objeto de una mayor atención por la Jurisdicción Tutelar de Menores (...)”. La justificación de la tercera de las enmiendas, la núm. 414, coincide en su totalidad con la 153. La 109 propuso sustituir la referencia a los quince años por la de dieciocho. La 1348 y 1515 pidieron la sustitución de la expresión “ mayor de quince años” por “ mayor de dieciséis”. Las núms. 110, 1516 y 1716 y 984 interesaron la supresión del último párrafo, desde “ del mismo modo podra actuarse con los menores de quince años”, hasta el final del artículo, si bien la última, la 984, también propuso suprimir la frase “dado el tiempo transcurrido desde la ejecución del hecho realizado antes de cumplirlos”, todo ello bajo la justificación de que “ por un lado las circunstancias del menor englobarían el supuesto cuya supresión se propone. Por otra parte, el inciso final conduciría al menor de quince años al ámbito del Derecho penal, lo que resulta inadecuado y contraproducente”.

Como se puede apreciar, ni el texto del PLOCP de 1980⁵⁰², ni ninguna de las enmiendas formuladas a su articulado repararon en la necesidad de intensificar los medios personales y materiales para poder llevar a cabo una auténtica reforma en materia de Justicia de Menores. Tampoco se atendió, como han señalado sobre este extremo RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ⁵⁰³, a la necesidad de profesionalizar los llamados Tribunales Tutelares de Menores, que deberían comprender también a los jóvenes.

Como ya hemos señalado anteriormente, el PLOCP de 1980 sufrió una paralización parlamentaria, no llegando nunca a discutirse en la Comisión las referidas enmiendas. Así, pues, afortunadamente este Proyecto no alcanzó el objetivo que perseguía, que, en realidad, no era otro que la represión y el control de los menores y jóvenes infractores⁵⁰⁴, valga de ejemplo el artículo 149, merecedor de nuestra más categórico rechazo, por cuanto derogó la minoría de edad penal aún para los que todavía no habían cumplido quince años. Por estas razones, en poco

⁵⁰² En el mismo sentido, ha manifestado CANTARERO, R.: *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación: Derecho penal y procesal de menores*, cit., p. 144, que el Proyecto de 1980 no recogió la reivindicación de un auténtico Derecho penal de jóvenes.

⁵⁰³ Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, J. M/SERRANO GOMEZ, A.: *Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 614.

⁵⁰⁴ Sobre este particular, acertadamente ha señalado ORTS BERENGUER, E.: “Las circunstancias atenuantes en el Proyecto de Código penal de 1980”, cit., p. 252, que si lo que se ha querido combatir con la rebaja en el tope de la minoría de edad penal ha sido la delincuencia de menores, se ha incurrido en un error de perspectiva, pues “la represión penal no es el primero ni el más eficiente medio para dominarla”.

tiempo el PLOCP de 1980 fue superado, tanto por la doctrina como por las autoridades legales, quedando, en palabras de BERISTAIN, “arrinconado”⁵⁰⁵.

En resumen, debemos concluir insistiendo en que la solución al complejo problema de los menores infractores no se halla en adelantar el límite de mayoría de edad penal⁵⁰⁶.

7. LA PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DEL NUEVO CÓDIGO PENAL DE 1983⁵⁰⁷

En enero de 1983, tras la victoria del Partido Socialista Obrero Español (PSOE) en las elecciones generales de octubre de 1982, el Ministro de Justicia Ledesma encargó la redacción de un nuevo Anteproyecto a una comisión formada por los Profesores: Cobo Del Rosal, Gimbernat Ordeig, Luzón Peña, Muñoz Conde,

⁵⁰⁵ Cfr. BERISTAIN IPIÑA, A.: “Sanciones penales a los menores y a los jóvenes en España”, cit., p. 92.

⁵⁰⁶ A juicio de RUIZ VADILLO, E.: *Proyecto de Ley Orgánica de Código penal*, cit., pp. 16 y 17, lo procedente es identificar mayoría de edad civil y penal, y que la peligrosidad de los menores sea combatida de otra forma, pues lo importante no es el límite de edad penal, “sino, por una parte, el tratamiento juvenil a que deben ser sometidos los menores, (seguramente extensible hasta los veintiún años), y la defensa social, que puede y debe producirse por otros derroteros”. Este autor ha propuesto “someter al joven a los Tribunales de Menores con la presencia obligada de psicólogos, médicos etc., aplicarle un tratamiento específico de menores, con ausencia de toda idea de pena, y adoptar complementariamente todas las medidas necesarias para que, en su caso, ese peligro social que la libertad de los mismos supone, no se dé”.

Quintero Olivares y el magistrado del Tribunal Supremo García Miguel. Dicha comisión elaboró el texto sobre la base del PLOCP de 1980, de las enmiendas presentadas en su día a dicho Proyecto por el Grupo Parlamentario Socialista, y de las líneas directrices del programa electoral de la mayoría parlamentaria que sostenía el Grupo Socialista, sin olvidar, no obstante, las enmiendas de los restantes Grupos Parlamentarios y las distintas aportaciones científicas sobre la reforma penal⁵⁰⁸.

Por lo que concierne al tema objeto de nuestro estudio, el precedente legislativo más inmediato de la elevación de la edad penal de los dieciséis a los dieciocho años lo encontramos en la PANCP de 1983⁵⁰⁹, cuyo artículo 22 postulaba:

Están exentos de responsabilidad criminal: 3º. El menor de dieciocho años. Cuando el menor de esta edad ejecute un hecho previsto como infracción penal será entregado a la jurisdicción especial de los Tribunales Tutelares de Menores.

Podemos afirmar categóricamente, independientemente de la valoración global que posteriormente realicemos, que uno de los graves defectos del artículo 22 es no

⁵⁰⁷ Vid. *Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1983.

⁵⁰⁸ *Ibidem*, p. 12.

⁵⁰⁹ En ese sentido, debe significarse que la elevación de la mayoría de edad penal a dieciocho años, equiparándola, pues, a la civil, fue recogido en el Programa electoral del PSOE, correspondiente a las elecciones de 1982.

haber establecido un límite de edad por debajo del cual se declarase la irresponsabilidad absoluta del menor. También se echa en falta la consideración de distintos segmentos de edades; defectos que, posiblemente, pensaban especificarse en la futura Ley penal del menor, dado que las novedades introducidas por la Propuesta se acompañaban, a su vez, de la Disposición Final Segunda, que exigía al Gobierno remitir a las Cortes Generales, en un plazo de seis meses desde la entrada en vigor del nuevo Código penal, un Proyecto de Ley sobre Derecho penal juvenil, lo que constituye el primer intento legislativo de elaborar un Derecho penal para los jóvenes.

En contra de elevar la edad penal a dieciocho años se manifestó CEREZO MIR, señalando, al amparo de razones justificadas, que no debería elevarse por encima de los dieciséis años mientras no existiese un Derecho penal juvenil, por carecer los Tribunales Tutelares de Menores de los medios precisos para enjuiciar y tratar adecuadamente a los jóvenes infractores de dieciséis y diecisiete años⁵¹⁰. Esta opinión ha sido compartida por BACIGALUPO ZAPATER⁵¹¹ y SERRANO GÓMEZ, que ha advertido que “cualquier alteración en la mayoría de edad penal,

⁵¹⁰ Cfr. CEREZO MIR, J.: “Observaciones a la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal”, en *Documentación Jurídica*, monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal de 1983, vol. I, p. 49; Del mismo: *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, cit., pp. 131 y 132.

⁵¹¹ Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, E.: “Notas sobre la Propuesta de Anteproyecto de Código penal”, en *RFDUC*, monográfico núm. 6, 1983, p. 55.

sin que previamente se establezca un sistema legal, procesal y medidas a tomar con el joven, necesariamente llevará a consecuencias negativas”⁵¹².

Para GONZÁLEZ ZORRILLA la fórmula del artículo 22 de la PANCP debería haber sido sustituida por la siguiente redacción:

“Están exentos de responsabilidad criminal los menores de trece años (o de doce o de catorce). Cuando un menor, mayor de dicha edad y menor de dieciocho años, ejecute un hecho previsto como infracción penal será entregado a la jurisdicción de los Juzgados de Menores”.

La propuesta de una nueva redacción para el artículo 22 fue justificada por GONZÁLEZ ZORRILLA⁵¹³, con gran acierto, sobre la base de una adecuación a las nuevas tendencias doctrinales y político-criminales, que reportaba como ventaja el establecer un límite de irresponsabilidad absoluta en concordancia con las modernas enseñanzas de la Psicología del desarrollo infantil y juvenil. Del mismo modo, también denunció la necesidad de que se adecuase la nomenclatura de la jurisdicción juvenil a lo previsto en los artículos 107 y siguientes del Proyecto de Ley Orgánica

⁵¹² Cfr. SERRANO GOMEZ, A.: “La mayoría de edad penal en la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código penal”, cit., p. 611.

⁵¹³ Cfr. GONZALEZ ZORRILLA, C.: “Minoría de edad penal, imputabilidad y responsabilidad”, en *Documentación Jurídica*, monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal de 1983, vol. I, pp. 177 y 178.

del Poder Judicial⁵¹⁴, que establecían la creación y competencias de los denominados Juzgados de Menores, con lo que auguró el fin de la idea de jurisdicción especial, pues, como ha señalado CANTARERO BANDRES, “al estar estos Juzgados insertos en la estructura jurisdiccional del Estado, se respeta el mandato jurisdiccional de pertenencia inequívoca de Jueces y Tribunales al Poder Judicial”⁵¹⁵.

También resulta interesante y premonitoria la propuesta de *lege ferenda* ofrecida por MOVILLA ALVAREZ⁵¹⁶, al advertir que “los entes locales deben ser en el futuro la estructura en que tengan cabida las labores de asistencia y de rehabilitación en todos los campos”, a fin de conseguir una auténtica conexión y evitar, *sensu contrario*, una desvinculación entre los órganos judiciales y los servicios asistenciales de la comunidad.

La PANCP establecía, igualmente, normas especiales para los jóvenes de dieciocho a veintiún años. En este sentido, el artículo 99 disponía⁵¹⁷:

⁵¹⁴ Convertido posteriormente en LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en lo sucesivo, LOPJ).

⁵¹⁵ Cfr. CANTARERO, R.: *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación: Derecho penal y procesal de menores*, cit., p. 301.

⁵¹⁶ Cfr. MOVILLA ALVAREZ, C.: “Notas para una reforma de la Justicia de Menores”, en *Poder Judicial*, núm. 16, septiembre de 1985, p. 42.

Al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno que cometiere un delito podrá el Tribunal razonadamente y previos los informes previstos en el artículo 87.2⁵¹⁸, sustituirle la pena de prisión que le sea impuesta por el internamiento en un centro reeducador para jóvenes delincuentes por un tiempo no superior al de dicha pena, sin que en ningún caso este internamiento pueda exceder de cuatro años. Una vez cumplida la medida, se observará lo dispuesto en el artículo 89⁵¹⁹.

En realidad, esta reforma sólo conllevaba como única novedad importante la elevación del límite de edad penal a dieciocho años, toda vez que la jurisdicción especial de los Tribunales Tutelares de Menores seguía aplicando, ante la ausencia de un Derecho penal juvenil⁵²⁰, la obsoleta Ley de Tribunales Tutelares de Menores

⁵¹⁷ Como ha precisado MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: “Los centros especiales y los establecimientos de jóvenes”, cit., p. 993, al igual que el artículo 148 del PLOCP de 1980, el precepto 99.1 de la PANCP de 1983 tiene su origen en el artículo 65 del Código penal de 1944.

⁵¹⁸ El artículo 87.2 de la PANCP de 1983 disponía que *las medidas de seguridad se aplicarán a las personas que se encuentren en los supuestos del Capítulo siguiente siempre que concurran estas dos circunstancias: 2º. Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos. El pronóstico será emitido por el Juez, previos los informes que estimare convenientes y, en todo caso, uno de carácter criminológico.*

⁵¹⁹ El artículo 89 de la PANCP de 1983 establecía que *en el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el órgano judicial, salvo lo dispuesto en el artículo 100, ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena. Una vez cumplida la medida de seguridad, el órgano judicial podrá suspender el cumplimiento del resto de la pena, si por tiempo transcurrido procediere la aplicación de la libertad condicional. El artículo 100 de la mentada Propuesta señalaba que a los delincuentes habituales el Tribunal les impondrá, además de la pena correspondiente, el internamiento en un centro de terapia social por un tiempo que no podrá exceder de cinco años. Este internamiento podrá ejecutarse antes o después del cumplimiento de la pena.*

de 1948 (en lo sucesivo, LTTM). De ahí que podamos afirmar, siguiendo a BERISTAIN, que las propuestas resultaron acertadas, pero insuficientes⁵²¹.

No obstante la anterior salvedad, es preciso insistir en lo encomiable y plausible de dicha elevación, y ello por varias razones: 1º. Se logra la coincidencia entre la mayoría edad penal y la mayoría edad civil; 2º. Se equipara nuestra legislación a las restantes legislaciones europeas; y 3º. Se consigue una concordancia con las modernas tendencias, en cuanto a la fundamentación de la culpabilidad en los jóvenes⁵²².

8. LA LEY DE REFORMA PARCIAL Y URGENTE DEL CÓDIGO PENAL DE 25 DE JUNIO 1983

Durante la elaboración de la PANCP se tramitó en las Cortes la reforma parcial y urgente del Código penal⁵²³, que fue aprobada por LO 8/1983, de 25 de junio⁵²⁴. Su

⁵²⁰ La falta de un Derecho penal para jóvenes y adolescentes en nuestro Ordenamiento punitivo ha sido lo que ha justificado, en opinión de QUINTERO OLIVARES, G./MUÑOZ CONDE, F.: *La reforma penal de 1983*, cit., p. 85, la permanencia provisional del límite de los dieciséis años, en espera de reformas más ambiciosas.

⁵²¹ Cfr. BERISTAIN IPIÑA, A.: “Interrogantes cardinales para reformar la legislación de los infractores juveniles”, en *Jornadas de estudio de la legislación del menor*, Madrid, 1985, p. 172.

⁵²² Cfr. GONZALEZ ZORRILLA, C.: “Minoría de edad penal, imputabilidad y responsabilidad”, cit., p. 177. También se manifestó a favor de la elevación de la mayoría de edad a dieciocho años ZUGALDIA ESPINAR J. M.: *Fundamentos de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 136.

finalidad era adaptar el Código aún vigente a los principios propios de un Estado social y democrático de Derecho, y a las exigencias de un contexto político-criminal europeo⁵²⁵. Dicha reforma modificó la obsoleta regulación de numerosos delitos, cuya estructura legal había ido perdiendo su razón de ser con el transcurso del tiempo⁵²⁶.

8.1. La suspensión de la declinatoria de competencia por la jurisdicción tutelar de menores

Respecto de la materia objeto de estudio, la citada reforma suprimió la excepcional, y hasta ese momento vigente, puesta a disposición de la Autoridad gubernativa del menor de dieciséis años, introducida por el artículo 8.2 del Código

⁵²³ Sobre la Ley de reforma urgente y parcial del Código penal de 1983, cfr., entre otros, VVAA.: *La reforma del Código penal de 1983*, en *Comentarios a la legislación penal*, t. V, vol. I, dirigidos por COBO Del ROSAL, M., Madrid, 1985; QUINTERO OLIVARES, G./MUÑOZ CONDE, F.: *La reforma penal de 1983*, cit.; SERRANO GOMEZ, A.: *La reforma del Código penal por Ley 8/1983, de 25 de junio*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, curso 1984-1985; CUELLO CONTRERAS, J.: *El Derecho penal español. Curso de iniciación. Parte general*, cit., pp. 254 y ss.; SUAREZ MONTES, R. F.: “Comentario al artículo 5”, en *Comentarios al Código penal*, t. I, dirigidos por COBO Del ROSAL, M., Madrid, 1999, pp. 167-169; COBO Del ROSAL, M./VIVES ANTON, T. S.: “Comentario al artículo 10”, en *Comentarios al Código penal*, t. I, cit., p. 361.

⁵²⁴ BOE de 27 de junio de 1983.

⁵²⁵ Sobre la razón de ser de la reforma, cfr. QUINTERO OLIVARES, G./MUÑOZ CONDE, F.: *La reforma penal de 1983*, cit., pp. 16-18.

⁵²⁶ Cfr. QUINTERO OLIVARES: “La reforma penal en España”, cit., p. 10.

penal de 1944⁵²⁷, cuando por el tiempo transcurrido desde la ejecución del hecho realizado antes de cumplirlos, o por razón de las circunstancias del menor no fuese conveniente la adopción de las medidas que resultasen de aplicación de conformidad con la legislación de menores. Tras la reforma de 1983, el nuevo artículo 8.2 recibió, afortunadamente, nueva redacción:

Están exentos de responsabilidad criminal:

2º. El menor de dieciséis años. Cuando el menor que no haya cumplido esta edad ejecute un hecho penado por la Ley será confiado a los Tribunales Tutelares de Menores.

Tras las numerosas críticas efectuadas a la excepcional entrega del menor a la Autoridad gubernativa, basadas en su inconstitucionalidad y en la ausencia legal de medidas gubernativas de seguridad en esta materia, ya que tampoco se podía aplicar la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, que sólo contenía medidas para mayores de dieciséis años, no era de extrañar que la reforma operada por LO 8/1983, de 25 de junio, hiciese desaparecer la declinatoria de competencia por la jurisdicción tutelar de menores, en base a la vigencia de los principios constitucionales de legalidad, respeto al Juez natural, e interdicción de la Administración civil para aplicar sanciones penales⁵²⁸.

⁵²⁷ *Vid. supra* apartado 3.1 del Cap. I.

Por lo que respecta a la atenuante del artículo 9.2, los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años siguieron sometidos al mismo régimen de responsabilidad atenuada del artículo 65⁵²⁹, introducido en nuestro Ordenamiento jurídico por el Código penal de 1944. Así, pues, a estos sujetos se les podía aplicar la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley al delito cometido, o bien sustituirla por internamiento en institución especial de reforma por tiempo indeterminado hasta conseguir su corrección. Consecuentemente, el citado artículo 65 no fue objeto de reforma por la LO 8/1983.

9. EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE CÓDIGO PENAL DE 1992

En 1990 el Ministro de Justicia del Gobierno socialista, Múgica Herzog, nombró la tercera comisión integrada por: García Valdés (coordinador general), Vives Antón (sustituido posteriormente por Quintero Olivares), Berdugo Gómez De La Torre, García Miguel, Paz Rubio y Mestre Delgado (secretario)⁵³⁰, para que retomara los

⁵²⁸ Cfr. QUINTERO OLIVARES, G./MUÑOZ CONDE, F.: *La reforma penal de 1983*, cit., p. 86.

⁵²⁹ *Vid. infra* apartado 2.2.3 del Cap. III.

⁵³⁰ *Vid. Anteproyecto de Código penal de 1992*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1992, p. 13. Para un estudio de este Anteproyecto, cfr. *Informe sobre el Anteproyecto de Código penal de 1992 del CGPJ*, en *CPC*, núm. 48, Madrid, 1992; VVAA.: *Presupuestos para la reforma penal*, Universidad de La Laguna, 1992; CERESO MIR, J.: *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, cit., pp. 199-220.

trabajos anteriores y elaborara un nuevo Anteproyecto, dándose a conocer en octubre de 1990 un Borrador de Anteproyecto de Código penal, pero sin publicación y sólo de la Parte general, no llegándose a hacer pública la Parte especial⁵³¹.

En 1991 tomó posesión como nuevo Ministro de Justicia De La Cuadra-Salcedo, que encargó a la misma comisión la continuación de los trabajos del Anteproyecto, siendo discutido y aprobado como tal por el Gobierno en febrero de 1992⁵³². Seguidamente, y tras el informe preceptivo del CGPJ y el conocimiento de diversas entidades y juristas, fue presentado al Consejo de Ministros para su aprobación, lo que tuvo lugar el 5 de junio de 1992, remitiéndose al Congreso de los Diputados el 23 de septiembre del mismo mes y año⁵³³.

El PLOCP de 1992 comenzó su tramitación parlamentaria con la correspondiente presentación de enmiendas⁵³⁴, el informe emitido por la Ponencia⁵³⁵ y las

⁵³¹ Cfr. LUZON PEÑA, M. D.: *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 125.

⁵³² *Vid. Anteproyecto de Código penal de 1992*, cit., p. 14.

⁵³³ *Vid. PLOCP de 23 de septiembre 1992*, en *BOCG. Congreso de los Diputados*, IV legislatura, serie A, núm. 102-1. Véase sobre este Proyecto: *Estudio comparativo del Código penal vigente y el Proyecto de Código penal de 1992*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1992.

⁵³⁴ *Vid. enmiendas al PLOCP de 1992 en BOCG. Congreso de los Diputados*, IV legislatura, serie A, núm. 102-7, de 11 de febrero de 1993. La ampliación del plazo de enmiendas puede verse en *BOCG. Congreso de los Diputados*, IV legislatura, serie A, núms. 102-2, 102-3, 102-4, 102-5 y 102-6 de 20 de octubre de 1992, 24 de noviembre de 1992, 15 de diciembre de 1992, 28 de diciembre de 1992 y 20 de enero de 1993, respectivamente.

discusiones en la Comisión de Justicia e Interior⁵³⁶. Finalmente, su tramitación quedó paralizada como consecuencia de la disolución de las Cortes Generales⁵³⁷.

Respecto de la materia objeto de estudio, la eximente de minoría de edad fue regulada en el artículo 19.3, cuyo tenor rezaba:

Están exentos de responsabilidad criminal: el menor de dieciséis años. Cuando el menor de esta edad ejecute un hecho previsto como infracción penal será puesto a disposición de los Juzgados de Menores.

Por su parte, la atenuante de menor edad fue recogida en el artículo 20.3, que establecía:

⁵³⁵ Vid. BOCG. Congreso de los Diputados, IV legislatura, serie A, núm. 102-10, de 7 de abril de 1993.

⁵³⁶ Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, IV legislatura, núms. 634, año 1993, sesión núm. 78, de 16 de marzo de 1993, pp. 19087 y ss.; Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, IV legislatura, núm. 639, año 1993, sesión núm. 79, de 17 de marzo de 1993, pp. 19249 y ss.; Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, IV legislatura, núm. 642, año 1993, sesión núm. 80, de 22 de marzo de 1993, pp. 19359 y ss.; Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, IV legislatura, núm. 644, año 1993, sesión núm. 81, de 23 de marzo de 1993, pp. 19417 y ss.; Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, IV legislatura, núm. 652, año 1993, sesión núm. 82, de 25 de marzo de 1993, pp. 19633 y ss.; Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, IV legislatura, núm. 654, año 1993, sesión núm. 83, de 29 de marzo de 1993, pp. 19687 y ss.; Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, IV legislatura, núm. 661, año 1993, sesión núm. 85, de 31 de marzo de 1993, pp. 19845 y ss.; Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, IV legislatura, núm. 666, año 1993, sesión núm. 86, de 1 de abril de 1993, p. 19987.

⁵³⁷ Vid. BOCG. Congreso de los Diputados, IV legislatura, serie E, núm. 262, de 21 de abril de 1993.

Son circunstancias atenuantes: La de ser el culpable menor de dieciocho años.

Así, pues, el PLOCP de 1992, al igual que el borrador de 1990⁵³⁸, mantuvo el límite de edad penal en dieciséis años⁵³⁹, como venía siendo habitual en la tradición penal española; no obstante, es de interés resaltar que durante su tramitación se generó una unánime voluntad parlamentaria de elevar dicho límite a dieciocho años, lo que fue interesado en las enmiendas núms. 2, 96, 266 y 519 (Grupo parlamentario Mixto), 325 (Grupo Parlamentario Catalán), 553 (Grupo Parlamentario Centro Democrático y Social), 671 y 672 (Grupo Parlamentario de Izquierda Unida) y 872 (Grupo Parlamentario Popular)⁵⁴⁰. Esto determinó, junto con la moción de 10 de

⁵³⁸ Cfr., al respecto, CERESO MIR, J.: “Consideraciones político-criminales sobre el borrador de Anteproyecto de Código penal, Parte general, de octubre de 1990”, en *Presupuestos para la reforma penal*, cit., pp. 25-38. Este mismo artículo también se encuentra recogido en CERESO MIR, J.: *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, cit., pp. 143-166.

⁵³⁹ El límite propuesto, que era el tradicional, fue aceptado por el CGPJ, si bien se advirtió la necesidad de que por debajo del mismo hubiese un adecuado Derecho de menores y, por encima, un oportuno Derecho penal juvenil, con un reflejo, no meramente normativo, en la práctica penitenciaria. Cfr. *Informe sobre el Anteproyecto de Código penal de 1992 del CGPJ*, cit., p. 710.

⁵⁴⁰ A título de ejemplo, la enmienda núm. 2 propuso la sustitución de “el menor de dieciséis años” por “el menor de dieciocho años”, bajo la justificación de que “la minoría de edad penal con el mantenimiento del límite mínimo a los dieciséis años contradice normas internacionales (...)”, en *BOCG. Congreso de los Diputados*, IV legislatura, serie A, núm. 102-7, cit., p. 128. Por su parte, la enmienda núm. 96 interesó elevar la edad penal a dieciocho años bajo el siguiente argumento: “no existe razón alguna convincente para que la minoría de edad, a efectos penales, sea distinta de la que con carácter general establece la Constitución, que fija la mayoría de edad en los dieciocho años”, en *BOCG. Congreso de los Diputados*, IV legislatura, serie A, núm. 102-7, cit., p. 153. Al igual que la anterior, la núm. 266 justificó dicha elevación en la “necesidad de equiparar la mayoría de edad penal con la mayoría de edad definida en la Constitución”, en *BOCG. Congreso de los Diputados*, IV legislatura, serie A, núm. 102-7, cit., p. 196. Una justificación distinta a las anteriores fue la

mayo de 1994⁵⁴¹, que establecía la mayoría de edad penal a dieciocho años, que en la V legislatura el PLOCP de 1994 recogiese esta reforma, novedad que, como veremos en el siguiente Capítulo, se plasmó en el artículo 20, en la actualidad 19.

Por lo que respecta a la atenuante 3º del artículo 20, se presentaron las enmiendas 328 (Grupo parlamentario Catalán), 520 (Grupo parlamentario Mixto), 548 (Grupo parlamentario de Izquierda Unida) y 674 (Grupo parlamentario Popular). A título de ejemplo, las núms 328 y 674 interesaron la elevación de la atenuante de minoría de edad de dieciocho a veinte años sobre la base de ajustarla a la nueva mayoría de edad penal, propuesta en todas las enmiendas por los diferentes Grupos parlamentarios⁵⁴².

Como última cuestión, tan sólo añadir que a diferencia de la PANCP de 1983 que recogía en su artículo 99 medidas para los jóvenes mayores de dieciocho años y menores de veintiuno, el PLOCP de 1992 no establece un Derecho penal juvenil que comprenda consecuencias jurídicas adecuadas para los sujetos mayores de dieciséis

expuesta por la enmienda núm. 519, al interesar la elevación del tope de edad penal en base a la “necesidad de una Ley penal juvenil”, en *BOCG. Congreso de los Diputados*, IV legislatura, serie A, núm. 102-7, cit., p. 259.

⁵⁴¹ *Vid. infra* apartado 10 del presente Cap.

⁵⁴² Las enmiendas 328 y 674 pueden leerse en *BOCG. Congreso de los Diputados*, IV legislatura, serie A, núm. 102-7, cit., pp. 210 y 302.

y menores de dieciocho años, ni, excepcionalmente, para los jóvenes mayores de dieciocho y menores de veintiuno⁵⁴³.

10. EL ACUERDO APROBADO POR EL PLENO DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS EL 10 DE MAYO DE 1994⁵⁴⁴

Como hemos señalado en el apartado anterior de nuestro estudio, aunque el PLOCP de 1992 no elevó la mayoría de edad penal a dieciocho años, sin embargo de las enmiendas presentadas a su articulado se desprende una unánime voluntad parlamentaria de elevar el límite de dieciséis a dieciocho años, lo que quedó reflejado en el acuerdo aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 10 de mayo de 1994, con motivo del debate de la Moción consecuencia de interpelación urgente del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso⁵⁴⁵, sobre medidas para mejorar el marco jurídico vigente de protección del menor, así como criterios a seguir para dotar a las instituciones de instrumentos eficaces y adecuados

⁵⁴³ Cfr., en el mismo sentido, ZUGALDIA ESPINAR, J. M.: *Fundamentos de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 135.

⁵⁴⁴ Vid. *BOCG. Congreso de los Diputados*, V legislatura, serie D, núm. 99, 1994, de 17 de mayo de 1994, p. 17.

⁵⁴⁵ Vid. Mociones consecuencia de interpelaciones urgentes, núm. 173/0000, y enmiendas presentadas a la misma en *BOCG. Congreso de los Diputados*, V legislatura, serie D, núm. 99, cit., pp. 14-17.

para realizar las funciones que tienen encomendadas”. Dada su importancia reproducimos textualmente el contenido de dicho acuerdo:

“El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a:

1º. Establecer la mayoría de edad a los dieciocho años e incorporarlo en el próximo PLOCP, condicionando su entrada en vigor a la aprobación de una Ley penal juvenil.

2º. Remitir una Ley penal del menor y juvenil que contemple la exigencia de responsabilidad para los jóvenes infractores que no hayan alcanzado la mayoría de edad penal, fundamentada en principios orientados hacia la reeducación de los menores de edad infractores, en base a las circunstancias personales, familiares y sociales, y que tenga especialmente en cuenta las competencias de las Comunidades Autónomas en estas materias.

3º. Presentar un Proyecto de Ley sobre los derechos del menor, que contemple de manera global la problemática que afecte a este colectivo, a lo largo de este año 1994.

4º. Intensificar los medios personales y materiales al servicio de los equipos técnicos de apoyo a los Juzgados de Menores.

5°. Intensificar las ayudas necesarias para continuar la política de formación especializada de los Fiscales encargados de asuntos judiciales relacionados con los menores .

6°. Hacer constar su apoyo más firme a la continuación de la política de formación especializada que el Consejo General del Poder Judicial lleva a cabo con los Jueces en el ámbito de las competencias de menores”⁵⁴⁶.

Del contenido de este acuerdo, el PLOCP de 1994 sólo atendió, como veremos en el siguiente apartado, a la elevación del límite de edad penal a dieciocho años, haciendo caso omiso de la advertencia de que esta reforma sólo podía entrar en vigor si previamente se había aprobado una Ley penal juvenil, lo que ha dado lugar, como analizaremos en su lugar oportuno⁵⁴⁷, a la inaplicación transitoria de la elevación de la mayoría de edad penal a dieciocho años por el Código penal de 1995.

11. EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DEL CÓDIGO PENAL DE 1994⁵⁴⁸

⁵⁴⁶ *Vid.* Mociones consecuencia de interpelaciones urgentes, núm. 173/000037, p. 17.

⁵⁴⁷ *Vid. infra* Cap. III.

11.1. Premisa

Cuando en 1994 el PLOCP elaborado por el Gobierno Socialista era presentado al Congreso de los Diputados quedaban atrás tres intentos de elaboración de un Código penal desde la instauración del régimen democrático en nuestro país: el PLOCP de 1980; la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal de 1983; y el PLOCP de 1992. Como hemos señalado en los apartados anteriores del presente Capítulo, ninguno de ellos prosperó y, entretanto, el legislador se encargó de efectuar numerosas reformas parciales en lo que ha sido denominado por muchos “técnica de parcheo”⁵⁴⁹, a fin de adaptar a las exigencias dimanantes de la Constitución y a la cambiante realidad social un Código que, en su mayor parte, provenía del siglo pasado.

Como señala la propia Exposición de Motivos del Código de 1995, “el Código penal ha de tutelar los valores y principios básicos de la convivencia social. Cuando

⁵⁴⁸ El texto del PLOCP de 1994 puede leerse en *BOCG. Congreso de los Diputados*, V legislatura, serie A, núm. 77-1, de 26 de septiembre de 1994. Inicialmente, el Anteproyecto de 1994 fue editado como *Anteproyecto de Código penal de 1994. Informe del Consejo General del Poder Judicial y voto concurrente formulado*, en *CDJ, CGPJ*, núm. 40, Madrid, 1994. Véase en general: *Proyecto de Ley Orgánica del Código penal*, Ministerio de Justicia e Interior, Secretaría General Técnica, Madrid, 1994; *VVAA: Jornadas sobre el Proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1994*, celebradas en la Universidad de La Laguna, Santa Cruz de Tenerife, 1995.

⁵⁴⁹ Cfr. MACIA GOMEZ, R./ROIG ALTOZANO, M.: *Nuevo Código penal de 1995*, Barcelona, 1996, p. 13.

esos valores y principios cambian, debe también cambiar. En nuestro país, pese a las profundas modificaciones de orden social, económico y político, el Texto vigente data, en lo que pudiera considerarse su núcleo básico, del pasado siglo. La necesidad de su reforma no puede, pues, discutirse”. Esto es, en realidad, lo que ha justificado la promulgación del vigente Código penal de 1995.

También recoge la citada Exposición de Motivos que en la elaboración del PLOCP de 1994 se tuvieron muy presentes las discusiones parlamentarias de su predecesor, el de 1992, el Dictamen del CGPJ, el estado de la jurisprudencia y las opiniones de la doctrina científica. Y ello en base a la idea de que “el Código penal ha de ser de todos y por consiguiente, han de escucharse todas las opiniones y optar por las soluciones que parezcan más razonables”. Por ello, resulta de todo punto criticable que para la elaboración del artículo 20 del PLOCP de 1994 no se tuviese en cuenta lo ordenado en el acuerdo adoptado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 10 de mayo de 1994 que, como hemos analizado, exigía al Gobierno la condición de que, previamente a la elevación del límite de edad penal a dieciocho años, estuviese aprobada una “Ley penal juvenil”. Esto dio lugar a la paradójica situación de que esta reforma no entrase en vigor con el Código penal, por no haber sido aprobada simultáneamente la, denominada en el artículo 19, “Ley que regule la responsabilidad penal del menor”, lo que ha obligado a mantener hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en

lo sucesivo, LORRPM) el régimen que para la minoría de edad penal preveía el Código anterior de 1973.

Así, pues, el citado acuerdo, sobre medidas para mejorar el marco jurídico de protección del menor, solo fue tenido en cuenta por el Gobierno del Partido Socialista a la hora de introducir en el PLOCP de 1994 la elevación del límite de edad penal a dieciocho años.

Por último, conviene precisar que en nuestro estudio sobre la tramitación parlamentaria del PLOCP de 1994 hemos pretendido ser acríicos y descriptivos, aunque de vez en cuando se realice alguna observación inevitable, y ello en orden a reservar las críticas para el último apartado del Capítulo tercero.

11.2. La tramitación parlamentaria de la minoría de edad penal⁵⁵⁰

El PLOCP de 1994, presentado por el Gobierno Socialista a las Cortes Generales, establecía en su artículo 20, actualmente 19:

⁵⁵⁰ Para un estudio del procedimiento parlamentario del PLOCP de 1994, cfr. VVAA.: *Especial monográfico del Código penal. Comentarios y notas. Crónica parlamentaria*, Madrid, 1996. La tramitación parlamentaria de la minoría de edad penal puede verse, en síntesis, en GISBERT

Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la Ley penal juvenil y del menor.

Así, pues, podemos afirmar que el artículo 20 del PLOCP de 1994 constituye una importante novedad legislativa en nuestro Derecho al declarar, por primera vez, que el menor de edad está exento de responsabilidad criminal conforme al Código penal de adultos, pero, en cambio, puede ser objeto de una eventual responsabilidad según lo dispuesto en *la Ley penal juvenil y del menor*.

Por lo que respecta a la tramitación parlamentaria, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 97 del Reglamento del Congreso de los Diputados se publicaron en el Boletín Oficial de las Cortes Generales las enmiendas presentadas por los distintos Grupos Parlamentarios al PLOCP⁵⁵¹. En cuanto al artículo 20⁵⁵², el Grupo

JORDA, T.: “Incidencias del nuevo Código penal en la legislación de menores”, en *Menores privados de libertad*, CDJ, XV, CGPJ, 1996, pp. 123-147

⁵⁵¹ Vid. enmiendas en *BOCG. Congreso de los Diputados*, V legislatura, serie A, núm. 77-6, de 6 de marzo de 1995. La ampliación del plazo de enmiendas puede verse en *BOCG. Congreso de los Diputados*, V legislatura, serie A, núms. 77-2, 77-3, 77-4 y 77-5, de 11 de octubre de 1994, 15 de diciembre de 1994, 31 de enero de 1995 y 21 de febrero de 1995, respectivamente.

⁵⁵² En suma, las enmiendas presentadas al artículo 20 fueron: la enmienda número 4 del Grupo Parlamentario Vasco y del Grupo Mixto; la número 240 del Grupo Parlamentario Popular; la 899 del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria; y la número 1087 del Grupo Parlamentario Catalán. Vid. índice de enmiendas al articulado del PLOCP de 1994, en *BOCG. Congreso de los Diputados*, V legislatura, serie A, núm. 77-7, de 5 de abril de 1995.

Parlamentario Vasco y el Grupo Mixto (EuE) presentaron la enmienda 4, en la que interesaban sustituir la expresión “menores de dieciocho” por “menores de dieciséis años”. Como justificación, alegaron que “los actuales Juzgados de Menores no cuentan con medios materiales ni personales suficientes para hacer frente a los infractores comprendidos entre dieciséis y dieciocho años, y malamente son capaces de dar respuesta a la delincuencia de los menores de dieciséis años”.

El Grupo Parlamentario Popular presentó la enmienda núm. 240 de modificación del artículo 20 del PLOCP, interesando su sustitución por el siguiente texto: “El menor de dieciocho años no será responsable criminalmente con arreglo a este Código. Cuando el menor de esta edad ejecute un hecho previsto en la Ley como infracción penal será puesto a disposición de los Tribunales de Menores”. Esta nueva redacción fue justificada sobre la base de “mejorar la redacción y ajustar a la realidad actual su contenido por lo que respecta a la Ley penal juvenil, que ni siquiera aún es Proyecto de Ley”.

Por el Grupo Federal de Izquierda Unida se presentó a la generalidad del PLOCP la enmienda de modificación núm. 651, al objeto de sustituir la denominación “Ley penal juvenil y del menor”, por “Ley de menores y jóvenes infractores y en conflicto social”, en base a que “no es adecuado hablar de “Ley penal y del menor”. Las conductas tipificadas, cuando se realizan por inimputables, no pueden calificarse de delitos, ni deben ser sancionados con penas”.

También presentó el Grupo Federal de Izquierda Unida tres enmiendas de adición a la Disposiciones Transitoria Primera, Segunda y Tercera, correspondientes a los núms. 874, 875 y 876⁵⁵³, respectivamente. La justificación a dichas enmiendas se basó en una “necesaria previsión transitoria”.

Por lo que respecta al Grupo Parlamentario de Coalición Canaria, resulta de interés la enmienda núm. 899, que propugnaba una refundición de los artículos 20 y 21, al objeto de que la minoría de edad penal se regulase en el mismo precepto que el resto de circunstancias eximentes. Esta enmienda fue justificada sobre la base de conseguir una mejora técnica.

El Grupo Parlamentario Catalán presentó la enmienda 1087 al artículo 20 en la que se proponía añadir un segundo párrafo con la siguiente redacción: “Cuando un menor de entre doce y dieciocho años cometa un hecho delictivo (resto igual)”. Para justificar dicho texto aducieron que “no todos los menores pueden ser responsables conforme a la Ley penal juvenil y del menor, ya que los menores de doce años están siempre exentos de cualquier tipo de responsabilidad”.

Seguidamente, tras publicar el índice de enmiendas al articulado del PLOCP, se procedió, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 97 del Reglamento de la

Cámara, a la publicación en el Boletín Oficial de las Cortes Generales del informe emitido por la Ponencia⁵⁵⁴.

Una vez estudiadas las enmiendas presentadas, la Ponencia adoptó, en cuanto al artículo 20, el siguiente acuerdo: “Se mantiene el texto del PLOCP”.

Respecto de las Disposiciones Transitorias, la Ponencia alegó que “no se aceptan enmiendas” y, en cuanto a la Disposición Derogatoria⁵⁵⁵, añadió lo siguiente: “(...) 9.3, la regla 1º del artículo 20 en lo relativo al artículo 8.2, 65 (...)”, dando como resultado la redacción definitiva del Código de 1995.

Por último, la Ponencia incorporó a las Disposiciones Finales tres enmiendas “in voce”,⁵⁵⁶ propuestas por el Grupo Socialista, sin mencionar la enmienda núm. 129, presentada por el Grupo Parlamentario Vasco y el Grupo Mixto (EuE) a la Disposición Final Sexta, para ampliar a seis meses el plazo de entrada en vigor del Código. Consecuentemente, tras el informe de la Ponencia, el texto de la

⁵⁵³ *Vid. infra* apartado 11.2.3 de este Cap.

⁵⁵⁴ *Vid.* informe de la Ponencia en *BOCG. Congreso de los Diputados*, V legislatura, serie A, núm. 77-8, de 22 de mayo de 1995.

⁵⁵⁵ La letra a) del apartado primero de la Disposición Derogatoria Unica del PLOCP de 1994 establecía que *quedan derogados: 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, 65, (...)*.

⁵⁵⁶ Nos abstenemos de comentar estas enmiendas por ser ajenas al tema objeto de investigación.

Disposición Final Sexta no sufrió ningún cambio, siendo todavía tres meses el plazo de entrada en vigor del Código.

El siguiente paso en la tramitación fue, también de conformidad con el artículo 97 del Reglamento del Congreso de los Diputados, la publicación en el Boletín Oficial de las Cortes Generales del Dictamen emitido por la Comisión de Justicia e Interior⁵⁵⁷. Con dicho Dictamen se introdujo en el texto de la Disposición Adicional Tercera del PLOCP, que pasó a ser la nueva Disposición Transitoria Duodécima del Código de 1995, la siguiente frase: “Hasta la aprobación de la Ley penal juvenil y del menor, en los procedimientos (resto igual)”. Como puede observarse, el texto coincide con el actual, salvo en la denominación de la Ley del menor. Asimismo, en la Disposición Final Sexta se sustituyó el plazo de *vacatio legis*, establecido inicialmente por el PLOCP en tres meses, por seis meses.

A continuación se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el acuerdo de la Mesa de la Cámara⁵⁵⁸, adoptado en su reunión del día 20 de junio de 1995, y, posteriormente, se publicaron, conforme preceptúa el artículo 97 del Reglamento de la Cámara, las modificaciones del Dictamen sobre el PLOCP, acordadas por la

⁵⁵⁷ *Vid.* Dictamen de la Comisión y escritos de mantenimiento de enmiendas para su defensa ante el Pleno en *BOCG. Congreso de los Diputados*, V legislatura, serie A, núm. 77-9, de 26 de junio de 1995.

⁵⁵⁸ *Vid.* Acuerdo de la Mesa de la Cámara en *BOCG. Congreso de los Diputados*, V legislatura, serie A, núm. 77-10, de 26 de junio de 1995.

Comisión de Justicia e Interior en la sesión celebrada el 21 de junio de 1995, en ejecución del acuerdo de la Mesa del Congreso de los Diputados⁵⁵⁹, así como la corrección de errores del Dictamen de la Comisión⁵⁶⁰.

En la sesión del día 5 de julio de 1995, el Pleno del Congreso de los Diputados aprobó, de conformidad con el artículo 81 de nuestra Constitución española, el PLOCP⁵⁶¹. En materia de minoría de edad penal, se mantuvo la misma redacción en el artículo 20 y en la Disposición Transitoria Duodécima, que, como ya hemos indicado, sustituyó, conforme al Dictamen de la Comisión, a la Disposición Adicional Tercera. La Disposición Derogatoria Única también conservó el mismo texto, con la adición introducida por la Ponencia. Por último, en la Disposición Final Quinta se consignó que el Código penal entraría en vigor a los seis meses de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado.

En uso de las facultades que le confiere el artículo 90.2 de la Constitución española, el Senado deliberó sobre el PLOCP de 1994⁵⁶², siendo aprobado por el

⁵⁵⁹ *Vid.* modificaciones en ejecución del acuerdo de la Mesa de la Cámara en *BOCG. Congreso de los Diputados*, V legislatura, serie A, núm. 77-11, de 27 de junio de 1995.

⁵⁶⁰ *Vid.* Dictamen de la Comisión. Corrección de errores en *BOCG. Congreso de los Diputados*, V legislatura, serie A, núm. 77-12, de 12 de julio de 1995.

⁵⁶¹ *Vid.* aprobación por el Pleno del PLOCP de 1994 en *BOCG. Congreso de los Diputados*, V legislatura, serie A, núm. 77-13, de 19 de julio de 1995.

⁵⁶² *Vid.* PLOCP de 1994. Texto remitido por el Congreso de los Diputados, en *BOCG, Senado*, V legislatura, serie II: Proyectos de Ley, núm. 87 (a), de 20 de julio de 1995. De conformidad con el

Pleno del Senado el Dictamen de la Comisión de Justicia⁵⁶³ en la sesión del día 26 de octubre de 1995⁵⁶⁴. Entre las modificaciones de estilo introducidas por el Senado destaca, respecto del tema objeto de estudio, la sustitución en el artículo 20 de la referencia a la “Ley penal juvenil y del menor”, por la de *Ley de responsabilidad penal del menor*; modificación que afecta a este precepto y a aquellos otros del PLOCP en que se haga mención a dicha legislación, como la Disposición Transitoria Duodécima y la Disposición Final Séptima, anteriormente Quinta, en la que también se sustituye la referencia al artículo 20, que pasa a ser el 19. En la Disposición Derogatoria, entre otras cosas, se suprime la rúbrica “Única”, manteniéndose, con la misma redacción, el régimen transitorio de la minoría de edad.

De conformidad con lo establecido en los artículos 81 y 90 de la Constitución española, en su sesión del día 8 de noviembre de 1995, el Pleno del Congreso de los

artículo 107.1 del Reglamento del Senado, quedó ampliado el plazo de presentación de enmiendas, *vid. BOCG. Senado*, V legislatura, serie II: Proyectos de Ley, núm. 87 (b), de 8 de septiembre de 1995. *Vid.* enmiendas del Senado en *BOCG. Senado*, V legislatura, serie II: Proyectos de Ley, núm. 87 (c), de 21 de septiembre de 1995. El índice de enmiendas al PLOCP de 1994 puede leerse en *BOCG. Senado*, V legislatura, serie II: Proyectos de Ley, núm. 87 (d), de 21 de septiembre de 1995. Las enmiendas aprobadas por el Senado y el correspondiente mensaje motivado fueron remitidos al Congreso de los Diputados a los efectos previstos en el artículo 90.2 de nuestra Constitución. *Vid. BOCG. Congreso de los Diputados*, V legislatura, serie A, núm. 77-14, de 13 de noviembre de 1995. Asimismo, el informe de la Ponencia, designada en el seno de la Comisión de Justicia del Senado para estudiar el PLOCP, aparece recogido en *BOCG. Senado*, V legislatura, serie II: Proyectos de Ley, núm. 87 (e), de 9 de octubre de 1995, y la corrección de errores del mismo en *BOCG. Senado*, V legislatura, serie II: Proyectos de Ley, núm. 87 (f), de 9 de octubre de 1995.

⁵⁶³ *Vid.* Dictamen de la Comisión de Justicia del Senado en *BOCG. Senado*, V legislatura, serie II: Proyectos de Ley, núm. 87 (g), de 23 de octubre de 1995.

Diputados aprobó, tras un intenso debate parlamentario que duró un año y medio, el PLOCP⁵⁶⁵, con el voto favorable de todos los Grupos Parlamentarios, a excepción de la abstención del Grupo Popular. En lo relativo al tema objeto de investigación, el artículo 19, la Disposición Transitoria Duodécima, la Disposición Final Séptima y la Disposición Derogatoria recogieron las últimas modificaciones introducidas por el Senado, dando lugar a la redacción definitiva.

11.2.1. El artículo 20 (actualmente 19). Discusiones parlamentarias acerca la naturaleza jurídica de la Ley aplicable a los menores infractores

Los debates parlamentarios sobre el artículo 20 del PLOCP de 1994⁵⁶⁶ resultaron muy dilatados y minuciosos, siendo acaso la exigente menos compartida en su configuración, que no en su razón de ser, por cuanto todos los Grupos Parlamentarios estuvieron de acuerdo en elevar la edad penal a dieciocho años, a excepción, como ya hemos señalado, del Grupo Parlamentario Vasco y el Grupo

⁵⁶⁴ Vid. texto aprobado por el Senado en *BOCG. Senado*, V legislatura, serie II: Proyectos de Ley, núm. 87 (h), de 8 de noviembre de 1995.

⁵⁶⁵ Vid. aprobación definitiva por el Congreso en *BOCG. Congreso de los Diputados*, V legislatura, serie A, núm. 77-15, de 15 de noviembre de 1995. La corrección de errores de la aprobación definitiva por el Congreso aparece recogido en *BOCG. Congreso de los Diputados*, V legislatura, serie A, núm. 77-16, de 21 de noviembre de 1995, y el índice de las publicaciones en *BOCG. Congreso de los Diputados*, V legislatura, serie A, núm. 77-17, de 31 de enero de 1996.

⁵⁶⁶ Vid. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisiones, V legislatura, núm. 494, año 1995, sesión núm. 58, de 16 de mayo de 1995, pp. 14998 y ss.

Mixto (EuE), que sugirieron mantener el límite de edad penal en dieciséis años, ante la insuficiencia de medios materiales y personales de los Juzgados.

También se discutió la naturaleza jurídica de la Ley prevista en el artículo 20 para los menores infractores. Así, ante el calificativo “penal”, atribuido por el Grupo Parlamentario Socialista, los Grupos del Partido Popular y de Izquierda Unida interesaron una denominación que no incluyese este apelativo. Sobre este particular, la Diputada Barrios Curbelo, por el Grupo Parlamentario Popular, defendió la enmienda 240 de modificación del artículo 20 del Proyecto, proponiendo, tras una larga intervención en la que manifestó su conformidad con la elevación de la edad penal a dieciocho años, una enmienda “in voce”, a fin de “cambiar el título de esta Ley que se recoge en el artículo 20 y que se denomina Ley penal juvenil y del menor por la Ley de Justicia juvenil”. En este sentido, nos sorprende que lo que en principio era una crítica al Gobierno Socialista haya sido adoptado por el propio Gobierno del Partido Popular en la VI legislatura 1996-2000, ya que, como daremos noticia más adelante⁵⁶⁷, el título de los Anteproyectos de 30 de enero y 1 de julio de 1997, denominados, respectivamente, *Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia juvenil*, y *Anteproyecto de Ley Orgánica reguladora de la Justicia de Menores*, fueron sustituidos finalmente por el de *Proyecto de Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, actualmente convertido en Ley (LORRPM).

⁵⁶⁷ *Vid. infra* apartado 2 del Cap. VI.

El portavoz del Grupo Federal de Izquierda Unida, López Garrido, tras reconocer el avance que representa el artículo 20, propuso su complementación con una legislación específica, a fin de desarrollar toda una forma de tratamiento de las infracciones cometidas por jóvenes, en especial en aquella edad en la que existe un importante porcentaje de actividades delictivas o cuasi delictivas, de los dieciséis a veintiún años. Secundado la misma línea que la defendida por el Grupo Parlamentario Popular, también manifestó, refiriéndose a la futura Ley del menor: “nos resistimos a llamarla Ley penal del menor, ya que si se pone la edad penal en dieciocho años, está claro que no podrá hablarse de una Ley penal del menor, sino de una Ley de jóvenes infractores. Esta es la terminología que queremos que se emplee, y así lo hemos señalado en nuestra enmienda 651, quizás con poca fortuna por cuanto la definición de la Ley probablemente es muy prolija. Podría aceptarse la que propone el Grupo Popular: “Ley de justicia juvenil”.

El Diputado Camp i Batalla, portavoz del Grupo Parlamentario Catalán, después de manifestar que el artículo 20 constituía un logro importante, propuso, con acertado criterio, para la franja de edad de los dieciocho a los veintiún años medidas alternativas a la privación de libertad, manifestando textualmente: “entre ellas, ya lo veremos, tenemos planteamientos que hacen referencia a medidas distintas, como informes técnicos de observación presentenciales; la mediación, conciliación y reparación de la víctima; el servicio en beneficio de la comunidad; la participación

en programas culturales, ocupacionales y educativos; la libertad provisional vigilada con seguimiento educativo; el tratamiento ambulatorio en centros de terapéutica, en casos de drogodependientes o con desequilibrios psíquicos, es decir, toda una serie de medidas que han de contemplar a los infractores que se encuentren en estas franjas de edad”. Posteriormente se refirió a su enmienda 1087, en la que interesó incluir, como ya hemos señalado en el apartado anterior del presente Capítulo, un párrafo segundo en el artículo 20 con el siguiente texto: “cuando un menor de entre doce y dieciocho años cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo que regule la Ley penal del menor”.

Finalmente, el Grupo Parlamentario Catalán retiró la enmienda 1087, justificándolo con las siguientes palabras: “analizada esta enmienda que presentamos, entendemos el razonamiento relativo a que habríamos de dejar para la discusión en el Proyecto de Ley penal juvenil y del menor la fijación de la edad en que empezará a regir la misma (...). Por consiguiente, lo correcto es fijar en el Código penal el momento en que se empieza a tener una responsabilidad criminal plena y no lo que afectaría a otra norma, como es la Ley penal juvenil y del menor”.

Los demás Grupos Parlamentarios intervinieron poniendo de relieve la necesidad de complementar la elevación de la edad penal a los dieciocho años con una Ley penal del menor. En este sentido, López Garrido, en representación del Grupo Federal de Izquierda Unida, anunció que su Grupo “va a votar favorablemente la

enmienda “in voce” presentada por el Grupo Popular para hacer que la mención a la “Ley penal juvenil del menor” sea a la “Ley de Justicia juvenil”, con lo cual se evitaría la expresión “penal”. Nos parece mucho más adecuada al sentido del propio artículo, al avance que supone el pasar la edad penal de dieciséis a dieciocho años”.

En turno de réplica, el Diputado Barrero López contestó a la propuesta del Grupo Popular, formulada en su enmienda 240⁵⁶⁸, manifestando, con acierto, que “(...) la problemática que plantearía esta enmienda del Grupo Parlamentario Popular, de aceptarla ya en Comisión, es que dejaría en manos de los Tribunales de Menores, sin Ley que aplicar, todas las conductas socialmente reprochables que puedan tener los jóvenes menores de dieciocho años, (...) supondría en el fondo que los Tribunales de Menores tendrían que aplicar una Ley inexistente, toda vez, insisto, que no hace referencia a la Ley penal del menor sino a la puesta a disposición, para estos supuestos, de los jóvenes a los Tribunales de Menores”.

Seguidamente, en turno de réplica la Diputada Barrios justificó, en primer lugar, la expresión “infracción penal”, interesada en su enmienda 240, en sustitución de “hecho delictivo”, sobre la base de dar “el valor indiciario de la tipicidad para iniciar

⁵⁶⁸ Recordemos que la enmienda núm. 240 del Grupo Parlamentario Popular interesó la modificación del artículo 20 del PLOCP de 1994, proponiendo su sustitución por el siguiente texto: “El menor de dieciocho años no será responsable criminalmente con arreglo a este Código. Cuando el menor de esta edad ejecute un hecho previsto en la Ley como infracción penal será puesto a disposición de los Tribunales de Menores”. *Vid.* enmiendas al PLOCP de 1994 en *BOCG. Congreso de los Diputados*, V legislatura, serie A, núm. 77-6, cit.

el procedimiento ante la Ley de Jurisdicción de Menores”. En segundo lugar, fundó su propuesta de poner a los menores de dieciocho años, que cometiesen una infracción penal, a disposición de los Tribunales de Menores en el hecho de que la recientemente derogada LO 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores (en lo sucesivo, LORCPJM)⁵⁶⁹, no impide, en virtud de lo previsto en su artículo 1, su aplicación a los menores de dieciocho años. La representante del Grupo Parlamentario Popular terminó su intervención con las siguientes palabras: “O sea, que de vacío, nada; lo único que nosotros defendemos es que ahora, efectivamente, en tal caso, mientras se aprueba la Ley penal juvenil en vez de aplicarse para los menores de doce años hasta los dieciséis, se aplique, tal como regula el Código penal, para los menores de doce años hasta los dieciocho años”.

En respuesta a los requerimientos planteados por los anteriores Grupos Parlamentarios, en orden a complementar la elevación de la edad penal a dieciocho años con una Ley penal del menor, el representante del Grupo Parlamentario Socialista respondió: “lo que queríamos poner de manifiesto era que no existe vacío legal apelando ya en el artículo 20 a que vendrá al Congreso una Ley penal del menor, llámese como se quiera, que amparará a la sociedad y sancionará las agresiones de los menores que tengan reproche penal (...), a efectos de consejo para

⁵⁶⁹ *Vid. infra* apartado 5 del Cap. V.

que la enmienda de la señora Barrios sea realmente magnífica, como ella misma la llama, cambiaría al menos lo de Tribunales Tutelares de Menores por la más correcta denominación, consecuencia de la Ley a la que ella apeló, de Juzgados de Menores, que es como hoy mismo se llama”.

Seguidamente, tras el debate sobre el artículo 22 y las votaciones de las enmiendas al Capítulo I, correspondientes a los artículos 10 al 19, se procedió a la votación de las enmiendas planteadas al artículo 20. Efectuada la votación a la enmienda “in voce” núm. 4 del Grupo Parlamentario Popular, dio el siguiente resultado: votos a favor, 13; en contra, 20; abstenciones, 1, quedando, por consiguiente, rechazada. Respecto de la enmienda 651 del Grupo Federal de Izquierda Unida que, se votó a la vez con las enmiendas 655 y 656, se obtuvo el siguiente resultado: votos a favor, 2; en contra, 30; abstenciones, 1. La enmienda 899, planteada por el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria, dio como resultado: votos a favor, 1; en contra, 30; abstenciones, 3, siendo, por tanto, rechazada como las anteriores. A continuación se votó el informe de la Ponencia en sus artículos 20 y 21, y denominación del Capítulo II, dando lugar al siguiente resultado: votos a favor, 20; abstenciones, 14, quedando consecuentemente aprobado.

11.2.2. Especial referencia a la suspensión de la entrada en vigor del artículo 20

Tras una lectura detenida de los Diarios de Sesiones del Congreso de los Diputados y del Senado, se puede afirmar que la voluntad del legislador era que el actual precepto 19 entrase en vigor simultáneamente con el resto del articulado y con “la Ley que regule la responsabilidad penal del menor”. Así lo refleja, entre otras muchas, la intervención del Diputado Barrero López que, en representación del Grupo Parlamentario Socialista, manifestó lo siguiente:

“(…) Estamos a la espera, no habría que insistir mucho en este tema, sobre el cual se ha dado ya bastante noticia, de que el Consejo General del Poder Judicial eleve al Gobierno el informe correspondiente dando curso al Proyecto de Ley penal del menor, y hay que esperar que este Proyecto entre en la Cámara en este periodo legislativo o al principio del siguiente, que su tramitación, en paralelo con la del Código penal, pueda ser objeto de aprobación definitiva a la vez que este Código, evitando el vacío que pudieran suponer las sanciones de tipo punitivo de los menores de dieciocho años (...)”⁵⁷⁰.

En efecto, al hilo de los debates parlamentarios sobre el PLOCP de 1994 el Gobierno presentó en 1995 un Anteproyecto de Ley Orgánica penal juvenil y del menor (en lo sucesivo, ALOPJM); sin embargo nunca llegó a ser discutido en el Congreso. Así, pues, como quiera que a medida que fue transcurriendo el tiempo se

⁵⁷⁰ Vid. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisiones, V legislatura, núm. 494, cit., p. 15005.

fue tomando conciencia de que la tramitación en paralelo de aquella Ley con el Código penal iba a quedar en una mera declaración formal, los Grupos Parlamentarios propusieron diversas soluciones, a fin de evitar que el artículo 19 quedase en suspenso.

Respecto de las soluciones aportadas cabe destacar la enmienda de adición núm. 574, presentada por el Grupo Popular a la entonces Disposición Transitoria Decimotercera, que proponía añadir la siguiente redacción:

“El Gobierno se compromete a elaborar en el plazo de un año una Ley penal juvenil con todas sus implicaciones orgánicas, procesales y sustantivas, que contemple las conductas y sanciones a los infractores comprendidos entre los catorce y los veintiún años. Del mismo modo, el Gobierno se compromete, en el plazo antes dicho, a arbitrar las medidas oportunas que garanticen el cumplimiento de las mismas, arbitrando para ello los recursos y medios necesarios”.

Igualmente, resulta de interés la enmienda núm. 129 presentada por el Grupo Parlamentario Vasco y el Grupo Mixto (EuE) a la entonces Disposición Final Sexta, en la actualidad Séptima, proponiendo sustituir la *vacatio legis* prevista inicialmente en “tres meses” por “seis meses”. Y ello, entre otras cuestiones, con la finalidad de

“dar tiempo para la preparación de la Ley penal juvenil que se anuncia en el nuevo Código”⁵⁷¹.

Finalmente, el párrafo primero de la actual Disposición Final Séptima estableció que el Código penal entraría en vigor a los seis meses de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado.

11.2.3. Especial referencia a los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años

Una vez que se tomó conciencia sobre la imposibilidad de que la Ley penal juvenil y del menor entrase en vigor simultáneamente con el Código penal, lo que ocasionó la suspensión de la entrada en vigor de la elevación de la edad penal, algunos Grupos Parlamentarios interesaron soluciones, a fin de evitar que a los menores de dieciocho años y mayores de dieciséis se les siguiese aplicando, hasta la entrada en vigor de la “Ley que regule la responsabilidad penal del menor”, las normas previstas en el Código penal de adultos, aunque la pena fuese atenuada.

⁵⁷¹ Vid. enmiendas en *BOCG. Congreso de los Diputados*, V legislatura, serie A, núm. 77-6, cit., p. 136.

Así, en la sesión del día 13 de junio de 1995⁵⁷², en la que se retomó el debate en la Comisión de Justicia e Interior, tras la intervención del Diputado Bueso Zaera del Grupo Parlamentario Popular, que propuso “una Ley especial” que fijase “las edades de catorce a veintiún años”, el Grupo Federal de Izquierda Unida presentó las enmiendas 874, 875 y 876 de adición a las Disposiciones transitorias primera, segunda y tercera, que hacían referencia a los menores de edad entre dieciséis y dieciocho años.

La enmienda 874 proponía: “en el caso de delitos o faltas cometidos por las personas a las que se refiere el artículo 20 del Código, es decir, las personas que están entre dieciséis y dieciocho años, se juzgarán conforme a las normas determinadas en la LORCPJM. Nosotros decimos que en el caso de los delitos o faltas cometidos por quienes están entre dieciséis y dieciocho años, pero aún no han sido juzgados, deben serlo con arreglo a las normas y medidas previstas en la LORCPJM, que se refiere precisamente a la competencia y procedimiento de los Juzgados de Menores, hasta tanto se regulen todos estos aspectos en la Ley a que se refiere precisamente el artículo 20 del PLOCP”.

La enmienda 875 hacía referencia a “ (...) las personas entre dieciséis y dieciocho años que hubieran sufrido una pena superior a la de prisión menor con arreglo al Código vigente y que estuviera pendiente de cumplimiento. En este caso también

⁵⁷² Vid. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisiones, V legislatura, núm. 522, sesión núm. 69, de 13 de junio de 1995.

creemos que la aplicación de esa sanción debe remitirse a lo dispuesto en la LORCPJM (...)

La última enmienda, la núm. 876, mencionaba: “aquellos casos en que antes era mayor de edad penal y ahora es menor de edad penal y ya esté cumpliendo la condena. En este caso, en nuestra enmienda se dice que se debe dar traslado al Ministerio Fiscal de la ejecutoria y liquidación provisional de la pena impuesta al menor quien podrá instar al Juez de Menores la imposición de una de las medidas previstas en la LORCPJM, hasta tanto no tenga efecto la que esperamos sea rápida tramitación de la llamada en el Código Ley penal del menor, que nosotros preferiríamos se desprendiese del término “penal”. En nuestra enmienda también se prevé que la duración de la medida instada por el Fiscal no podrá superar en ningún caso el periodo de tiempo que reste de cumplir de la pena impuesta conforme al anterior Código (...). Estas tres enmiendas a las disposiciones transitorias primera, segunda, y tercera nos parece que son necesarias para cubrir este periodo de tiempo que puede abrirse entre la aprobación de este nuevo Código y la aprobación de la Ley del menor, en cuanto a los aspectos de infracción y sanción correspondiente para que la mayoría de edad penal que pasa de dieciséis a dieciocho años tenga toda su virtualidad desde el primer momento”.

A continuación contestó al Grupo Parlamentario de Izquierda Unida la Diputada Del Campo Casasus, en representación del Grupo Parlamentario Socialista, alegando al respecto:

“Me refiero ahora a las enmiendas del Grupo de Izquierda Unida, las núms. 874, 875 y 876, que tienen una unidad lógica: pretenden que las conductas de los infractores menores, de los infractores que tengan entre dieciséis y dieciocho años, hasta que entre en vigor la Ley penal juvenil sean contempladas, lo mismo en la fase de enjuiciamiento que en la de cumplimiento de medidas, por la LORCPJM. Efectivamente, es una postura defendible, señor López Garrido, pero a nosotros nos parece más defendible la que adopta el PLOCP, que contempla una solución distinta: dejar momentáneamente vigentes en la Disposición Derogatoria el artículo 8.2 y el artículo 9.3 del Código penal, es decir, la atenuación para el menor de dieciocho años, y el artículo 65, que contempla la reducción de la pena para el infractor entre dieciséis y dieciocho años. Por tanto, se deja momentáneamente a los Tribunales ordinarios el enjuiciamiento de los hechos delictivos que cometan estas personas, sin perjuicio de que cuando en un futuro próximo (nosotros creemos que ese futuro es tan próximo que va a ser bastante anterior a la entrada en vigor de este Código penal) entre en vigor la Ley penal juvenil se les apliquen sus disposiciones, que, sin duda, resultarán más favorables.

¿Por qué se ha adoptado esta solución? Porque tampoco parece adecuado aplicar a los jóvenes entre dieciséis y dieciocho años las disposiciones y medidas contempladas en una Ley que está prevista para niños menores de dieciséis, que pueden resultar inadecuadas e insuficientes para determinados delitos cometidos por mayores de esta edad, aunque si están previstas medidas como que el Juez requiera a los Equipos Técnicos de los Juzgados de Menores informe sobre la situación educativa, familiar y entorno social del menor, que precisamente acabamos de manifestar en una enmienda que debía considerarse como disposición transitoria y no adicional.

Reitero, por tanto, que la solución que da el PLOCP nos parece adecuada; de todas formas, dudo mucho que cualquiera de las dos soluciones llegue a entrar en vigor porque lo más posible, en un 99 por 100 de probabilidades, es que esta disposición, cualquiera que sea su contenido, desaparezca al final del trámite de este Proyecto de Ley, porque la Ley penal juvenil, lógicamente más corta y más sencilla, llevará una tramitación suficientemente rápida para no hacerlas necesarias”.

Acto seguido, el Diputado López Garrido, en representación del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida, respondió al Grupo Parlamentario Socialista con las siguientes palabras gráficas:

“Voy a referirme, por último, a los argumentos expuestos por la Sra. Del Campo en el sentido de no aprobar por parte del Grupo Socialista las enmiendas a las Disposiciones transitorias propuestas por nuestro Grupo y que antes defendí. No entiendo las argumentaciones de la señora Del Campo, porque lo que el Grupo Socialista está haciendo al rechazar estas enmiendas es seguir considerando, hasta que se apruebe en su momento la Ley del menor (que ya veremos si se aprueba o no, tenemos que partir de la situación actual, y es que no existe); hasta ese momento se sigue considerando a los situados entre dieciséis y dieciocho años como mayores de edad penal. Sencillamente, eso es. Se dejan vigentes los artículos 8.2, 9.3 y 65 del Código penal, que, además tienen cierta correspondencia con otros artículos de este PLOCP, pero, en definitiva, estamos ante un problema de concepto; es decir, si los menores de dieciocho y mayores de dieciséis años son o no mayores de edad penal. Este PLOCP opta por considerarlos menores de edad penal; por tanto, no tiene sentido que se les siga tratando como mayores de edad penal, aún cuando se dejen vigentes atenuantes o reducciones de pena. Es una cuestión de concepto, no son mayores de edad penal en el momento que se apruebe este PLOCP, y será una incongruencia, y seguramente recaerá hasta en inconstitucionalidad, que se les juzgue y se les trate como mayores de edad penal. Es una cuestión de concepto de fondo; o son mayores o son menores, y si son menores de edad penal hay que aplicarles las normas más cercanas a su situación y las más cercanas a su situación son, sin duda, las que se refieren a los Juzgados de Menores, LORCPJM, mucho más cercana que el Código penal.

Por eso, a nuestro juicio, no es aceptable el argumento de que la LORCPJM está prevista para menores de dieciséis años y, en consecuencia, a la hora de optar se escoge lo peor; es decir, se escoge el Código penal, y a los mayores de dieciséis pero menores de dieciocho años se les considera como mayores de edad penal. Después de la aprobación de este PLOCP una persona de diecisiete años a efectos de infracciones y de regulación de infracciones estará más cerca de una de catorce o de quince años que de una de más de dieciocho. Este es el concepto que se adopta a partir de este PLOCP, se considera que de dieciocho años para abajo hay, diríamos, un mundo parecido de situaciones, se fija el listón en dieciocho, y de dieciocho para arriba estamos en otro mundo distinto, el mundo de los responsables penalmente.

No nos parece lógico que a la hora de aplicarse a las personas de dieciséis o diecisiete años se considere mucho más lejana la LORCPJM que el Código penal. Por esta razón, entendemos que habría que especificar una transitoriedad que, además, es absolutamente lógica, porque se ha cambiado la mayoría de edad penal y hay que prever los casos transitorios, pero hay que preverlos acercando esa situación a la de los menores, y si la Ley del menor va a entrar en vigor antes de que se apruebe este Código, no tiene usted ningún problema, porque, como va a entrar en vigor antes de que se apruebe este Código, ya se aplicará la Ley del menor”.

A continuación intervino el Diputado Olarte Cullen, por el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria, alegando:

“Si bien coincidimos con los reparos terminológicos y técnicos que ha expresado el señor representante de Izquierda Unida al oponerse a la Ley penal juvenil en la denominación que viene, y también coincidimos en que este plazo de un año parece excesivo en cuanto a que el Gobierno se comprometa a elaborar este PLOCP (...), no obstante, no tendremos el menor inconveniente en apoyarla, al igual que las enmiendas de Izquierda Unida. La 876 contiene una serie de preceptos procesales, incluso se habla de ejecutoria, de liquidación pero, evidentemente, se encuentra dentro de una Disposición transitoria del Código penal, y nos parece necesario hacer esta previsión para que, posteriormente, con el oportuno desarrollo, este conjunto de propuestas normativas de Izquierda Unida se contengan en la Ley correspondiente.

También coincidimos con Izquierda Unida en esta especie incoherencia con lo que se establece en el Código penal a propósito de lo que es la menor edad penal y, por tanto, quedan en una especie de limbo, cuando se tenía que cortar con esa situación. Los menores de edad comprendidos entre dieciséis y dieciocho años, a los efectos de este Código, se les sigue considerando mayores de edad cuando no debería ser así. Esto va contra la filosofía en virtud de la cual en su día se hizo la rectificación correspondiente a la edad con el respaldo, entre otros, del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria, constituye una incongruencia con el criterio general que se viene

manteniendo y la razón de ser de la situación de minoría de edad penal precisamente en los catorce años. También coincidimos con el señor portavoz de Izquierda Unida, con el señor López Garrido, en orden a que en otro caso pueden suscitarse y existir pruebas graves de inconstitucionalidad”.

El Diputado Del Campo, portavoz del Grupo Socialista, contestó al Grupo Izquierda Unida manifestando:

“Señor López Garrido, usted ha hecho una intervención más de fondo y yo quiero concretar un poco algo de lo que planteé en mi primera intervención. Desde luego, este Código a los menores de dieciocho años los considera menores de edad penal. Lo que yo he planteado es, sencillamente, que la LORCPJM es totalmente inadecuada para tratar las conductas delictivas comprendidas en el tramo de edad de dieciséis a dieciocho años. Esta no es una idea particular del Gobierno ni del Grupo Socialista, señor López Garrido, los países de nuestro entorno que tienen una legislación penal juvenil de tipo específico, como Alemania y Austria, dividen claramente estos tramos de edad y contemplan respuestas muy diferentes a las conductas de los menores que están en cada uno de los dos tramos. Estamos de acuerdo en que se requieren nuevas normas, en concreto esta Ley penal juvenil: por tanto, no escogemos aquí lo peor, no escogemos mantener a estos menores en el Código penal, sino que escogemos lo que es mejor para ellos y para la sociedad: la nueva Ley penal juvenil. Estamos hablando únicamente de la posibilidad de un

plazo transitorio de mínima duración, además eventual, y creemos que no tiene sentido cambiar unas normas, que efectivamente podrán no ser ya adecuadas, por otras, que tampoco lo son”.

Seguidamente, se procedió a la votación de las enmiendas 874, 875 y 876, planteadas por el Grupo de Izquierda Unida. Efectuada la votación dio el siguiente resultado: votos a favor, 12; en contra, 17, quedando, por tanto rechazadas.

En la sesión del Pleno y Diputación Permanente del Congreso de los Diputados, celebrada el día 5 de julio de 1995⁵⁷³, Pillado Montero, en representación del Grupo Popular, mantuvo su enmienda 574 con los mismos fundamentos que los reseñados anteriormente, reiterando a este respecto:

“A la hora de concluir en el Congreso de los Diputados los debates del Código penal surgen unas preguntas de cara al momento en que el mismo entre en vigor (...) una de ellas es (...) qué se va a hacer con los hechos delictivos cometidos por personas menores de edad, y más teniendo en cuenta que, a partir del mismo, la mayoría de edad penal comienza a los dieciocho años equiparándose así a la mayoría de edad en general.”

A esta pregunta el Grupo Parlamentario Popular daba respuesta en su enmienda 574. Asimismo, Pillado Montero insistió en que la aprobación de la Ley penal juvenil fuese condición *sine qua nom* para la vigencia del nuevo Código.

Efectuada la votación a la enmienda 574, conjuntamente con la núm. 567, dio el siguiente resultado: votos emitidos, 306; a favor, 119; en contra, 170; abstenciones, 17. Por consiguiente, la enmienda 574 fue rechazada.

En los mismos debates celebrados en Pleno del Congreso el 5 de julio de 1995, López Garrido, por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida, se refirió, de nuevo, a la necesidad de que entrasen en vigor simultáneamente el Código penal y la Ley penal juvenil. En esta sesión se introdujo por el Grupo Parlamentario Socialista el párrafo segundo de la actual Disposición Final Séptima, manifestando el Diputado Barrero López:

“ (...) propongo que nos acepte una sencilla enmienda técnica, señor López Garrido, según la cual la Disposición Final Sexta, que habla de la entrada en vigor del PLOCP en el término de seis meses, que además ha sido objeto de consenso de todos los Grupos Parlamentarios en la Comisión, tuviera un apartado segundo que dijera: No obstante lo anterior, queda exceptuada la entrada en vigor de su artículo

⁵⁷³ Vid. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno y Diputación Permanente, V legislatura, núm. 162, sesión plenaria núm. 160 (extraordinaria), de 5 de julio de 1995, pp. 8666 y ss.

20 hasta tanto adquiriera vigencia la Ley penal juvenil y del menor a que se refiere dicho precepto”.

Tras los debates parlamentarios se procedió a la votación de la citada enmienda técnica propuesta por el Grupo Socialista a la Disposición Final Sexta, dando como resultado: votos emitidos, 305; a favor, 292; en contra, 13, quedando, pues, aprobada.

Respecto de la tramitación en el Senado del PLOCP, resulta de interés destacar que el Gobierno socialista, ante los requerimientos de los demás Grupos Parlamentarios, seguía insistiendo en la posibilidad de aprobar la Ley penal juvenil antes que el Código penal. Así aparece reflejado en la sesión del día 11 de octubre de 1995⁵⁷⁴, celebrada en la Comisión de Justicia e Interior, en la que intervino el Diputado Cañellas Fons, portavoz del Grupo Popular, manifestando:

“(...) El Gobierno se comprometa a elaborar en el plazo de un año una Ley penal juvenil que resuelva los problemas, las implicaciones orgánicas, procesales y sustantivas que pueden derivarse de las conductas incorrectas de los menores de veintiún años, porque abarcamos hasta los veintiún años (...)”.

⁵⁷⁴ Vid. *Diario de Sesiones del Senado*, Comisión de Justicia, V legislatura, Comisiones, núm. 227, de 11 de octubre de 1995.

En respuesta a la anterior intervención, el Diputado Galán Pérez, en representación del Grupo Parlamentario Socialista, alegó:

“(…) en lo que al plazo se refiere, se va a cumplir inmediatamente, puesto que la Ley está pendiente tan sólo de algún informe, que no es el del Consejo, puesto que ése está ya emitido y además es bastante favorable, o de algún otro requisito. Por tanto, dentro de muy breve plazo se remitirá al Congreso de los Diputados sin perjuicio de cual sea después su posibilidad de llegar a finalizar el trámite parlamentario (...) no vamos a aceptar esta enmienda, sin perjuicio de que estemos de acuerdo con la filosofía, con la exigencia de esa urgencia para una Ley que regule la responsabilidad penal de los menores y que pueda quedar aprobada para entrar en vigor al mismo tiempo que el Código penal”.

En cuanto a la sesión celebrada en el Pleno del Senado el 25 de octubre de 1995⁵⁷⁵, se vuelve a reiterar el grave error que supone el no haber tramitado simultáneamente el nuevo Código penal y la Ley penal juvenil. En este sentido, cabe mencionar la intervención del Diputado Prada Presa, del Grupo Parlamentario Popular, en la que señaló textualmente:

⁵⁷⁵ Vid. *Diario de Sesiones del Senado*, Pleno, V legislatura, núm. 93, de 25 de octubre de 1995.

“Es imperdonable que las prisas de última hora, después de trece años de Gobierno socialista, hayan impedido que, en paralelo a este Código penal, no se esté tramitando una Ley penal juvenil. Al establecerse la edad penal en dieciocho años en este nuevo Código penal, en lo que estamos todos de acuerdo, insisto en ello (...) debería haberse tramitado a la vez la referida Ley penal juvenil. En cualquier caso, y éste es el sentido de nuestra enmienda, en tanto no se apruebe la nueva Ley, los menores de dieciocho años que delincan, los que ejecuten un hecho previsto en la Ley como infracción penal, deben ser puestos a disposición de los Tribunales de Menores. Nos parece muy satisfactorio que la edad penal se equipare a la edad civil. No obstante, quiero dejar constancia expresa, insisto una vez más, del grave incumplimiento por parte del Gobierno, que tenía y tiene la obligación de haber aprobado la Ley penal juvenil con anterioridad o a la vez que éste Código penal”.

Como quiera que ya era evidente que la Ley penal juvenil no entraría en vigor simultáneamente con el Código penal, el Diputado Galán Pérez, del Grupo Socialista, se retractó manifestando:

“(...) por lo que respecta a las eximentes, varias son las novedades que merecen ser destacadas: la elevación de la edad penal a los dieciocho años, cumpliendo el compromiso de todas las fuerzas políticas acordado en el Congreso, que realmente había sido una iniciativa de distintos Grupos desde hace ya tiempo, siendo indudable que es oportuno y conveniente abordar inmediatamente después de

la entrada en vigor del Código la regulación de la responsabilidad penal de los menores (...).”

En la sesión del Pleno celebrado el 26 de octubre de 1995⁵⁷⁶, que constituye el fin de los debates parlamentarios, el Diputado Galán Pérez, del Grupo Parlamentario Socialista, haciendo referencia a las enmiendas presentadas por los Grupos de Izquierda Unida y Grupo Popular, relativas a la previsión transitoria respecto de los menores de dieciocho años y mayores de dieciséis, expuso las razones por las que rechazaba la aplicación de la LORCPJM para estos supuestos, alegando al respecto:

“ (...) tenemos que decir que la opción que defiende esa enmienda, con la que coincide algún otro Grupo, de ampliación del ámbito de los Tribunales Tutelares de Menores, regulados en la LORCPJM, no nos parece excesivamente acertada por varias razones. La primera, porque esta Ley está pensada para jóvenes menores de dieciséis años con sanciones muy leves, no se olvide que el máximo de internamiento posible son dos años, y que sencillamente intentan atajar lo que era una onda creciente de inicial delincuencia juvenil. En segundo lugar, porque la planta de esos Tribunales de Menores es absolutamente insuficiente para absorber de pronto, a partir de un día determinado, el día de entrada en vigor del Código, las causas contra los jóvenes de dieciséis a dieciocho años. Y en tercer lugar porque me

⁵⁷⁶ Vid. *Diario de Sesiones del Senado*, Pleno, V legislatura, núm. 94, de 26 de octubre de 1995.

parece que nuestros centros de internamiento de menores no están en absoluto adecuados para que puedan convivir en ellos niños de doce, trece y catorce años con jóvenes de diecisiete años, alguno de ellos con amplio historial delictivo. La respuesta que ha de darse a estos jóvenes debe ser penal, especial y particularmente reeducadora, pero penal, y no en el caso de los menores. No es posible hablar en relación con ellos de inimputabilidad, sino de tratamiento absolutamente distinto en cuanto a la regulación de su responsabilidad penal”.

Finalmente, la falta de voluntad legislativa en la elaboración de la Ley penal juvenil y del menor, y la disolución anticipada de las Cámaras motivó que se dejase en suspenso la elevación de la edad penal a dieciocho años⁵⁷⁷; laguna que el legislador subsanó con el mantenimiento del régimen de la minoría de edad del Código que quedaba derogado⁵⁷⁸.

⁵⁷⁷ *Vid. infra* apartado 1.1. del Cap. III.

⁵⁷⁸ *Vid. infra* apartado 2 del Cap. III.

CAPITULO TERCERO

**LA INAPLICACIÓN TRANSITORIA DE LA ELEVACIÓN DE LA MAYORÍA
DE EDAD A LOS DIECIOCHO AÑOS POR EL CÓDIGO PENAL DE 1995**

1. EL CÓDIGO PENAL DE 1995⁵⁷⁹

El PLOCP, convertido un año más tarde en Código penal, ha sido elaborado a partir de los diferentes Proyectos de reforma, iniciados, como hemos señalado anteriormente, con la instauración del régimen democrático en nuestro país; de ahí que podamos afirmar que el criterio básico inspirador del Código de 1995 haya sido el intento de adaptación positiva a los nuevos valores constitucionales.

La estructura del nuevo Código penal cambia ya formalmente respecto del anterior Código de 1944 y de los precedentes Códigos penales históricos, por varias razones: en primer lugar, porque a los tres Libros tradicionales en nuestros Códigos penales les precede un Título Preliminar sobre las garantías penales y la Ley penal: en segundo lugar, porque en el Libro I, junto a las reglas sobre el delito, los delincuentes, las penas y la responsabilidad civil por el delito, se añaden las medidas de seguridad, reguladas en el propio Código y no en una Ley especial, y las consecuencias accesorias; y, por último, porque en el Libro II la ordenación de los delitos empieza por los delitos contra las personas y el patrimonio, siguiendo con los delitos contra la sociedad y el Estado, y finaliza con un Título de delitos contra la

⁵⁷⁹ Vid. BOE, núm. 281, de 24 de noviembre de 1995, de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el Código penal, en vigor desde el 24 de mayo de 1996 (corrección de errores en BOE núm. 54, de 2 de marzo de 1996). Sobre el Código penal de 1995, cfr., entre otros, *Estudio comparativo de la Ley 10/1995, de 23 de noviembre, del nuevo Código penal y el derogado texto refundido del Código penal de 1973*, edición preparada y concordada por VALLDECABRES

comunidad internacional, deslindándose de los delitos contra la seguridad exterior del Estado⁵⁸⁰.

En cuanto a las numerosas reformas introducidas por el Código penal en vigor, por su importancia debemos destacar algunas, aunque sea de modo sucinto y sin ánimo de exhaustividad: 1. Reforma total del actual sistema de penas, de una parte, simplificando la regulación de las penas privativas de libertad y ampliando, a su vez, las posibilidades de sustituirlas por otras que afecten a bienes jurídicos menos básicos. De otra parte, introduciendo cambios en las penas pecuniarias, adoptando el sistema de días-multa y los trabajos en beneficio de la comunidad; 2. Regulación de nuevas formas de delincuencia. Merece destacarse la introducción de los delitos contra el orden socioeconómico o la nueva regulación de los delitos relativos a la ordenación del territorio y de los recursos naturales; 3. Desaparición de las obsoletas figuras de robo con violencia e intimidación en las personas, surgidas en el ámbito de la lucha contra el bandolerismo; 4. Especial importancia de la tutela de los Derechos fundamentales, introduciendo una nueva regulación de los delitos contra el honor; 5. Eliminación del régimen privilegiado del que han gozado hasta la actualidad las injerencias ilegítimas de los funcionarios públicos en el ámbito de los derechos y libertades de los funcionarios; 6. Nueva regulación de los delitos contra

ORTIZ, I., Ministerio de Justicia e Interior, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1996; VVAA: *Código penal*, Pamplona, 1999.

⁵⁸⁰ Cfr. LUZON PEÑA, M. D.: *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 127.

la libertad sexual; 7. Elevación, por primera vez en nuestro Derecho, de la edad penal a dieciocho años.

1.1. La excepción de la entrada en vigor del artículo 19 por el párrafo segundo de la Disposición Final Séptima

El tenor del artículo 19 del Código penal de 1995, que encabeza el Capítulo segundo, del Título Primero del Libro Primero, donde se recogen las causas que eximen de la responsabilidad criminal, dispone:

Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código.

Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la Ley que regule la responsabilidad penal del menor.

Ya se cuestionaban BERNALDO De QUIROS y NAVARRO De PALENCIA⁵⁸¹ en 1911 la pregunta de si convendría retrasar más el límite de la minoría de edad en el foro penal. Los autores que mejor interpretaron el sentido moderno de la

penalidad respondieron afirmativamente. Sin embargo, han tenido que transcurrir más de sesenta años para que en nuestro Derecho se eleve la edad penal de los dieciséis años, límite establecido desde el Código penal de 1928, a los dieciocho, manteniendo el Código penal de 1995 el criterio cronológico o biológico puro.

Ahora bien, esta novedad legislativa no entró en vigor con el resto del articulado, toda vez que, como ya hemos analizado en el Capítulo anterior, en el momento de la aprobación del Código penal de 1995, la Ley a la que hace referencia el artículo 19 se hallaba en fase de Anteproyecto, no llegando a ser discutida en el Congreso de los Diputados. Esta es la razón por la que la Disposición Final Séptima del Código de 1995, pese a establecer en su párrafo primero que *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*, tuvo que dejar en suspenso⁵⁸², en su párrafo segundo, el artículo 19, señalando que *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*. En este sentido, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha

⁵⁸¹ Cfr. BERNALDO De QUIROS,C/NAVARRO De PALENCIA, A.: *Teoría del Código penal. Parte general*, cit., p. 402.

⁵⁸² Una interpretación discrepante e interesante, y desde nuestro punto de vista acertada, es la sostenida por GISBERT JORDA, T.: “La entrada en vigor de la elevación de la mayoría de edad penal. Una nueva interpretación”, en *La Ley*, 2, 1996, p. 1519, para quien sí pudo entrar en vigor el artículo 19, pues la LORCPJM no establece los límites de su competencia entre los doce y los dieciséis años de edad, sino entre los doce años y la edad fijada en el Código penal a efectos de responsabilidad criminal. Por tanto, sí podría haber resultado de aplicación para los menores de dieciocho años que cometiesen una infracción penal.

declarado en Sentencia de 14 de julio de 1998⁵⁸³, que “(...) la minoría penal a los dieciocho años ya no es “de lege ferenda” sino Ley promulgada, pero de aplicación suspendida”.

Dado que incomprensiblemente dicha Ley no ha entrado en vigor simultáneamente con el Código penal de 1995, la letra a) del apartado primero de la Disposición Derogatoria de este último Cuerpo legal ha mantenido hasta la entrada en vigor de la LORRPM, el pasado 13 de enero del año 2001, la totalidad del régimen jurídico de la minoría de edad penal del Código derogado de 1973⁵⁸⁴. A este régimen transitorio hay que añadir la Disposición Transitoria Duodécima del Código penal de 1995, que es lo único que el legislador ha adelantado de la reforma en esta materia⁵⁸⁵.

Indiscutiblemente, la elevación de la edad penal a dieciocho años constituye un acierto, pues, al menos desde un punto de vista teórico, con dicha reforma se produce un ajuste del Código de 1995 con los valores constitucionales, superándose, así, la antinomia existente entre el artículo 12⁵⁸⁶ y la Disposición Adicional Segunda, ambos de la Constitución española, y el, hasta hace poco vigente, artículo

⁵⁸³ (RA 5824).

⁵⁸⁴ *Vid. infra* apartado 2 del presente Cap.

⁵⁸⁵ *Vid. infra* apartado 2.3 de este Cap.

⁵⁸⁶ La Constitución española ha fijado en su artículo 12 la mayoría de edad en los dieciocho años, conforme había establecido previamente el artículo 1º del Real Decreto 33/1978, de 16 de

8.2 del antiguo Código penal de 1973, que fijaba la exención de la responsabilidad criminal en dieciséis años⁵⁸⁷. Además, el tope de dieciocho años coincide con el propuesto prácticamente por la totalidad de la doctrina⁵⁸⁸ y con el establecido, desde hace tiempo, en la mayoría de los Ordenamientos jurídicos extranjeros⁵⁸⁹.

No obstante lo anterior, hay que llamar la atención sobre un dato de suma importancia: el hecho de que se haya elevado la edad penal de dieciséis a dieciocho años no significa que por debajo de dicho límite exista impunidad conforme a la

noviembre. Cfr. *Constitución y Tribunal Constitucional*, edición preparada por LINDE PANIAGUA, E., 16º ed., Madrid, 2000, p. 30.

⁵⁸⁷ Vid. *infra* apartado 2.2.1 de este Cap.

⁵⁸⁸ Cfr. MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte general*, 5º ed., Barcelona, 1998, p. 609; MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ, J. M.: “La imputabilidad”, en *La Ley*, núm. 3957, de 22 de enero de 1996, p. 1610; BUSTOS RAMIREZ, J.: “Imputabilidad y edad penal”, en *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona, Libro-Homenaje al Profesor BERISTAIN, A*, San Sebastián, 1989, p. 479; SILVA SANCHEZ, J. M.: “El régimen de la minoría de edad penal (artículo 19)”, cit., p. 181; GONZALEZ ZORRILLA, C.: “Minoría de edad penal, imputabilidad y responsabilidad”, cit., p. 177; GOMEZ BENITEZ, J. M.: *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1984, p. 483; VENTAS SASTRE, R.: “Comentario al artículo 19”, en *Comentarios al Código penal*, t. II, dirigidos por COBO DEL ROSAL, M., Madrid, 1999, p. 82; SANCHEZ GARCIA, M. I.: “Minoría de edad y Derecho penal juvenil. Aspectos político criminales”, en *Eguzkilore*, núm. 12, San Sebastián, Diciembre 1998, p. 68. De la misma: “La nueva Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor”, en *AP*, núm. 33, semana del 11 al 17 de septiembre de 2000, p. 704; VENTURA FACI, R.: “La Justicia ante la violencia juvenil”, en *Violencia juvenil desde una perspectiva multidisciplinar*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1998, p. 83; GARCIA ANDRADE, J. A.: “Política criminal y edad penal”, en *Política criminal y reforma penal, Libro-Homenaje al Profesor Del ROSAL, J.*, Madrid, 1993, pp. 516 y 517.

⁵⁸⁹ Ya señaló en 1964 MIDDENDORF, W.: *Criminología de la juventud*, traducido al castellano, con prólogo y notas, por RODRIGUEZ DEVESA, J. M., Barcelona, 1964, p. 27, que la mayoría de los Estados del mundo señalan como límite de edad superior los dieciocho años. Cfr., igualmente, HERRERO HERRERO, C.: “La legislación del menor: Aspectos criminológicos”, en *La nueva Ley de responsabilidad penal del menor. (Aspectos técnico-jurídicos)*, documento mecanografiado, presentado en el curso celebrado en la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, año académico 1999-2000, p. 36.

totalidad del Ordenamiento jurídico, sino, sólo, respecto del Código penal, toda vez que según dispone el párrafo segundo del artículo 19, el menor *podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la Ley que regule la responsabilidad penal del menor*. De ahí que podamos afirmar que el legislador del Código de 1995 no ha renunciado al Derecho penal, sino, tan sólo, al Derecho penal común o de adultos, en cuanto a sus consecuencias jurídicas⁵⁹⁰.

En resumen, aunque con el Código penal de 1995 se produce formalmente una equiparación entre la mayoría de edad penal y la mayoría de edad civil⁵⁹¹ y política, eliminándose una situación claramente discriminatoria hasta entonces⁵⁹², así como una concordancia con lo previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño, en cuyo artículo 1º define a éste como *todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la Ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*⁵⁹³, conviene insistir en que esta reforma introducida por el Código

⁵⁹⁰ Véase la misma conclusión en CRUZ BLANCA, M. J.: *El menor como sujeto activo del delito*, Tesis inédita, Granada, 1999, p. 401.

⁵⁹¹ El artículo 315 del CC establece que *los españoles son mayores de edad a los dieciocho años*.

⁵⁹² Sobre la necesidad de esta equiparación, cfr. QUINTERO OLIVARES, G.: *Introducción al Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 207 y ss.

⁵⁹³ Cfr. *Normas sobre Justicia de Menores*, ed. preparada por VILABOY LOIS, L., Madrid, 1996, p. 131. También resulta de interés referirnos a la Resolución del Parlamento Europeo A3-0172/92, de 8 de julio, sobre una Carta Europea de Derechos del Niño, en cuyo artículo 8.1 define a éste como *todo ser humano hasta la edad de dieciocho años, salvo que éste, en virtud de la legislación nacional que le sea aplicable, haya alcanzado con anterioridad la mayoría de edad. A efectos penales se considerará la edad de dieciocho años como mínima para serle exigida la responsabilidad correspondiente*. Cfr. PUERTES MARTI, A./SALAZAR ARJONA, J. L./SIERRA PALMERO M. L.: *Juzgados de Menores: legislación, jurisprudencia y formularios*, Valencia, 1998, p. 102.

penal de 1995 es, sólo, a efectos de la aplicación de sus propias normas, porque bajo otro régimen, como es el de la LORRPM, el menor de dieciocho años y mayor de catorce va a seguir respondiendo penalmente, aunque sea con sanciones distintas a la de los adultos.

Por todo ello, no podemos afirmar, sin reservas, que el Código penal de 1995 haya elevado la mayoría de edad penal a dieciocho años⁵⁹⁴. Esto nos lleva a cuestionarnos si efectivamente se ha producido una auténtica equiparación con la mayoría de edad civil o política. Además, hay que tener en cuenta, siguiendo a BUENO ARUS, que esta coincidencia no es significativa, dada la distinta naturaleza de la mayor edad civil y la imputabilidad penal⁵⁹⁵, opinión que es secundada por SERRANO GÓMEZ, al señalar que la mayoría de edad penal no se puede elevar en base a criterios simples, como puede ser el mantener que también la mayoría de edad civil se establece a los dieciocho años, pues el contenido y alcance de ambas situaciones es muy distinto⁵⁹⁶.

⁵⁹⁴ Véase la misma conclusión en RODRIGUEZ MOURULLO, G.: “Comentario al artículo 19”, en *Comentarios al Código penal*, dirigidos por RODRIGUEZ MOURULLO, G., y coordinados por JORGE BARREIRO, A., Madrid, 1997, p. 85.

⁵⁹⁵ Así lo ha manifestado BUENO ARUS, F.: “Las normas penales constitucionales”, en *RGLJ*, t. LXXIX, julio 1979, p. 39, al referirse al tope de edad de la, todavía vigente, atenuante tercera del artículo 9 del Código de 1973, que coincide con la mayoría de edad en dieciocho años del artículo 12 de la Constitución.

⁵⁹⁶ Cfr. SERRANO GOMEZ, A.: “La mayoría de edad penal en la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código penal”, cit., p. 610.

Como colofón, podemos concluir que la determinación de la mayoría de edad penal, así como los criterios empleados⁵⁹⁷, ha constituido, como hemos podido apreciar en el decurso de la evolución histórico-positiva, una cuestión muy discutida en la doctrina científica⁵⁹⁸, llegando a adolecer, a veces, de artificiosidad; pero más importante que la elevación de la edad penal a dieciocho años es el procedimiento y posterior tratamiento que se emplee para con el menor. En realidad, nos hallamos, más que ante un problema de elevación del límite de edad penal, ante un problema del tratamiento específico que ha de recibir el menor y el joven infractor⁵⁹⁹, lo que

⁵⁹⁷ Tres han sido las fórmulas o criterios tradicionales que ha distinguido la doctrina, y que han utilizado los Códigos penales para fijar la mayoría de edad penal: el psicológico; el biológico o cronológico; y el mixto. El primero de ellos atiende a la capacidad de discernimiento en el momento de cometer el hecho delictivo. El segundo consiste en establecer un límite de años que determina automáticamente la inimputabilidad del menor, y el tercero combina ambos criterios, de tal suerte que no es suficiente con la condición de tener un determinado número de años, sino que también se exige para la exclusión de la responsabilidad criminal, que el menor carezca de la capacidad necesaria para comprender la ilicitud del hecho delictivo y para comportarse conforme a esa comprensión”. *Vid. supra* apartado 8 del Cap. I, donde se realiza un estudio del criterio del discernimiento como fundamento de la imputabilidad en la Escuela clásica del Derecho penal, y apartado 2.2.1.1. de este Cap., destinado al análisis del criterio cronológico como fundamento de la eximente segunda del artículo 8 del Código penal de 1973. Un interesante y exhaustivo estudio sobre los criterios de determinación de la capacidad de culpabilidad en relación al dato de la edad puede verse también en CRUZ BLANCA, M. J.: *El menor como sujeto activo del delito*, cit., pp. 187-208. Cfr., igualmente, GARCIA GARCIA, J.: *El delincuente toxicómano: análisis criminológico, jurídico-penal y penitenciario*, Tesis inédita, Madrid, 1997, pp. 242 y ss., donde realiza una crítica a la tradicional terminología empleada por la doctrina penal: método psicológico, biológico y mixto, centrando su estudio en la denominación siguiente: método psicopatológico, psicológico o normativo y mixto.

⁵⁹⁸ Una síntesis de las diferentes posiciones doctrinales que en la última época ha planteado la fijación del límite de mayoría de edad penal, en MARTIN CRUZ, A.: “Minoría de edad penal”, en *CPC*, núm. 63, 1997, pp. 706-709.

⁵⁹⁹ En este sentido, ha manifestado RODRIGUEZ DEVESA, J. M/SERRANO GOMEZ, A.: *Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 615, que lo relevante no es fijar el límite de edad penal, sino coadyuvar para que exista un funcionamiento de la Jurisdicción de Menores eficaz y un sistema adecuado. En la misma línea, cfr. QUINTERO OLIVARES, G.: *Introducción al Derecho penal. Parte general*, cit., p. 205; MUÑOZ CONDE, F./GARCIA ARAN, M.: *Derecho penal. Parte general*, 3º ed., Valencia, 1998, p. 407; QUINTERO OLIVARES, G.: *Curso de Derecho*

requiere un previo y profundo estudio del tema, sopesando los problemas tanto de carácter penitenciario, como criminológico y sociopolítico.

1.2. Hacia un modelo de responsabilidad en el tratamiento de los menores infractores

Desde el Código penal de 1928⁶⁰⁰ la minoría de edad ha sido considerada por la doctrina como una presunción, *iuris et de iure*, de que los sujetos menores de dieciséis años eran inimputables conforme a la totalidad del Ordenamiento jurídico⁶⁰¹. Sin embargo, el Código penal de 1995 ha roto esta tradición histórica, pues mientras las causas recogidas en el artículo 20 eximen de la responsabilidad criminal no sólo conforme al Código penal, sino también a la totalidad del Ordenamiento jurídico, el artículo 19 declara, por el contrario, que los menores de dieciocho años no son responsables conforme al Código penal, pero sí pueden serlo *con arreglo a lo dispuesto en la Ley que regule la responsabilidad penal del*

penal. Parte general, cit., p. 433; GARCIA-PABLOS, A: “Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores”, en *Menores privados de libertad*, cit., p. 271; SERRANO MAILLO, A.: “Mayoría de edad penal en el Código de 1995 y delincuencia juvenil”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 5, 1995, p. 776; LANDROVE DIAZ, G.: “Marco operativo de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor”, en *La Ley*, núm. 5084, de 27 de junio de 2000, pp. 1-5.

⁶⁰⁰ *Vid. supra* apartado 1 del Cap. II.

⁶⁰¹ La minoría de edad penal como causa de inimputabilidad será objeto de estudio en el Cap. VI.

*menor*⁶⁰². Por esta razón, el legislador ha ubicado la eximente de minoría de edad, por primera vez en nuestro Derecho, en un precepto autónomo de las restantes causas que eximen de la responsabilidad criminal⁶⁰³.

En cualquier caso, consideramos que el legislador del Código penal de 1995 ha sido coherente al dividir el cuadro de eximentes en dos artículos: el 19, con referencia a los menores de dieciocho años, porque, en definitiva, si cometen hechos tipificados como delitos o faltas en el Código penal, o en las Leyes penales especiales van a ser responsables conforme a la LORRPM; y el 20, con relación a los que están exentos de responsabilidad criminal conforme al Código penal y, además, a la totalidad del Ordenamiento jurídico. Entre nuestros doctrinarios, han

⁶⁰² De ahí que haya manifestado RODRIGUEZ MOURULLO, G.: “Comentario al artículo 19”, en *Comentarios al Código penal*, dirigidos por RODRIGUEZ MOURULLO, G., y coordinados por JORGE BARREIRO, A., cit., p. 84, que el artículo 19 “se limita a regular una causa de inimputabilidad relativa”.

⁶⁰³ La justificación a esta reforma fue expuesta en las discusiones parlamentarias sobre el artículo 20 (actualmente 19) del PLOCP de 1994. Así, en turno réplica a la intervención del Diputado Olarte Cullén que, en representación del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria, interesó en su enmienda 899 la refundición en un sólo precepto de los artículos 20 y 21, manifestando que “no hay razón para separar la primera de las eximentes de las restantes, que caben perfectamente en un sólo precepto”, el Diputado Barrero López, por el Grupo Parlamentario Socialista, justificó la regulación autónoma de la minoría de edad penal, respecto de las restantes eximentes, con las siguientes palabras: “(...) lo hemos puesto en dos artículos por una razón muy clara, de cierta coherencia y de pura técnica, al menos lo que nosotros entendemos como técnica legislativa en este caso concreto, pensando que estamos discutiendo la parte general y que no es otra que entender que en el artículo 21 se declaran todos los que están exentos de responsabilidad penal conforme a esta Ley y conforme, además, a la totalidad del Ordenamiento jurídico (...). Por el contrario, el artículo 20, eso lo verá con claridad el señor Olarte, sólo declara que los menores no son responsables conforme a esta Ley, pero sí lo son conforme a la Ley penal. De ahí que nosotros hayamos entendido que parece más correcta la división en dos artículos, uno con referencia a la exención de los menores de dieciocho años, y otro con relación a las causas de exención de responsabilidad criminal a que hace referencia el artículo 21 del PLOCP”. *Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisiones, V legislatura, núm. 494, cit., p. 15011.

valorado positivamente esta reforma legislativa: BERISTAIN; De La CUESTA; MARTÍNEZ PEREDA; y RUIZ VADILLO⁶⁰⁴.

En definitiva, tal y como está configurada la minoría de edad en el Código penal de 1995 se puede hablar: de una parte, de la posibilidad de crear, por primera vez en nuestro país, un Derecho penal juvenil que, como advierte SÁNCHEZ GARCÍA⁶⁰⁵, ha sido objeto de reclamaciones insistentes por parte de la doctrina⁶⁰⁶, al existir desde hace décadas en los países de nuestro entorno jurídico⁶⁰⁷; y, por otra, permite que hablemos, siguiendo las recomendaciones del Consejo de Europa sobre la delincuencia juvenil y la Convención de Derechos del Niño⁶⁰⁸, de un cambio hacia

⁶⁰⁴ Cfr. PUENTE SEGURA, L.: *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, cit., p. 299.

⁶⁰⁵ Cfr. SANCHEZ GARCIA, M. I.: “Minoría de edad y Derecho penal juvenil. Aspectos político criminales”, cit., p. 68.

⁶⁰⁶ Entre otros muchos doctrinarios, han demandado un Derecho penal juvenil: BERISTAIN; De La CUESTA; y SERRANO GOMEZ. Cfr. RUIZ VADILLO, E.: “Comentario al artículo 19”, en *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, t. I, dirigido por CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., Madrid, 1997, p. 580. Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: “Un Derecho penal para jóvenes”, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1228, 1982, p. 7. Del mismo: “Los centros especiales y los establecimientos de jóvenes”, cit., p. 992.

⁶⁰⁷ Respecto a la evolución del Derecho penal del menor en los diferentes países miembros del Consejo de Europa, se pueden destacar las siguientes características: 1. Tendencia hacia una menor diferenciación entre el sistema penal de menores y de adultos, reflejado en un aumento de garantías legales para los menores. 2. Acentuación de la responsabilidad social del joven, traducido en un reconocimiento de sus propios actos y de las consecuencias de los actos delictivos frente a otros. 3. Afirmación de la necesidad de reparar y de indemnizar a la sociedad y a las víctimas individuales de los perjuicios o daños sufridos. 4. Aumento del concepto de responsabilidad propia en detrimento de la concepción de protección de tutela y de tratamiento. Cfr. BOHNER, U.: “La delincuencia juvenil como objeto de estudio por parte del Consejo de Europa”, cit., p. 54.

⁶⁰⁸ La Recomendación núm. 87 (20) del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 17 de septiembre de 1987, sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil, y el artículo 40 de la

un modelo de responsabilidad en el tratamiento de los menores infractores⁶⁰⁹, con lo que se pone fin, como advierte GIMENEZ-SALINAS, a “una de las cuestiones más

Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, fijan las líneas del llamado modelo de responsabilidad. Por su interés, reproducimos el contenido literal del citado precepto: *1º. Los Estados partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las Leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas Leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad. 2º. Con ese fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados partes garantizarán, en particular: a. Que no se alegue que ningún niño ha infringido las Leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas Leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las Leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron; b. Que todo niño del que se alegue que ha infringido las Leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas Leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente: b.1. Que se le presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la Ley; b.2. Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa; b.3. Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la Ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales; b.4. Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad; b.5. Si se considerase que ha infringido, en efecto, las Leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la Ley; b.6. Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado; b.7. Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento. 3º. Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de Leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las Leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas Leyes, y, en particular: 3.1. El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las Leyes penales; 3.2. Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales. 4º. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción. Para un estudio más amplio de la normativa internacional en materia de Justicia de Menores, vid. infra apartado 3 del Cap. V.*

debatidas”⁶¹⁰, ya que éste ha sido el modelo propuesto prácticamente por la generalidad de la doctrina⁶¹¹, y el mayoritariamente adoptado en Derecho comparado⁶¹².

⁶⁰⁹ Como señala GIMENEZ-SALINAS i COLOMER, E.: “Jóvenes y cuestión penal en España”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 3, 1988, p. 17, tres han sido los grandes modelos que han presidido la Justicia de Menores desde su creación en 1899 en Chicago: el modelo de protección; el modelo educativo; y el modelo de responsabilidad. El primero se caracteriza por una subordinación de lo educativo a lo judicial, el segundo, en sentido inverso, por un predominio de la educación sobre la intervención judicial, y el tercero persigue un equilibrio entre lo judicial y lo educativo. Para un estudio detallado de la evolución de los distintos modelos de Justicia de Menores en Europa, cfr. RIOS MARTIN, J. C.: *El menor infractor ante la Ley penal*, cit., pp. 214-248; FUNES ARTIAGA, J./GONZALEZ ZORRILLA, C.: “Delincuencia juvenil, Justicia e intervención comunitaria”, en *Menores*, núm. 7, 1988, pp. 52-55; GIMENEZ-SALINAS i COLOMER, E.: “La mayoría de edad penal en la reforma”, en *Política criminal y reforma penal*, Homenaje al Prof. Del ROSAL, J., Madrid, 1993, pp. 609-622. De la misma: “La reacción social a la delincuencia juvenil: la prevención, la desjudicialización, la Justicia de Menores”, en *Menores*, núm. 5, 1987, pp. 55-63; SALVA CORTES, M.: “El Derecho penal en la Justicia de Menores. Aproximación al Derecho comunitario”, en *Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia*, en *CDJ*, núm. V, CGPJ, 1992, pp. 442-444.

⁶¹⁰ Cfr. GIMENEZ-SALINAS i COLOMER, E.: “La nueva Ley de Justicia juvenil en España: un reto para el 2000”, en *Legislación de menores en el siglo XXI: análisis de Derecho comparado*, CGPJ, Madrid, 1999, p. 117.

⁶¹¹ Entre nuestros doctrinarios proponen el modelo de responsabilidad en el tratamiento de los menores infractores, GARCIA-PABLOS, A.: “Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores”, cit., pp. 270 y ss.; VENTURA FACI, R.: “El menor como agente del delito”, cit., pp. 173 y ss.; GIMENEZ-SALINAS i COLOMER, E.: “La mayoría de edad penal en la reforma”, cit., p. 619. De la misma: “La nueva Ley de Justicia juvenil en España: un reto para el 2000”, cit., p. 117; GONZALEZ ZORRILLA, C.: “Minoría de edad penal, imputabilidad y responsabilidad”, cit., p. 179; SILVA SANCHEZ, J. M.: “El régimen de la minoría de edad penal (artículo 19)”, cit., p. 180; SANCHEZ GARCIA, M. I.: “Minoría de edad y Derecho penal juvenil. Aspectos político criminales”, cit., p. 73. De la misma: “La nueva Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor”, cit., p. 712. En contra del modelo de responsabilidad, o de Justicia, como también se denomina, se ha pronunciado RIOS MARTIN, J. C.: *El menor infractor ante la Ley penal*, cit., pp. 222 y ss., proponiendo un modelo, al que denomina educativo-responsabilizador, que suprima el carácter penal de los actuales Juzgados de Menores, y se incorpore a la jurisdicción civil. *Ibidem*, p. 248. Esta propuesta de modelo también es recogida en su artículo: “Críticas a la reforma “penal” de la Ley Orgánica 4/92 reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores”, en *Actualidad y Derecho*, núm. 33, semana del 14 al 20 de septiembre de 1992, pp. 1-7. Para una crítica al modelo de responsabilidad véase, igualmente, RIOS MARTIN, J. C./SEGOVIA BERNABE, J. L.: *La infancia en conflicto social. Tratamiento sociojurídico*, Madrid, 1998, pp. 62-87, y VVAA: *¿Tratamiento penal para menores?*, Madrid, 1989. Esta postura, que resulta minoritaria en nuestra doctrina, adolece, en nuestra opinión, de numerosos defectos: en primer lugar, porque recurriendo a las instancias de contral social, al margen del Derecho penal, se deja de reconocer al menor las garantías judiciales,

El modelo de responsabilidad va a plantear el reconocimiento al menor de un tipo de responsabilidad que le hace dueño y responsable de sus propios actos⁶¹³, lo que no significa la aplicación de un Derecho penal de adultos sino un Derecho penal específico. Esto plantea como ventaja la superación de la incorrecta valoración que durante tanto tiempo se hizo del menor, a quien la legislación tutelar consideraba un sujeto incapaz, con déficit de normalidad y carente de las actitudes o capacidades de que goza el adulto⁶¹⁴.

lo que conlleva el riesgo de volver a adoptar la filosofía subyacente en los modelos tutelares; en segundo lugar, porque puede provocar en la sociedad una sensación de impunidad, pues aunque en el Derecho penal juvenil ha de primar la idea de prevención especial, sin embargo también hay que dar cabida a las consideraciones de prevención general; en tercer lugar, porque dificulta al menor responsabilizarse de sus propios actos. Al respecto, apunta GIMENEZ-SALINAS i COLOMER, E.: “La reacción social a la delincuencia juvenil: la prevención, la desjudicialización, la Justicia de Menores”, cit., p. 59, que algunos países como Suecia, Noruega o Finlandia han suprimido la Justicia de Menores, siendo la autoridad responsable un Organismo Administrativo. Esta novedad responde a dos aspectos que caracterizan a estos países: unos servicios sociales muy desarrollados con una gran red asistencial, y un Derecho penal de adultos muy avanzado con importantes medidas alternativas a la pena privativa de libertad, lo que permite evitar la entrada en prisión de los jóvenes. En este sentido, hay que insistir, por nuestra parte, que estas posibilidades, lamentablemente, no son propias de nuestro Ordenamiento jurídico; de ahí que un Derecho penal de jóvenes se plantee innecesario en aquellos países, pero no en nuestro país, al menos de momento.

⁶¹² Señala VENTURA FACI, R.: “El menor como agente del delito”, cit., p. 173, que este modelo, que ha tenido su origen en la doctrina italiana, en la actualidad es recogido en modernas Leyes penales juveniles de países como Italia, Alemania, Portugal y países latinoamericanos.

⁶¹³ Sobre este particular, señala GONZALEZ ZORRILLA, reproduciendo las gráficas palabras de De LEO, que reconocer que, en principio, los menores son responsables de sus actos equivales a aceptar que sus acciones les pertenecen y que son significativas, tanto para ellos como para los demás. En definitiva, evitar la cárcel a los menores infractores parece, sin duda, oportuno; lo que parece, desde luego, absurdo e infundado científicamente pretender motivar dicha exclusión sobre la base de una ausente responsabilidad. Cfr. GONZALEZ ZORRILLA, C.: “Minoría de edad penal, imputabilidad y responsabilidad”, cit., p. 178.

⁶¹⁴ *Vid. infra* apartado 5 Cap. IV.

Las características fundamentales de este tipo de modelo pueden resumirse, básicamente, en el reconocimiento al menor de las garantías mínimas legales en el ámbito penal (principio de legalidad, intervención mínima, proporcionalidad entre el hecho cometido y la consecuencia jurídica aplicable, que nunca puede ser de carácter indeterminado) y procesal (derecho a la defensa, a un proceso contradictorio, con intervención de Fiscal y Abogado, especialización de Jueces, Abogados y Fiscales, control judicial de la ejecución).

En definitiva, significa reconocer que el menor también es un sujeto de derechos, lo que apunta a un completo abandono del neopositivismo y un cierto retorno al neoclasicismo, al menos, en cuanto a las exigencias de todas y cada una de las garantías básicas⁶¹⁵. Se trata, pues, de un modelo que conjuga lo educativo y lo judicial, con una preocupación especial por el daño causado y la responsabilidad hacia la víctima.

El modelo de responsabilidad ha sido acogido por la LORRPM⁶¹⁶, y también, en gran medida, por su antecesora la LORCPJM⁶¹⁷.

⁶¹⁵ Cfr., en el mismo sentido, MARTINEZ GUIJARRO, J. L.: “La Ley del Menor de Castilla-La Mancha”, en *Justicia con menores. Menores infractores y menores víctimas*, coordinado por MARTIN LOPEZ, M. T., Universidad de Castilla-La Mancha, 2000, p. 152.

⁶¹⁶ *Vid. infra* Cap. VI.

1.3. La suspensión de la entrada en vigor del artículo 69

El artículo 69 del nuevo Código penal postula:

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.

En principio, parece que el artículo 69 podría haber entrado en vigor⁶¹⁸, por cuanto formalmente la Disposición Final Séptima del Código de 1995 sólo deja en suspenso el artículo 19; sin embargo, como se desprende de su tenor, su aplicabilidad es imposible mientras no entre en vigor la LORRPM. Así lo ha interpretado el Tribunal

⁶¹⁷ *Vid. infra* apartado 5 del Cap. VI.

⁶¹⁸ Sobre este particular, SILVA SANCHEZ, J. M.: “El régimen de la minoría de edad penal (artículo 19)”, cit., p. 178, afirma su entrada en vigor, al menos formalmente, llegando a cuestionarse su posible aplicabilidad, incluso antes de la ya promulgada LORRPM, a efectos de que los menores de veintiún años puedan acceder al régimen del artículo 65 del Código derogado de 1973. No secundan esta opinión MUÑOZ CONDE, F./GARCIA ARAN, M.: *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 407, para quienes la aplicación del artículo 69 ha quedado en suspenso, al igual que para CARMONA SALGADO, C.: “La delincuencia de jóvenes y menores: hacia una nueva regulación jurídica”, en *Protección jurídica del menor*, Granada, 1997, p. 136. En el mismo sentido, para MORALES PRATS, F.: “Comentario al artículo 19”, en *Comentarios al nuevo Código penal*, dirigidos por QUINTERO OLIVARES, G. y coordinados por VALLE MUÑIZ, J. M., Pamplona, 1996, p. 132, el citado precepto tampoco ha entrado en vigor. Y ello porque el régimen transitorio de la minoría de edad establecido por el Código penal de 1995 no contempla las disposiciones de la LORRPM, a que hace referencia el artículo 69, y que pueden aplicarse hasta los veintiún años.

Supremo en sentencia de 27 de enero de 1997⁶¹⁹, al consignar que “(...) las previsiones del artículo 69 del nuevo Texto legal están supeditadas a la Ley que regule la responsabilidad penal del menor”.

Siguiendo la misma línea jurisprudencial, el Auto del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1997⁶²⁰ ha declarado en el sexto motivo del recurso, basado en la inaplicación del artículo 69 del Código penal de 1995, que “(...) la Ley reguladora de tal responsabilidad aún no ha adquirido vigencia, y, por ello, resulta imposible su aplicación”.

Por otro lado, no cabe duda que la aplicación del artículo 69 del Código penal de 1995 no supone una ampliación preceptiva, sino potestativa⁶²¹, toda vez que demanda una combinación con la LORRPM. En este momento interesa, tan sólo, adelantar que el artículo 4.2º de la LORRPM, que regula el régimen de los mayores de dieciocho años⁶²², exige como requisito, entre otros, que el grado de madurez del joven aconseje la aplicación de la presente Ley. En este sentido, resulta censurable

⁶¹⁹ (RA 318).

⁶²⁰ (RA 1135).

⁶²¹ En efecto, como señala ARROYO De Las HERAS, A./GOYENA HUERTA, J.: *Las circunstancias atenuantes en el Código penal de 1995*, coordinado por MUÑOZ CUESTA, J., Pamplona, 1997, p. 204, no se trata de una circunstancia específica de atenuación, introducida *ex novo* por el legislador de 1995, sino de una facultad potestativa.

⁶²² *Vid. infra* apartado 5.1.2.3 del Cap. VI.

la alusión expresa a la valoración del grado de madurez, pues se trata de un criterio ambiguo e impreciso, que introduce un amplio margen de discrecionalidad y lesiona las exigencias de seguridad jurídica, ya que es un concepto cultural, no delimitado exclusivamente por factores biológicos.

Por todo lo expuesto, el hecho de que la Disposición Final Séptima del Código de 1995 no haya exceptuado la entrada en vigor del artículo 69, junto con el 19, constituye, a mayor abundamiento, un error u olvido del legislador.

1.4. Consideraciones críticas

Sin duda, uno de los más graves errores, respecto de la materia objeto de estudio, ha sido la falta de tramitación simultánea del PLOCP de 1994 y la Ley aplicable a los menores infractores, lo que ha ocasionado un vacío legal que el legislador ha tratado artificiosamente de subsanar manteniendo en vigor el régimen de la minoría de edad del Código derogado de 1973.

A nuestro juicio, como daremos noticia más adelante⁶²³, habría sido preferible remitir a los Juzgados de Menores el conocimiento de aquellos hechos delictivos cometidos por menores de dieciocho años y mayores de dieciséis, a fin de que se les

aplicase las medidas previstas en la LORCPJM, quedando así desterrados del Código penal.

Las justificaciones sobre la inaplicabilidad de la LORCPJM, como ya ha quedado recogido, fueron expuestas en los debates parlamentarios sobre el PLOCP de 1994. La primera justificación se basaba en que la LORCPJM estaba pensada para jóvenes menores de dieciséis años que iban a ser objeto de sanciones muy leves, siendo dos años el periodo máximo de internamiento. En este sentido, siguiendo a GISBERT JORDA⁶²⁴, nada habría impedido, de ser ésta la voluntad del legislador, ampliar en la LORCPJM el tiempo de cumplimiento de las medidas previstas, para determinados casos, en atención a la gravedad de los hechos cometidos por el joven y sus circunstancias personales.

La segunda razón aducida en contra de la aplicación de la LORCPJM consistía en que la planta de los Tribunales de Menores era absolutamente insuficiente para absorber, de repente, las causas contra los jóvenes de dieciséis a dieciocho años⁶²⁵. Ahora bien, como no era de extrañar, esperar a la entrada en vigor de la LORRPM, para que surtiese efecto la elevación de la edad penal a dieciocho años, no ha

⁶²³ *Vid. infra* apartado 3 de este Cap.

⁶²⁴ Cfr. GISBERT JORDA, T.: “Incidencias del nuevo Código penal en la legislación de menores”, cit., p. 145.

⁶²⁵ En este sentido, ha advertido GISBERT JORDA que habría sido suficiente con reconvertir otros Juzgados en Juzgados de Menores, a lo que ha añadido la necesidad de dotar a la plantilla de

significado, una vez que ha llegado este momento, una mejora en los medios personales y materiales de los Juzgados de Menores. Lo que demuestra que con esta actitud tan sólo se pretendía eludir el problema y evitar buscar soluciones.

La tercera razón alegada fue que los centros de internamiento de menores no eran adecuados para que pudiesen convivir en ellos mayores de doce años con jóvenes de diecisiete, alguno de los cuales con amplio historial delictivo. Esta tercera justificación ha sido criticada por GISBERT JORDA⁶²⁶, afirmando que responde a un absoluto desconocimiento de la situación actual de los centros de menores, pues albergan a menores de entre doce y dieciocho. Y ello porque la legislación en vigor, concretamente el artículo 65, permite el cumplimiento de medidas hasta los dieciocho años, si bien los jóvenes más conflictivos suelen estar cumpliendo medida de internamiento en régimen cerrado, y, en caso de ser en régimen semiabierto, es competencia del centro organizar una convivencia pacífica.

Como última cuestión, cabe destacar la solución planteada por SILVA SÁNCHEZ⁶²⁷, consistente en someter a ciertos sujetos menores de dieciocho años,

las Fiscalías de mayores medios personales y materiales, precisamente por ser el Fiscal el instructor de este tipo de procedimientos. *Ibidem*, p. 146.

⁶²⁶ *Ibidem*, pp. 146 y 147.

⁶²⁷ Cfr. SILVA SANCHEZ, J. M: “El régimen de la minoría de edad penal (artículo 19)”, cit., p. 176.

en función de los informes del Ministerio Fiscal⁶²⁸, a alguna de las medidas contempladas en la LORCPJM, aunque éstas sean para menores de dieciséis, bien sea internándolos en uno de los centros establecidos al efecto, bien aplicándoles otro tipo de medidas, aunque, también apunta que puede llegar a resultar un desarrollo, en parte, “*contra legem*”⁶²⁹.

2. EL RÉGIMEN TRANSITORIO DE LA MINORÍA DE EDAD ESTABLECIDO POR EL CÓDIGO PENAL DE 1995

2.1. Premisa

Como ya ha sido expuesto, hasta que ha adquirido vigencia la LORRPM, esto es, el pasado 13 de enero de 2001, ha permanecido en suspenso la elevación de la edad penal a dieciocho años, conforme preceptúa el párrafo segundo de la Disposición Final Séptima del Código penal de 1995⁶³⁰. De ahí que la letra a) del apartado

⁶²⁸ Cfr. CAVERO FORRADELLAS, G.: “Valoración por el Fiscal de los programas de intervención educativa en el ámbito judicial con jóvenes de dieciséis a dieciocho años”, en *La intervención educativa en el ámbito judicial con jóvenes de dieciséis a dieciocho años*, cit., pp. 85 y ss.

⁶²⁹ Cfr. SILVA SANCHEZ, J. M: “El régimen de la minoría de edad penal (artículo 19)”, cit., p. 176.

primero de la Disposición Derogatoria de dicho Cuerpo legal haya mantenido en vigor todas las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de los menores del Código anterior y sus consecuencias complementarias, que a continuación reproducimos:

Quedan derogados (...) excepto los artículos 8.2, 9.3, la regla 1º del artículo 20 en lo que se refiere al número 2º del artículo 8⁶³¹, el segundo párrafo del artículo 22, 65 (...).

En este sentido, conviene subrayar que el Código penal de 1995 no sólo ha instaurado un régimen transitorio en materia de minoría de edad⁶³², sino que éste parecía ser indefinido, toda vez que el legislador de 1995 no reguló en la Disposición Final Séptima un plazo límite para la entrada en vigor de la Ley a que hace referencia el artículo 19.

⁶³⁰ Recordemos que el párrafo segundo de la Disposición Final Séptima del Código penal de 1995 establece que *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.*

⁶³¹ En materia de responsabilidad civil de los menores de edad penal, la regla primera del artículo 20 del Código penal de 1973 dispone que *de los hechos que ejecutaren las personas señaladas en los números 1º, 2º, y 3º del artículo 8, serán responsables civilmente quienes las tengan bajo su potestad o guarda legal, siempre que hubiere por su parte culpa o negligencia. No habiendo persona que las tenga bajo su potestad o guarda legal, o siendo aquella insolvente, responderán con sus bienes las propias personas a que hace referencia el párrafo anterior, dentro de los límites que para el embargo de bienes señalan las Leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal.*

En cualquier caso, hasta el 13 de enero de 2001, momento en el que entró en vigor la LORRPM el límite de edad penal ha seguido siendo dieciséis años. Por consiguiente, los mayores de doce⁶³³ y menores de esta edad que durante el tiempo que ha permanecido en vigor el régimen transitorio del Código penal de 1973 hayan cometido un hecho delictivo han sido puestos a disposición del Juez de Menores, que habrá aplicado la LORCPJM. Y respecto de los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años, ha resultado de aplicación la atenuante tercera del artículo 9, cuya vigencia transitoria había que ponerla en concordancia con el artículo 65 del mismo Texto punitivo.

Desde luego, el régimen transitorio de la minoría de edad penal ha suscitado problemas de interpretación e integración de normas. Tal es lo que sucede con el artículo 69 del Código penal de 1995⁶³⁴ y, fundamentalmente, con el 65 del Código anterior⁶³⁵, que, junto a la rebaja obligatoria de la pena en un grado y potestativa en dos, contempla una medida de carácter temporalmente indeterminado, al permitir su último párrafo, *en atención a las circunstancias del menor y del hecho, sustituir la pena impuesta por internamiento en institución especial de reforma por tiempo*

⁶³² También forma parte de este régimen transitorio la Disposición Transitoria Duodécima del Código penal de 1995. *Vid. infra* apartado 2 de este mismo Cap.

⁶³³ Los menores de doce años, de conformidad con el artículo 9.1 de la LORCPJM, podrán ser puestos a disposición de las instituciones administrativas de protección de menores.

⁶³⁴ *Vid. infra* 1.3 de este Cap.

⁶³⁵ *Vid. infra* apartado 2.2.3. del presente Cap.

indeterminado, hasta conseguir la corrección del culpable. De momento, tan sólo, adelantaremos que dicha medida entra en conflicto con los principios garantistas de legalidad, seguridad jurídica y proporcionalidad, que para las medidas de seguridad recoge el nuevo Cuerpo legal en su artículo 6.2.

2.2. El régimen transitorio de los derogados artículos 8.2, 9.3 y 65 del Código penal de 1973

2.2.1. Análisis del artículo 8.2

El apartado segundo del artículo 8 del anterior Código penal declara exento de responsabilidad criminal al menor de dieciséis años. Su tenor reza así:

Están exentos de responsabilidad criminal: 2º. El menor de dieciséis años. Cuando el menor que no haya cumplido esta edad ejecute un hecho penado por la Ley, será confiado a los Tribunales Tutelares de Menores.

El mentado artículo 8.2 introduce una fórmula prácticamente idéntica a la de sus precedentes. Recordemos que desde el Código de 1932, sin excepción, la edad penal

viene determinada positivamente por criterios biológicos puros o cronológicos, dejando de condicionar la imputabilidad al discernimiento.

2.2.1.1. Fundamento de la eximente segunda del artículo 8

Como ha señalado RODRÍGUEZ DEVESA⁶³⁶, parece ser que la finalidad de la fórmula biológica pura respondía a la necesidad, ya acentuada desde finales del siglo XIX, de anteponer a los menores que habían cometido un hecho penado por la Ley el derecho a la educación a cualquier otra consideración, de este modo quedaba excluido el modelo del discernimiento sobre el descansaba la concepción del Derecho penal de la Escuela clásica⁶³⁷. Sin embargo, como veremos en su lugar oportuno, esto constituyó más que una auténtica realidad, una mera formulación teórica. De hecho, en nuestro Ordenamiento jurídico los menores de edad no han salido nunca del Derecho penal, toda vez que no se ha renunciado de modo absoluto

⁶³⁶ Utilizando las gráficas palabras de RODRIGUEZ DEVESA, J. M./SERRANO GOMEZ, A.: *Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 611, el objetivo perseguido con este criterio era “dejar al menor fuera del Derecho penal”.

⁶³⁷ Señalan COBO Del ROSAL, M./VIVES ANTON, T. S.: *Derecho penal. Parte general*. Edición completa, adaptada a la reforma de 25 de junio de 1983, Valencia, 1984, p. 475, que el cambio de sistema operado en nuestra legislación obedece a dos razones fundamentales: de una parte, a la adquisición progresiva de una conciencia social sobre la situación de los menores infractores, que la va haciendo incompatible con la idea de su sometimiento al Derecho penal común; de otra parte, a la importancia que los avances de la Psicología confieren al aprendizaje en la dirección de la conducta.

a la garantía de protección puesta al servicio de la realización de la Justicia penal material⁶³⁸ o, lo que es lo mismo, a la prevención general.

Según MANZANARES SAMANIEGO y ALBACAR LÓPEZ⁶³⁹, el criterio cronológico o fórmula biológica pura responde a una irresponsabilidad absoluta fijada *ex lege*, por inmadurez de las facultades intelectivas del menor para discernir la injusticia de sus actos o de las volitivas con ausencia de los frenos inhibitorios, consistiendo dichas potencias el fundamento de la imputabilidad criminal. Pero más acertado que este argumento es aquél que justifica la exclusión de la responsabilidad criminal en el hecho objetivo de no haber cumplido los dieciséis años⁶⁴⁰, aún cuando el desarrollo de las capacidades intelectivas y volitivas del sujeto hagan pensar que se trata de un individuo que puede comprender la significación ilícita de sus actos y obrar conforme a esa comprensión⁶⁴¹, lo que no es incompatible con no haber completado todavía el proceso de educación y socialización⁶⁴².

⁶³⁸ Cfr., en el mismo sentido, POLAINO NAVARRETE, M.: “Minoría de edad penal”, cit., p. 179.

⁶³⁹ Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, J. L./ALBACAR LOPEZ, J. L.: *Código penal. Comentarios y jurisprudencia*, Granada, 1987, p. 58.

⁶⁴⁰ Cfr. CASABO RUIZ, J. R.: “Comentario al artículo 8.2”, cit., p. 228.

⁶⁴¹ Cfr. COBO Del ROSAL, M./VIVES ANTON, T. S.: *Derecho penal. Parte general*, 5º ed., Valencia, 1999, p. 603.

⁶⁴² Cfr. OCTAVIO De TOLEDO y UBIETO, E./HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 350.

Por tanto, este criterio biológico previsto en el artículo 8.2 operaba de modo análogo a una presunción, *iuris et de iure*, que no admite prueba en contrario⁶⁴³.

En síntesis, para que la eximente de minoría de edad penal desplegase toda su virtualidad bastaba con la comprobación del simple dato objetivo de la edad, tomando en consideración exclusivamente la fecha del nacimiento del procesado y la de la comisión del hecho delictivo⁶⁴⁴, a diferencia de lo que sucedía con la atenuante, para la que además había de valorar otras consideraciones de índole subjetivo⁶⁴⁵.

Desde luego, en ningún caso la eximente segunda del artículo 8 ha venido determinada por criterios psicológicos, o relativos a la edad mental⁶⁴⁶, como el

⁶⁴³ *Ibidem*, p. 350. En el mismo sentido, cfr. ANTON ONECA, J.: *Derecho penal*, cit., pp. 314 y 367 y MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ, J. M.: “La imputabilidad”, cit., p. 1610, donde precisa que aunque el Juez tuviera la certeza de que el menor había obrado con discernimiento estaba obligado a no imponerle pena. Véase, en sede jurisprudencial, la STS de 18 de diciembre de 1976 (RA 5404).

⁶⁴⁴ Cfr. CASABO RUIZ, J. R.: “Comentario al artículo 8.2”, cit., p. 229.

⁶⁴⁵ *Vid. infra* apartado 2.2.2.1 del presente Cap.

⁶⁴⁶ Cfr. CASABO RUIZ, J. R.: “Comentario al artículo 8.2”, cit., p. 229. *Vid.*, a este respecto, la STS de 22 de febrero de 1950 (RA 306), donde se resuelve que “ (...) en cuanto a la pretendida relación con la eximente segunda del artículo 8 no cabe ni siquiera enjuiciarla, pues la misma se refiere a la minoría de edad de dieciséis años y no a la disminución de facultades intelectuales (...)”. Con términos análogos han resuelto las SSTs de 28 de noviembre de 1967 (RA 5170), 20 de junio de 1968 (RA 3055), 10 de febrero de 1969 (RA 892), y 24 de octubre de 1970 (RA 4196). A título de ejemplo, pasamos a reproducir un fragmento de la STS de 20 de junio de 1969 (RA 3725), en la que, reiterando la doctrina recogida en las anteriores sentencias, se resuelve que “ (...) la segunda menor edad exige y requiere el no cumplimiento de los dieciséis años de vida física sin remisión a la edad mental”. Más extensamente, señala la STS de 9 de julio de 1987 (RA 5307) que “superado el criterio del discernimiento, derivado del *red intellectum* y de la *dolo capacitas*

discernimiento; criterio que, sin duda, ha operado siempre en detrimento de la seguridad jurídica. La fórmula que ha justificado la ausencia de imputabilidad en el artículo 8.2 no se ajustaba a un estudio científico individual de la capacidad cognoscitiva de cada menor infractor, sino al dato puramente cronológico de la edad, resolviéndose las dudas, como ha venido siendo constante en nuestra jurisprudencia, en beneficio del reo⁶⁴⁷.

Una solución alternativa al sistema cronológico sería realizar un estudio individual y detallado, para cada caso, en el que se apreciase la eximente de minoría de edad en función de determinados factores, como las circunstancias personales y el carácter del sujeto infractor. Esta solución, que, como señala GARCÍA ANDRADE⁶⁴⁸, en

romanos, que tantas dificultades originó a la doctrina y a los tribunales durante más de un siglo, las legislaciones modernas prevén, en lo que a la juventud afecta, unas edades con efectos determinados, con independencia de la capacidad intelectual o volitiva de los autores. La constatación de esas edades, menos de dieciséis años, de dieciséis a dieciocho años, más de dieciocho años produce, sin más, tales efectos. Su previsión se debe a importantes razones político-criminales, que se apoyan en la mayor o menor madurez del joven. Si es mayor de dieciséis años y menor de dieciocho se beneficiará de las previsiones del artículo 65 del Código penal, aunque su capacidad intelectual y volitiva exceda de las del adulto medio. Si ha cumplido dieciocho años, pero su edad mental es de dieciséis a dieciocho, en ningún caso le será aplicable el número 3º del artículo 9, con los efectos del artículo 65 del Código penal, que se refieren a edades cronológicas”.

⁶⁴⁷ Así lo ha declarado la jurisprudencia en SSTS de 9 de junio de 1890 (JC 353) y 20 de junio de 1950 (RA 975), donde se resuelve que “ante aquella falta de datos ciertos y positivos, se impone la presunción de que todas las sustracciones fueron cometidas con anterioridad al 19 de la fecha segunda señalada y, por lo tanto, antes de cumplir los dieciséis años de edad, ya que otra inteligencia, extensiva y arbitraria, quebrantaría el principio jurídico universalmente admitido, *in dubio pro reo*”. *Vid.*, igualmente, SSTS de 10 de junio de 1948 (RA 1021), 31 de octubre de 1952 (RA 1990), 9 de junio de 1959 (RA 2253) y 20 de junio de 1961 (RA 2667), que recogen y reiteran la misma doctrina.

⁶⁴⁸ Cfr. GARCIA ANDRADE, J. A.: “Política criminal y edad penal”, cit., p. 505. También en oposición al criterio cronológico, y en defensa de la adopción de un límite flexible de edad se ha manifestado De La CUESTA ARZAMENDI, J. L.: “Líneas directrices de un nuevo Derecho penal juvenil y de menores”, en *Eguzkilo*, núm. 2, San Sebastián, 1988, p. 62.

teoría parece la acertada, en la práctica plantea el grave problema de la subjetividad, o los posibles errores en que puede incurrir el especialista en la elaboración del estudio psicológico del menor ⁶⁴⁹.

Pese a que históricamente se ha acudido al criterio de la edad cronológica, con carácter general desde el Código penal de 1932, también ha habido algún intento de retomar la fórmula psicológica. Este fue el caso del artículo 6 del ALOPJM de 1995, que expresamente exigía que en el momento de la comisión de la infracción los menores y jóvenes poseyeran *capacidad suficiente para comprender la ilicitud del hecho y actuar conforme a esa comprensión* ⁶⁵⁰.

Ocurre, sin embargo, que la adopción del criterio cronológico por nuestro Ordenamiento jurídico tampoco ha estado exento de críticas, entre otras cosas, por la incoherencia que resulta declarar a un menor responsable penalmente porque le falte un día para cumplir dieciséis años, y, en cambio, a los dos días de cumplirlos sea

⁶⁴⁹ En efecto, como señala SILVA SANCHEZ, J. M: “El régimen de la minoría de edad penal (artículo 19)”, cit., p. 169, un estudio bio-psicológico individual, basado en el discernimiento, exigiría un análisis, caso por caso, huyendo de las generalizaciones del artículo 8.2 del Código penal de 1973.

⁶⁵⁰ A este respecto, el CGPJ, en el *Informe emitido al Anteproyecto de Ley Orgánica penal juvenil y del menor de 1995*, documento mecanografiado, Madrid, 25 de julio de 1995, p. 6, se mostró partidario de un criterio de edad puramente cronológico, en la medida que, como se recoge textualmente, “confiar absolutamente el examen de comprensión, volición y desarrollo intelectual a los Tribunales en cada caso concreto, como en la legislación anterior a 1932, sería introducir un margen de apreciación incompatible con los principios de predeterminación normativa y seguridad jurídica que inspiran el Ordenamiento punitivo”.

condenado por un Juzgado de adultos⁶⁵¹. Por otro lado, también es cierto que no siempre a la misma edad le corresponde el mismo desarrollo psíquico⁶⁵².

Sin embargo, cualquiera que sean las críticas vertidas al criterio cronológico⁶⁵³, es preferible la fórmula de la edad, por cuanto al estar fijada por Ley resulta más objetivo y, a la vez, más acorde con el mandato de taxatividad exigido por el principio de legalidad. Además, la certeza, seguridad y simplicidad de la norma debe prevalecer sobre las estrictas consideraciones de equidad, que exigirían para cada caso concreto la determinación de la capacidad psíquica del menor de forma individualizada, lo que, en ocasiones, podría conllevar errores inevitables.

2.2.1.2. La valoración del cómputo de la edad⁶⁵⁴

Cabe cuestionarse si el cómputo de la mayoría de edad a efectos penales debe realizarse sobre la base de los mismos criterios que para la mayoría de edad civil

⁶⁵¹ Cfr. RIOS MARTIN, J. C.: *El menor infractor ante la Ley penal*, cit., p. 136.

⁶⁵² *Ibidem*, p. 136. En términos análogos, cfr. Del ROSAL, J./RODRIGUEZ RAMOS, L.: *Compendio de Derecho penal español*, Madrid, 1974, p. 231.

⁶⁵³ Pese a las críticas, incluso se ha llegado a afirmar que no existe ninguna razón, sino todo lo contrario, para prescindir de la fórmula cronológica o biológica pura, cfr. CUELLO CONTRERAS, J./MARTINEZ-PEREDA SOTO, L.: “La (in)determinación de la mayoría de edad penal en el Código penal de 1995: una ambigüedad insoportable”, en *La Ley*, núm. 4430, de 3 de diciembre de 1997, p. 2.

(art. 315 CC). La respuesta a esta concreta cuestión es negativa, toda vez que el criterio seguido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo es el de computar la edad *de momento a momento*, esto es: teniendo en cuenta la hora en la que se ha cometido el delito y aquella otra en la que se produjo el nacimiento del autor⁶⁵⁵, que debe constar en el Registro Civil⁶⁵⁶. En efecto, para determinar la edad del imputado se debe considerar la hora, siendo éste el criterio mantenido por nuestro más Alto Tribunal en los últimos años.

El fundamento del criterio de computación de “momento a momento” ha sido explicitado por la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1994⁶⁵⁷, al señalar que “dicho criterio se utilizó no como válido en sí mismo, sino como subordinado a lo que realmente interesaba en tales casos, esto es: hacer posible la aplicación del principio *in dubio pro reo*, que tanta importancia tiene en Derecho penal, tanto en la esfera fáctica, para solucionar las dudas que quedan en la

⁶⁵⁴ Este apartado resulta de aplicación tanto para la eximente como para la atenuante de minoría de edad.

⁶⁵⁵ Véanse sobre este extremo las SSTs de 29 de febrero de 1952 (RA 392), 26 de febrero de 1965 (RA 740) cit., 20 de diciembre de 1974 (RA 5256), 14 de noviembre de 1975 (RA 5042), 16 de febrero y 6 de mayo de 1976 (RA 586 y 2144), 14 de enero, 16 de mayo y 3 de diciembre de 1986 (RA 128, 2475 y 7780), 22 de septiembre de 1990 (RA7357), 22 y 24 de septiembre de 1992 (RA 7217 y 7258), 6 de marzo de 1995 (RA 1813), y 10 de diciembre de 1997 (RA 8792).

⁶⁵⁶ En este sentido, la prueba de la edad del procesado se realiza conforme al artículo 375 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyo tenor literal establece que *para acreditar la edad del procesado se traerá al sumario certificación de su inscripción de nacimiento en el Registro Civil o de su partida de bautismo, sino estuviere inscrito en el Registro (...)*. En caso de inexistencia del oportuno certificado del Registro Civil o del Libro de Familia, la edad puede quedar acreditada por el Documento Nacional de Identidad. *Vid.*, al respecto, SSTs de 15 de marzo de 1988 (RA 2021) y 23 de abril de 1993 (RA 3176).

apreciación de la prueba, como en la esfera propiamente jurídica a la hora de interpretar la norma aplicable al caso si, después de agotados todos los medios para conocer su verdadero alcance, quedare alguna duda al respecto”. Así lo ha venido interpretando la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo⁶⁵⁸, incluso para los supuestos en los que no constaba la hora de nacimiento⁶⁵⁹. Y esto es así

⁶⁵⁷ (RA 3283).

⁶⁵⁸ *Vid.*, a modo indicativo, entre otras muchas, la STS de 25 de febrero de 1964 (RA 872), en la que se aplica la eximente segunda del artículo 8 en un supuesto en el que el delito se cometió el mismo día en que su autor cumplía los dieciséis años, resolviendo que “aunque la Ley de 13 de diciembre de 1943 establezca en su artículo segundo que para el cómputo de los años en la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento, sea cual fuere la hora de éste, no puede olvidarse que el preámbulo de tal disposición, es para premiar la conducta heroica de la juventud española, y lo que se dictó para tal fin no admite una interpretación que perjudique a la juventud como sucedería en este caso, sin que, además, deba olvidarse que, en caso de duda, las interpretaciones deben ser siempre a favor del reo y cómo éste nació a las seis horas del día 20 de marzo de 1945 y el hecho se cometió como a las tres horas del día 20 de marzo de 1961, hay que declarar que no tenía cumplidos los dieciséis años”. Lo dispuesto en el artículo 315 del Código civil que, para el cómputo de la mayoría de edad civil, establece que se “incluirá completo el día del nacimiento” tiene su origen en la Ley de 13 de diciembre de 1943 (Jefatura del Estado) (RA 1616), que fijó la mayoría de edad a los veintiún años, modificando el artículo 320 del Código Civil, que la establecía en 23, y los artículos 10 y 13 del Apéndice foral aragonés. El artículo 2º de la citada Ley establecía que “para el cómputo de los años de la mayoría de edad, se incluirá completo el día del nacimiento, sea cual fuere la hora de éste”. Además, como señala la precitada STS de 24 de septiembre de 1992 (RA 7258), cit., “sería desvirtuar esa finalidad beneficiadora de los adolescentes aplicar ese cómputo del art. 315 del CC a los supuestos de determinación de los dieciséis o dieciocho años como causas de exención o de atenuación de la responsabilidad penal, pues ello perjudicaría al delincuente joven, al adelantar el cumplimiento de esas edades al momento de terminar el día anterior al del correspondiente aniversario”. La misma doctrina tiene declarada la jurisprudencia en STS de 18 de mayo de 1992 (RA 4080), en la que, haciendo referencia al contenido de la sentencia de 14 de enero de 1988 (RA 247), se resuelve, de nuevo, que “la edad penal se debe computar de momento a momento, sin sujeción a lo establecido en el artículo 315 del Código civil”.

⁶⁵⁹ *Vid.*, sobre este concreto particular, la STS de 13 de abril de 1994 (RA 3283), cit., que resuelve que “en tres supuestos en los que no constaba la hora del nacimiento se aplicó el cómputo de momento a momento, y no el criterio del artículo 315 del Código Civil, para, en beneficio del reo, poder aplicar la circunstancia atenuante del número 3º del artículo 9 (...) El criterio del artículo 315 que es beneficioso en materia civil, pues adelanta la adquisición de la plena capacidad de obrar (art. 322), no lo sería en el aspecto aquí examinado”.

porque, en efecto, el artículo 315 del Código Civil opera sobre la base de una ficción tolerable a efectos civiles, pero inaceptable en materia penal⁶⁶⁰.

Por consiguiente, queda comprendido dentro de la eximente segunda del artículo 8, a tenor de su redacción y de la interpretación efectuada por el Tribunal Supremo, el que comete el acto delictivo el mismo día que cumple los dieciséis años⁶⁶¹.

También nuestro más Alto Tribunal ha mantenido una línea constante a la hora de determinar el momento en el que se debe verificar la edad y, consecuentemente, la competencia de los Juzgados y Tribunales de Menores: éste es el de la comisión del delito y no el de iniciación de las diligencias judiciales⁶⁶².

Conviene, asimismo, insistir en la importancia procesal de la edad, en tanto en cuanto la fecha en que se cumplen los dieciséis años marca la línea divisoria entre la jurisdicción ordinaria y la tutelar de menores⁶⁶³; de ahí que se infrinja el artículo 8.2 si se somete a un menor de dicha edad al proceso ordinario⁶⁶⁴.

⁶⁶⁰ Cfr. COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTON, T. S.: *Derecho penal. Parte general*, 3º ed., Valencia, 1991, p. 442.

⁶⁶¹ En el mismo sentido, cfr. CASABO RUIZ, J. R.: “Comentario al artículo 8.2”, cit., p. 229.

⁶⁶² *Vid.*, sobre este extremo, las sentencias recogidas en la nota a pie de página 343 del Cap. I.

⁶⁶³ Así lo establece el Auto de 8 de enero de 1941 (RA 94), al resolver que “la competencia de la Jurisdicción tutelar de menores, por lo que se refiere al caso de autor, cesó al cumplir el inculpado la edad de dieciséis años el día 8 de abril de 1938, conforme al Real Decreto Ley y Reglamento de 3 de febrero de 1929, y a tenor del artículo octavo número segundo del Código penal común; y, en

2.2.1.3. El delito continuado en relación con la eximente de minoría de edad

Como ya ha quedado expuesto, la minoría de dieciséis años en el momento de cometer el acto delictivo excluye la responsabilidad penal, aunque el resultado se produzca una vez alcanzado dicho límite de edad⁶⁶⁵. Y ello porque, como precisa MIR PUIG, “el momento decisivo para valorar la imputabilidad es aquél en que actúa el sujeto”⁶⁶⁶.

Donde el Tribunal Supremo no ha seguido un único criterio ha sido en los supuestos de delito continuado⁶⁶⁷. Ciertamente, la jurisprudencia no se ha

consecuencia, la citada fecha marca la línea divisoria de atribución del conocimiento de los hechos procesales a cada jurisdicción”.

⁶⁶⁴ Así lo ha declarado la STS de 11 de mayo de 1942 (RA 689), al consignar que “la falta de lesiones atribuida a un sujeto de siete años de edad, sometiéndolo a las formalidades del procedimiento ordinario, tanto en el Juzgado Municipal como en el de Instrucción de Orense, hubo de contrariarse lo preceptuado para estos casos en el número 2 del artículo 8 del Código penal en relación con el número 1 del artículo 9 y con el artículo 14 del Real Decreto Ley de 5 de febrero de 1929, referentes a la especial jurisdicción de los Tribunales de Menores”.

⁶⁶⁵ Cfr. CASABO RUIZ, J. R.: “Comentario al artículo 8.2”, cit., p. 229.

⁶⁶⁶ Cfr. MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 611.

⁶⁶⁷ El delito continuado era regulado en el artículo 69 bis del Código penal de 1973, constituyendo una excepción al principio general de imponer separadamente las penas. En el nuevo Código de 1995 se regula en el artículo 74 cuyo tenor literal dispone que *el que en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infringan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados, con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior*. Aclara la definición

manifestado de manera unánime, sino dividida, estimando, la mayoría de las veces, la eximente segunda del artículo 8 cuando la infracción está integrada por una pluralidad de acciones, de las que una parte han sido cometidas con anterioridad a los dieciséis años y otras después de cumplir dicha edad⁶⁶⁸.

Ahora bien, la jurisprudencia ha desestimado esta eximente cuando después de haber cumplido el sujeto los dieciséis años los actos delictivos persisten sin que se pueda diferenciar entre los perpetrados antes de los dieciséis años y los cometidos después de cumplir esta edad⁶⁶⁹. Y ello porque, como resuelve la sentencia del

de esta concreta cuestión, entre otras, la STS de 16 de diciembre de 1952 (RA 2589) en la que se consigna “que admitida por la doctrina y la jurisprudencia la calificación de delito continuado para la sanción de aquellos actos delictivos atribuidos a una misma persona, que siendo varios en número e identificados en un mismo propósito doloso, son, sin embargo, imposibles de individualizar porque su comisión reiterada y repetida, aunque sirviendo a idéntica finalidad, no ofrece en cuanto a cada uno en el momento de producirse la delimitación necesaria para su enjuiciamiento separado”. *Vid.*, en el mismo sentido, STS de 31 de enero de 1978 (RA 119). Para un estudio del delito continuado en la doctrina científica española cfr., entre otros, CHOCLAN MONTALVO, J. A.: *El delito continuado*, Madrid, 1997; CANTARERO BANDRES, R.: *Problemas penales y procesales del delito continuado*, Barcelona, 1990; CASTIÑEIRA PALOU, M. T.: *El delito continuado*, Barcelona, 1977.

⁶⁶⁸ *Vid.*, entre otras, las SSTS de 20 de junio de 1950 (RA 975) y 2 de mayo de 1962 (RA 1886).

⁶⁶⁹ *Vid.* STS de 16 de diciembre de 1952 (RA 2591), en la que se recoge el criterio seguido por el Tribunal Supremo cuando se desconocen las fechas en las que se cometieron los delitos, resolviendo que “habida cuenta de que no se ha precisado con exactitud las fechas en que se cometieron las sustracciones, han de tenerse como realizadas, siguiendo doctrina establecida por esta Sala, cuando se consumó la última y por la totalidad del valor de todas ellas, en la forma o modalidad con que se viene sancionando el delito continuado”. La misma doctrina aparece recogida en SSTS de 17 de noviembre de 1964 (RA 4844) y 16 de marzo de 1983 (RA 2140). En este sentido, según señala la STS de 27 de enero de 1948 (RA 103) el carácter continuado del delito le viene dado “por indeterminación del número y de la entidad de las varias sustracciones que lo integran, lo que implica sucesivos actos de ejecución, inacabada mientras el último no se realiza, y entonces totalmente perfecta y consumada, tanto en el propósito del culpable como en el resultado producido”. Incluso para algunos supuestos, como el antiguo delito de estupro, el Tribunal Supremo ha llegado a desestimar la eximente 2º del artículo 8 cuando los actos delictivos persisten después de los dieciséis años, aunque se pueda diferenciar los perpetrados antes de cumplir dicha edad. *Vid.* SSTS de 8 de octubre de 1973 (RA 3620) y 5 de octubre de 1976 (RA 3906).

Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1976⁶⁷⁰, “(...) según doctrina reiterada de esta Sala, en tema de delito continuado la edad del sujeto activo del mismo hay que referirla a la consumación de tal modalidad delictiva que no acaece sino con el último tramo de acción (...)”.

A nuestro juicio, la interpretación más justa sería, en discrepancia con la línea seguida por el Tribunal Supremo y en base al principio *in dubio pro reo*, aplicar la eximente segunda del artículo 8 al conjunto de las actuaciones delictivas en el supuesto de que resulte imposible la concreción de las realizadas después del cumplimiento de los dieciséis años⁶⁷¹, y cuando sí fuese posible la individualización de tales conductas, romper la continuidad del delito, aplicando el artículo 73 del nuevo Código penal, y admitiendo la circunstancia eximente para las conductas anteriores a la fecha del cumplimiento de la edad límite, siempre y cuando resulte más favorable para el reo⁶⁷².

2.2.2. Análisis del artículo 9.3

⁶⁷⁰(RA 2394)

⁶⁷¹ En la misma línea interpretativa, cfr. RODRIGUEZ MOURULLO, G.: “Comentario al artículo 19”, en *Comentarios al Código penal*, dirigidos por RODRIGUEZ MOURULLO, G., y coordinados por JORGE BARREIRO, A., cit., p. 85.

⁶⁷² En sentido parecido, cfr. RODRIGUEZ RAMOS, L.: “Comentario al artículo 8.2”, en *VVAA.: Código penal comentado*, coordinado por LOPEZ BARJA De QUIROGA, J./ RODRIGUEZ RAMOS, L., Madrid, 1990, p. 40.

El apartado tercero del artículo 9 del Código penal derogado de 1973 establece:

Son circunstancias atenuantes: 3. La de ser el culpable menor de dieciocho años.

Así, pues, mientras los dieciséis años constituían el límite a la imputabilidad penal, los dieciocho fijaban el tope máximo de atenuación de la responsabilidad criminal por razón de la edad⁶⁷³.

Las consecuencias jurídicas aplicables a la atenuante tercera del artículo 9⁶⁷⁴, ya sea la mayor o menor rebaja de la pena o su sustitución por el internamiento, aparecen previstas legalmente en el artículo 65, lo que demanda un estudio complementario de ambos preceptos.

2.2.2.1. Fundamento de la atenuante tercera del artículo 9

⁶⁷³ Vid. SSTS de 30 de abril de 1951 (RA 1426), 2 de diciembre de 1954 (RA 2724), 10 de febrero, 5 de julio y 8 de noviembre de 1958 (RA 353, 2471 y 3358), 2 de mayo de 1959 (RA 1759), 3 de diciembre de 1965 (RA 5491), 23 de septiembre de 1966 (RA 3810), 4 de noviembre de 1967 (RA 4919), 28 de junio de 1972 (RA 3210), 3 de diciembre de 1974 (RA 5077), 14 de abril de 1975 (RA 1631), de 15 de marzo de 1979 (RA 1294), 7 de noviembre de 1996 (RA 8189), y 8 de junio de 1998 (RA 5153).

⁶⁷⁴ Vid., SSTS de 9 de abril de 1986 (RA 1949) y 26 de junio de 1963 (RA 3291).

La atenuante tercera del artículo 9 establece explícitamente un límite objetivo⁶⁷⁵, cual es la edad, empero su esencia atenuatoria radica en una “situación subjetiva implícita en la descripción legal”⁶⁷⁶, esto es: una inteligencia y voluntad existentes pero todavía incompletas⁶⁷⁷. Esta ha sido además la interpretación recogida, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 1988⁶⁷⁸, que resuelve que la atenuante tercera del artículo 9 se refiere a la “culpabilidad de quienes no han alcanzado la plena madurez biológica y psíquica, ni la total responsabilidad social por las acciones delictivas realizadas”. En el mismo sentido, aunque con términos

⁶⁷⁵ Efectivamente, la redacción del artículo 9.3 establece un límite objetivo equivalente a una presunción, *iuris et de iure*, que obliga a atenuar la pena siempre que la edad sea inferior a dieciocho años. En este sentido, establece la STS de 12 de mayo de 1980 (RA 1910) que “la edad es un dato cronológico que arranca del hecho del nacimiento y su inscripción. Y que rebasada la edad de dieciocho años (...) se adquiere plena responsabilidad criminal, con todos efectos. La edad física, a diferencia de la edad mental orientadora del desarrollo de la personalidad, es un hecho histórico inatacable”. *Vid.*, en el mismo sentido, la STS de 11 de febrero de 1958 (RA 361).

⁶⁷⁶ Cfr. COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTON, T. S.: *Derecho penal. Parte general*, 4º ed., cit., p. 827; COBO DEL ROSAL, M.: “Atenuante de minoría de edad y sustitución de pena por medida en el artículo 65 del Código penal español”, en *RDJ*, núm. 41, 1970, pp. 79 y 80. Comparte esta postura CASABO RUIZ, J. R.: “Comentario al artículo 9.3”, en CORDOBA RODA, J./RODRIGUEZ MOURULLO, G.: *Comentarios al Código penal*, t. I, cit., p. 430.

⁶⁷⁷ Cfr., en sede doctrinal, MANZANARES SAMANIEGO, J. L./ALBACAR LOPEZ, J. L.: *Código penal. Comentarios y jurisprudencia*, cit., p. 58; ANTON ONECA, J.: *Derecho penal*, cit., p. 367; CASABO RUIZ, J. R.: “Comentario al artículo 65”, en CORDOBA RODA, J./RODRIGUEZ MOURULLO, G./DEL TORO MARZAL, A./CASABO RUIZ, J. R.: *Comentarios al Código penal*, t. II, Barcelona, 1976, p. 289; RODRIGUEZ RAMOS, L.: “Comentario al artículo 9.3”, en *Código penal comentado*, Madrid, 1990, p. 61; POLAINO NAVARRETE, M.: “Minoría de edad penal”, cit., p. 172.

⁶⁷⁸ (RA 247), cit. En el mismo sentido, véase, a modo de ejemplo, la STS de 22 de noviembre de 1982 (RA 7175).

más expresivos, si cabe, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1992⁶⁷⁹ consigna:

“(…) dentro de los sistemas posibles para la fijación de tal edad, el legislador español, abandonados otros criterios anteriores que plantearon importantes problemas, ha optado por la determinación de una, la de dieciséis años, antes de la cual, “*iuris et de iure*”, se presume la inimputabilidad, y otra, la de dieciocho, a partir de la cual se establece la presunción, “*iuris tantum*”, de imputabilidad plena, y para la etapa intermedia, comprendida entre los dieciséis y dieciocho años, ha previsto una atenuación cualificada o una sustitución de la pena por una medida de seguridad (art. 65), todo ello en beneficio de la juventud, para mejor proteger a quienes incurrir en infracciones que la Ley tipifica como delitos en épocas en las que ha de entenderse que aún no se ha alcanzado la plena madurez”.

Por consiguiente, mientras que en la exigente de minoría de edad bastaba la simple comprobación de la edad para que se agotase su eficacia jurídica, en la atenuante había que tomar en consideración otras circunstancias, concretamente las previstas en el artículo 65, “circunstancias del menor y del hecho”, pues, como señalan COBO Del ROSAL y VIVES ANTON, desconocer lo anterior equivaldría a

⁶⁷⁹ (RA 7258), cit.

reducir a la nada un precepto legal, como es el artículo 65, o conducirlo a un punto muerto donde resultaría prácticamente inexistente⁶⁸⁰.

En cuanto a las posibles dudas que pueden surgir acerca de la edad, como ha venido siendo constante en nuestra jurisprudencia, éstas han de resolverse, al igual que para la eximente de menor edad, en beneficio del reo. Sobre este particular, es de interés referirnos a la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1890⁶⁸¹, en la medida que sienta doctrina al determinar cómo se ha de resolver en caso de desconocer si el procesado tenía dieciocho años cumplidos en el momento de la comisión del delito. Concretamente, dispone su texto de forma literal:

“ (...) no declarándose probado en la sentencia por modo expreso y terminante si el culpable tenía o no dieciocho años cumplidos cuando perpetró el delito que motivó su condena, y no excluyendo las manifestaciones de la sentencia y las de los facultativos la posibilidad de que en el momento de cometer el delito no hubiera aún aquél cumplido la referida edad, *debe aceptarse la hipótesis más favorable*, y en tal supuesto se comete error de Derecho no haciendo aplicación de la circunstancia atenuante 2º del artículo 9º, en relación con el párrafo 2º del artículo 86 (...)”.

⁶⁸⁰ Cfr. COBO Del ROSAL, M./VIVES ANTON, T. S.: *Derecho penal. Parte general*, 4º ed., cit., p. 828.

⁶⁸¹ (JC 353) cit.

Por último, conviene precisar que el tratamiento privilegiado de la atenuante de minoría de edad⁶⁸² no es exclusiva del artículo 65, sino que, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 1987⁶⁸³, “el otorgamiento de una privilegiada atenuación a la edad juvenil ha sido una constante en las diversas codificaciones que han ido sucediéndose en el tiempo, atendiendo a la falta de completa madurez psíquica detectable en ciertas edades, traducida en una minoración de imputabilidad”.

En la misma línea, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1992⁶⁸⁴ señala que “a la menor imputabilidad propia de una madurez personal incompleta, como estadio situado entre la irresponsabilidad (que comprende a los menores de

⁶⁸² La consideración de la atenuante tercera del artículo 9 como privilegiada es justificada por la STS de 29 de marzo de 1971 (RA 1510) en el hecho de que “el artículo 65 del Código penal contiene una regla penológica especial para el menor de dieciocho años y mayor de dieciséis, al ordenar se aplique al mismo la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, razón por la que se considera a la atenuante tercera del artículo 9 como privilegiada, frente a las demás atenuantes comunes que, conforme a la regla primera del artículo 61, sólo obligan a la imposición de la pena en grado mínimo, salvo que se trate de atenuante muy calificada que permite al Tribunal imponer la pena inmediatamente inferior un uno o dos grados a la señalada, si bien, en contraste con el carácter imperativo de la atenuante de minoría de edad, la rebaja es potestativa y es menester, por otra parte, que no concorra agravante alguna, según expresa dicción de la regla 5º de dicho artículo 61; de todo lo que se infiere que el artículo 65 del Código penal contiene un verdadero tratamiento penológico autónomo para el menor”. También la califica como privilegiada, entre otras muchas, las SSTS de 4 de febrero de 1947 (RA 249), 2 de febrero, 17 de marzo, 29 de abril y 27 de junio y 20 de octubre de 1989 (RA 2319, 2680, 3571, 6001 y 8469), 12 de julio de 1990 (RA 6360), 3 y 10 de julio de 1991 (RA 5519 y 5771), 11 de febrero y 18 de septiembre de 1992 (RA 1123 y 7179), y la doctrina científica, cfr. MANZANARES SAMANIEGO, J. L./ALBACAR LOPEZ, J. L.: *Código penal. Comentarios y jurisprudencia*, cit., p. 331.

⁶⁸³ (RA 3021).

⁶⁸⁴ (RA 1301).

dieciséis años) y la imputabilidad total (correspondiente a los mayores de dieciocho años, sin otra relevancia en sí al dato cronológico), la Ley contempla una atenuante privilegiada, correspondiente a una imputabilidad disminuida, presumida *iuris et de iure*, y que abarca a los mayores de dieciséis años y menores de dieciocho”.

2.2.2.2. Estudio de la atenuante analógica en relación con la minoría de edad

Sobre este particular, el Tribunal Supremo, desde una interpretación literal restrictiva, ha mantenido casi siempre una línea constante, negando la mayoría de las veces a todos los sujetos que han cumplido los dieciocho años la posibilidad de que a través de la atenuante analógica se aceptase la de minoría de edad⁶⁸⁵.

⁶⁸⁵ Este ha sido el sentido recogido desde antaño. Así, por ejemplo, debemos citar la sentencia de 12 de febrero de 1884 (JC 7711), que sienta doctrina reconociendo: “ (...) al consignar el número 2º del artículo 9 del Código como circunstancia atenuante la de ser el culpable menor de dieciocho años, señala la Ley taxativamente un término preciso fuera del cual desaparece todo motivo inductivo de atenuación, sin que exista ni pueda estimarse por consiguiente punto alguno de analogía entre el tiempo anterior y posterior a la expresada limitación”. Incluso, la STS de 24 de abril de 1872 (JC 983) estimó que al tener el recurrente dieciocho años de edad en el momento de la comisión del delito, según aparecía consignado en la sentencia, no se podía hallar comprendido en el número segundo del artículo 9. La misma doctrina aparece recogida en la STS de 26 de mayo de 1875 (JC 2792) que resuelve: “ (...) es inadmisibile el recurso fundado en no haberse apreciado la existencia de la circunstancia atenuante de ser el reo menor de dieciocho años, cuando resulta acreditado que tenía cumplidos diecinueve”. Con palabras parecidas a las anteriormente consignadas, la STS de 13 de octubre de 1875 (JC 2925), dispone: “ (...) si consta que el procesado tenía veinte años al tiempo de ejecutar el delito, no estimando la Ley otra circunstancia atenuante que la de ser el culpable menor de dieciocho años, no puede invocarse como atenuante la de la corta edad como de igual entidad y análoga a las que el Código señala”. *Vid.*, en la misma línea interpretativa, las SSTS de 24 de febrero de 1887 (JC 149), 26 de febrero de 1895 (JC 108), 20 de junio de 1902 (JC 263), 13 de noviembre de 1906 (JC 121), 5 de junio de 1909 (JC 249), 7 de diciembre de 1910 (JC 134), 13 de junio de 1911 (JC 229), 16 de octubre de 1923 (JC 45), 13 de febrero y 21 de marzo de 1929 (JC 139 y 231), 30 de diciembre de 1935 (RA 2497), 13 de abril de 1953 (RA 3538), 30 de mayo y 9 de noviembre de 1968 (RA 2722 y 4581), 22 de octubre de 1982

En efecto, los dieciocho años cumplidos siempre han supuesto en nuestro Derecho una responsabilidad criminal plena, a excepción de que acompañase a la edad un retraso mental excepcional⁶⁸⁶, en cuyo caso, en otros tiempos, el Tribunal Supremo lo estimó como una de las circunstancias genéricas a que hacía referencia el número 8 del artículo 9 del Código penal de 1870⁶⁸⁷, que regulaba la atenuante analógica⁶⁸⁸.

(RA 5669) y 7 de abril de 1989 (RA 3044), que mantienen la misma doctrina. Véase, igualmente, la STS de 10 de diciembre de 1965 (RA 5564), desestimatoria de la atenuante análoga a la de menor edad, sobre la base de que “(...) la analogía descansa sobre semejanza de cualidades; y entre la menor edad en la circunstancia 3º del artículo 9 del Código penal y su pretensa análoga de avanzada edad no media correlación en cuanto a discernimiento y juicio nacido de experiencia, por lo que no estando probado el hecho base, como se exige en las circunstancias valiables, o sea, la decadencia en la senilidad con involuciones mentales, desaparece la analogía y no es dado estimar el segundo motivo”.

⁶⁸⁶ Cfr. BERNALDO De QUIROS, C./ NAVARRO De PALENCIA, A.: *Teoría del Código penal. Parte general*, cit., p. 401.

⁶⁸⁷ Así, el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones, y no sólo en el periodo de vigencia del Código de 1870, estimó la atenuante analógica en relación a la eximente de minoría de edad, por tener el procesado incompletas sus facultades intelectuales. Este es la interpretación recogida en la STS de 9 de octubre de 1891 (JC 94), que literalmente resuelve: “ (...) Si el Tribunal de derecho ha reconocido que el procesado no tiene desarrolladas sus facultades intelectuales cual corresponde a su edad, sino fuere apreciable la circunstancia primera del artículo 9, lo sería con evidente analogía la 8º en relación con la segunda (...)”. En el mismo sentido, la de 21 de marzo de 1928 (JC 138) consigna: “ (...) existe perfecta analogía, y es de igual entidad a los efectos de la responsabilidad exigible al agente, e imposición de la penalidad al mismo, el estado de limitación de las facultades mentales y el del menor de dieciocho años, lo que hace aplicable al caso el número 8º del artículo 9º del citado Código, y procede estimar la atenuante segunda de dicho artículo, apreciándola en toda la extensión de su carácter cualificativo, y no, tan sólo, como genérica”. También la STS de 24 de diciembre de 1929 (JC 151) reconoce: “ (...) existe perfecta analogía, y es de igual entidad con relación a la responsabilidad penal, el estado de limitación de las facultades mentales del recurrente y el del menor de dieciocho años (...)”. Véase, en los mismos términos, la STS de 14 de febrero de 1930 (RA 150), que textualmente dispone: “ (...) ha de reconocerse, en conformidad a precedentes declaraciones de esta Sala, que el aludido hecho, relativo a la deficiencia mental del acusado, guarda analogía con la situación legal del menor de dieciocho años de edad, circunstancias ambas de igual entidad con relación a la responsabilidad criminal, en razón a lo cual debe entenderse aplicable en el caso del presente recurso lo dispuesto en el número octavo del artículo 9 del mencionado Código penal”. *Vid.*, igualmente, la STS de 31 de marzo de 1966 (RA 1631). Para un interesante estudio de los casos anteriores a la entrada en vigor del Código penal de 1944 en los que ha sido estimada por el Tribunal Supremo la atenuante analógica en relación con la menor edad, con fundamento en la deficiencia mental que padecía el sujeto, en la sordomudez, en la epilepsia, o en la

Sobre este particular, ha manifestado Del RIÓ FERNÁNDEZ⁶⁸⁹ que las alegaciones de diversa procedencia que se intentaban conectar por analogía a la atenuante de minoridad, tales como edad senil, carencia de instrucción, sordomudez o ceguera, merecieron el beneficio de la atenuación, pero siempre en atención a que el sujeto presentara, junto a la edad avanzada o a la falta de instrucción, una anomalía psíquica que debilitara su inteligencia o voluntad.

Hoy día, sin embargo, la jurisprudencia ha cambiado aquella línea interpretativa, a nuestro juicio con mayor acierto. Así lo demuestra, entre otras, la sentencia de 20 de junio de 1969⁶⁹⁰, que señala: “(...) si nada consta sobre la minoría de edad, no sería posible tampoco estimar esta eximente, pues si por enajenación mental el acusado estuviera totalmente privado de razón y de capacidad para decidir e inhibir, hubiera sido de aplicar la circunstancia de inimputabilidad completa primera del artículo 8º, pero nunca la segunda menor edad”.

ceguera, cfr., por todos, ORTS BERENGER, E.: *Atenuante de análoga significación*, Universidad de Valencia, 1978, pp. 139-142. *Vid.*, a modo de ejemplo, la STS de 20 de marzo de 1903 (JC 88) que textualmente señala: “ (...) estimada por el Tribunal del juicio como causa análoga de atenuación la sordomudez del acusado, equiparándola a la de ser éste menor de dieciocho años, porque la falta de medios expeditos de comunicación con sus semejantes determina, careciendo el procesado de toda instrucción, una menor percepción en el desarrollo de las ideas morales, es lógico asignar a ese motivo de atenuación la misma trascendencia que según la Ley corresponde al de la menor edad”.

⁶⁸⁸ El tenor literal del artículo 9 del Código penal de 1870 disponía que *son circunstancias atenuantes: 8º Y, últimamente, cualquiera otra circunstancia de igual entidad y análoga a las anteriores.*

⁶⁸⁹ Cfr. Del RIO FERNANDEZ, L.: “Atenuantes por analogía”, en *Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, en *CDJ*, núm. VII, CGPJ, 1995, p. 381.

⁶⁹⁰ (RA 3725), cit.

También resulta de interés mencionar la sentencia de 22 de noviembre de 1982⁶⁹¹, que resuelve: “(...) la nueva atenuante ha de responder al espíritu que inspiró a aquella con la que se pretende relacionar o sirve de modelo y fundamentándose la responsabilidad atenuada del número tercero del artículo 9 en la adolescencia, en que el sujeto no ha adquirido la madurez mental plena (...), el hecho de acabar de cumplir los dieciocho años no puede producir por sí sólo la atenuante analógica invocada, es necesario que a tal hecho acompañen otras circunstancias de índole ambiental, formativo o de desarrollo (*no enfermedad mental*)⁶⁹² etc., que le hagan asimilable, en cuanto a su desenvolvimiento mental, a los menores normales, mayores de dieciséis años y menores de dieciocho”.

Sobre este extremo, debe también significarse, al menos, parte del contenido literal de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1970⁶⁹³ que, siguiendo con la inicial línea literal-restrictiva, pero flexibilizándola en función de la particulares características que concurran en el caso concreto, resuelve esta cuestión, con buen criterio, señalando que “aunque la naturaleza no proceda a saltos y deba graduarse la responsabilidad en función a la madurez y capacidad del sujeto, como

⁶⁹¹ (RA 7175), cit. Véase, en el mismo sentido desestimatorio de la atenuante analógica desde el momento en que el sujeto cumple los dieciocho años, la STS de 13 de febrero de 1991 (RA 1025).

⁶⁹² La cursiva es nuestra.

⁶⁹³ (RA 4517), cit.

las Leyes han de establecer un punto para pasar de una situación a otra, basta un minuto para dejar de ser menor y adquirir la plenitud de los derechos civiles, pasado el límite marcado por la Ley, no puede establecerse, in genere, una atenuante para ese primer tiempo de mayoría penal, sino que habrá que relacionar la situación del joven con las circunstancias concurrentes”⁶⁹⁴.

Ahora bien, nuestro Tribunal Supremo recientemente se ha pronunciado estimando la atenuante analógica del número 10 del artículo 9 cuando el acto delictivo ha sido cometido el mismo día en el que el sujeto cumplía dieciocho años, desconociéndose la hora de su nacimiento⁶⁹⁵. Y ello porque como acertadamente señala la sentencia de 24 de septiembre de 1992⁶⁹⁶, la finalidad legal de protección al menor exige que la interpretación de las normas penales haya de hacerse siempre con un “criterio

⁶⁹⁴ Sobre el particular, señala la STS de 14 de diciembre de 1976 (RA 5338) que: “(...) al tener el recurrente en el momento de la ejecución de los hechos dieciocho años, ocho meses y quince días, habiendo, por consiguiente, rebasado la mayoría de edad penal prevista en el Ordenamiento jurídico-criminal, y, de otra parte, que el invocado estado precario y primario, así como la nula cultura del mismo, son factores puramente imaginativos del recurrente al no existir en los hechos y contexto de la sentencia otros antecedentes sobre tales extremos que la explícita constancia de que el procesado tiene instrucción, razones que en consecuencia conllevan a desestimar el motivo examinado por su notoria improcedencia”.

⁶⁹⁵ *Vid.*, sobre este concreto extremo, la STS de 14 de enero de 1988 (RA 247) cit., que resuelve que “esta atenuación ha de ser aplicada a quien el mismo día de la comisión del delito cumplía los dieciocho años, sin que se determine la hora del nacimiento, pues de otro modo se haría una interpretación contra reo de los hechos probados incompatible con el principio de la presunción de inocencia”. Sobre el particular, consigna la STS de 13 de abril de 1994 (RA 3283), cit., que “parece que no hemos de tener escrúpulo alguno en considerar análogo al supuesto de ser menor de dieciocho años el caso de haber cumplido tal edad el mismo día de la comisión del delito aunque en hora anterior”. Sin embargo, como señala la STS de 24 de noviembre de 1995 (RA 8871), el hecho de que el delito se cometiese dos días después de cumplir el acusado los dieciocho años de edad, excluye la extensión analógica de la atenuante de edad juvenil.

⁶⁹⁶ (RA 7258), cit.

favorable a la extensión de la exención o de la atenuación de la responsabilidad, en definitiva, en beneficio del reo”.

Pese a la promulgación del Código penal de 1995, la jurisprudencia no ha variado su línea de interpretación literal-restrictiva a la hora de apreciar la atenuante analógica de minoría de edad una vez cumplidos los dieciocho años. Así, recientemente, frente a la pretensión de la defensa de que se apreciase la atenuante analógica de minoridad en cuanto las acusadas tenían en el momento de la comisión de los hechos diecinueve años, y con el Código penal de 1995 la minoría de edad se eleva en su artículo 19 de dieciséis a dieciocho años, la Audiencia Provincial de Toledo se ha pronunciado señalando que “(...) sin embargo, ni el artículo en cuestión está vigente, en base a lo establecido en la Disposición Final Séptima del Texto citado, ni la jurisprudencia ha admitido la atenuante, salvo por el camino de la enajenación (imbecilidad-idiocia) en función de la edad mental del sujeto (...), y si no se ha dado lugar a ella como atenuante genérica, mucho menos como analógica”.

Por último, baste decir que el fundamento de la interpretación literal-restrictiva que de la atenuante analógica, en relación con la minoría de edad, ha venido efectuando nuestro Tribunal Supremo, entendemos que se encuentra en los límites fijos que establece la legislación, cuyo espíritu y letra, como es lógico, debe ser acatado por los Tribunales, pues, de no ser así, se correría el peligro de ampliar el comienzo de

la mayoría de edad penal a criterio discrecional o potestativo de los jueces⁶⁹⁷. No obstante, siguiendo la misma línea interpretativa que la sostenida por el Tribunal Supremo en sus últimas sentencias, en caso de que se considere la minoría de edad a través de la atenuante analógica, debe hacerse siempre en beneficio del reo.

2.2.2.3. El delito continuado en relación con la atenuante de minoría de edad

En los supuestos de delito continuado, la desestimación de la atenuante de edad juvenil ha sido desde siempre más generalizada que en la eximente de minoría de edad⁶⁹⁸. A título de ejemplo, cabe mencionar la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1946⁶⁹⁹, que resuelve:

⁶⁹⁷ Una posición discrepante a la interpretación literal-restrictiva de la atenuante de menor edad, en BERISTAIN IPIÑA, A.: “Juristas y psicólogos ante la delincuencia juvenil”, *conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio de Abogados de Bilbao, el día 14 de mayo de 1965, en el acto académico en homenaje al R. P. Julián Pereda*, en *REP*, núm. 168, Madrid, enero-marzo 1965, pp. 108 y ss.

⁶⁹⁸ Cfr. RODRIGUEZ RAMOS, L.: “Comentario al artículo 8.2”, cit., p. 40.

⁶⁹⁹ (RA 461). La misma doctrina tiene declarada la jurisprudencia en SSTs de 19 de mayo de 1947 (RA 706), 10 de junio de 1948 (RA 1021) cit., 29 de mayo de 1963 (RA 2496), 5 de noviembre de 1966 (RA 5111), 7 de diciembre de 1973 (RA 4928) y 9 de mayo de 1972 (RA 2079), señalando esta última de modo literal que “si bien cuando inició las actividades por las que ha sido sancionado no le alcanzaba una responsabilidad plena, por razón de la edad, o, mejor todavía, ni siquiera podían tener repercusión en este ámbito punitivo, ya que contaba solamente quince años, persistió en igual o similar conducta después de rebasados los dieciocho años, lo que no permite apreciar como concurrente la circunstancia atenuante de minoría de edad, prevista en el número tercero del artículo 9 del Código penal, que es lo postulado en el único motivo de este recurso, en el que por la vía del

“ (...) si bien es cierto, en los hechos probados de la sentencia recurrida aparece sentado que la procesada comenzó a realizar las primeras falsedades que integran el delito, calificado y sancionado por el Tribunal de instancia, de falsificación de documentos oficiales y mercantiles sin lucro, cuando tenía diecisiete años y, por ende, dentro de la edad minorativa de su responsabilidad penal, no es menos cierto que a partir del 20 de septiembre de 1940, en que cumplió los dieciocho años, como nacida en igual fecha del año 1922, al continuar realizando idénticas actividades integrantes del citado delito, éstas ya lo fueron con plena responsabilidad penal a su conducta dolosa, no limitada ya por la disminución de su inteligencia y por ello de su voluntad, que presuponía en las anteriores, su menor edad de dieciocho años y, a su vez, esa persistencia en su dolosa actuación implica una ratificación de su conducta anterior, que impide pueda serle apreciada la concurrencia a su favor de la circunstancia atenuante tercera del artículo 9º, y 65 del vigente (...)”.

No obstante, en alguna ocasión, el Tribunal Supremo ha estimado la concurrencia de la atenuante tercera del artículo 9 por no ser precisadas las fechas de las actuaciones delictivas que cometió el sujeto tras cumplir dieciocho años⁷⁰⁰. Sobre el

número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la inaplicación de dicho precepto sustantivo, motivo que, consecuentemente, ha de desestimarse”.

⁷⁰⁰ En este sentido, la STS de 9 de junio de 1959 (RA 2253), cit. resuelve que “el único motivo de casación del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida de la circunstancia atenuante tercera del artículo 9º al procesado Antonio G. H., no puede ser acogido; porque en el hecho probado no se

criterio que a nuestro juicio debe seguirse en estos casos, nos remitimos a lo ya expuesto sobre esta misma cuestión para la eximente 2º del artículo 8.

2.2.3. Análisis del artículo 65

El tenor del artículo 65 dispone:

Al mayor de dieciséis años y menor de dieciocho se aplicará la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, pudiendo el Tribunal, en atención a las circunstancias del menor y del hecho, sustituir la pena impuesta por internamiento en institución especial de reforma por tiempo indeterminado, hasta conseguir la corrección del culpable.

Conforme a dicha redacción, los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años⁷⁰¹ son objeto de tratamiento privilegiado y excepcional en materia de

declara que ejecutase actos de sustracción después del 24 de mayo de 1955, en que cumplió los dieciocho años de edad, y sí sólo, que los realizó en distintas ocasiones no precisadas, desde los primeros días de enero de 1955 al 21 de febrero de 1956; por lo que no es posible presumir, en perjuicio del reo, que esta fecha tope sea de comisión y no de descubrimiento, y más teniendo en cuenta que la escasa cuantía de lo sustraído permite situar cómodamente las diversas sustracciones en fecha anterior a la mayor edad penal del procesado; y al ser esto posible, y no haber afirmación absoluta que se oponga a ello, el recurso del Ministerio Fiscal no puede ser acogido”.

⁷⁰¹ Incluso se propuso en la *Memoria del Fiscal del Tribunal Supremo de 1966*, pp. 45 y ss. ampliar hasta los veintiún años la facultad de sustituir la pena por internamiento en institución especial de reforma, concedida a los Tribunales por el artículo 65 del Código penal. Cfr. MARTIN CANIVELL, J.: “Problemática contemporánea de la delincuencia juvenil”, en *RGLJ*, núm. 2,

imposición de penas⁷⁰², no sólo respecto de las otras atenuantes, sino en relación al resto de las circunstancias⁷⁰³, pudiendo ser la atenuante de minoría de edad estimada como cualificada al permitir el artículo 65 la rebaja de la pena en dos grados⁷⁰⁴.

Desde un punto de vista técnico, consideramos que la redacción del, hasta hace poco vigente, artículo 65 constituye en su conjunto una mezcla de preceptos de naturaleza y finalidad distinta⁷⁰⁵.

2.2.3.1. Determinación de la rebaja de la pena

Madrid, 1968, p. 321. En el mismo sentido se expresa la *Memoria elevada al Gobierno Nacional el día 15 de septiembre de 1967 por el Fiscal del Tribunal Supremo*, que recogía la Propuesta del Fiscal de Madrid en los siguientes términos: “la facultad que al Tribunal confiere el artículo 65 del Código penal podría constituir una solución eficaz si se ampliara la edad para su aplicación, por lo menos hasta los veintiún años, siempre que se contara con establecimientos adecuados y se aplicara generosamente por los Tribunales”. La misma preocupación es reiterada por el Tribunal de Burgos, al señalar : “respecto del artículo 65, que debiera modificarse en el sentido de que la sustitución de la pena por internamiento se refiera a los mayores de dieciséis años y menores veintiuno, por ser hasta esa edad cuando las posibilidades de corrección son mayores”. Cfr. COBO DEL ROSAL, M.: “Atenuante de minoría de edad y sustitución de pena por medida en el artículo 65 del Código penal español”, cit., p. 94.

⁷⁰² Así lo señala expresamente la STS de 15 de junio de 1998 (RA 5320).

⁷⁰³ Cfr. GONZALEZ CUSSAC, J. L.: *Teoría general de las circunstancias modificativas de las responsabilidades criminales*, cit., p. 226, y ANTON ONECA, J.: *Derecho penal*, cit., p. 367.

⁷⁰⁴ Cfr. COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTON, T. S.: *Derecho penal. Parte general*, 4º ed., cit., p. 828. En sentido parecido, cfr. PUENTE SEGURA, L.: *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de las responsabilidades criminales*, cit., p. 307.

⁷⁰⁵ En este sentido, señala PEREZ FERRER, E.: “Las posibilidades del artículo 65 del Código penal”, en *ADPCP*, t. XXX, fasc. III, 1977, p. 577, que el primer inciso del artículo 65 tiene unas características puramente jurídico-penales, del que no participa el segundo inciso.

El artículo 65 ha sido interpretado, según constante y reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, en el sentido de que la rebaja en un grado de la pena, respecto del delito cometido, es siempre preceptiva y obligatoria, en tanto que la reducción en dos grados es una facultad potestativa y discrecional de los Tribunales⁷⁰⁶, sin que quepa recurso de casación contra dicho atributo⁷⁰⁷.

⁷⁰⁶ Así lo ha considerado reiteradamente la jurisprudencia en SSTS de 27 de noviembre de 1944 (RA 1307), 25 de enero y 18 de abril de 1947 (RA 117 y 542), 7 de julio y 3 de noviembre de 1948 (RA 1062 y 1338), 15 de marzo y 9 de abril de 1952 (RA 577 y 615), 2 de marzo de 1953 (RA 445), 18 de marzo y 6 de diciembre de 1959 (RA 1274 y 4279), 6 de octubre de 1960 (RA 3028), 26 de junio de 1961 (RA 2680), 11 de febrero de 1964 (RA 730), 17 y 31 de enero, y 16 de marzo de 1966 (RA 354, 562 y 1246), 14 de marzo y 17 de octubre de 1968 (RA 1416 y 4323), 19 de junio, 7 y 10 de octubre de 1969 (RA 3718, 4941 y 4360), 8 de febrero y 15 de junio de 1971 (RA 505 y 2878), 2 de julio, 15 de octubre y 12 de noviembre de 1973 (RA 2949, 3839 y 4308), 3 de mayo de 1974 (RA 2080), 3 de mayo de 1975 (RA 2077), 25 de febrero de 1975 (RA 626), 22 de marzo y 3 de diciembre de 1976 (RA 1226 y 5230), 31 de enero de 1978 (RA 119) cit., 20 de marzo y 13 de diciembre de 1979 (RA 1305 y 4605), 18 de enero y 10 de diciembre de 1980 (RA 109 y 4922), 20 de febrero de 1981 (RA 765), 19 de octubre de 1982 (RA 5653), 13 de julio de 1983 (RA 4161), 27 de diciembre de 1984 (RA 6662), 15 de diciembre de 1986 (RA 7922), 13 de julio, 23 septiembre y 17 de octubre de 1988 (RA 6571, 8262 y 8329), 14 y 18 de enero, 9 de mayo y 10 de julio de 1989 (RA 29, 45, 4227 y 6172), 11 de diciembre de 1990 (RA 9456), 15 de abril, 24 de octubre y 14 de noviembre de 1991 (RA 2738, 7366 y 8130), 8 de febrero, 28 de septiembre y 30 de noviembre de 1992 (RA 1102, 7381 y 9574), 2 de febrero de 1993 (RA 632), 4 de julio, 2 de noviembre y 5 de diciembre de 1994 (RA 6418, 8557 y 9387), 6 de marzo de 1995 (RA 1811), 16 de diciembre de 1996 (RA 8955), 10 de abril y 30 de junio de 1997 (RA 2768 y 645), 2 de julio de 1998 (RA 5807), y autos del Tribunal Supremo de 4 de septiembre y 18 de diciembre de 1990 (RA 6916 y 9564). En los mismos términos se ha pronunciado el Fiscal del Tribunal Supremo en *Memoria elevada al Gobierno Nacional en la solemne apertura de los Tribunales, el día 15 de septiembre de 1975*, Madrid, 1975, p. 235.

⁷⁰⁷ *Vid.* SSTS de 11 de diciembre de 1981 (RA 4994), 18 de noviembre de 1987 (RA 8548), 6 de febrero, 31 de mayo, 1 de junio y 14 de octubre de 1988 (RA 907, 4133, 4133 y 7922), 18 de mayo, 7 de julio y 17 de noviembre de 1989 (RA 8408, 6123 y 8665), 24 de enero, 4 de abril, 9 de julio y 30 de noviembre de 1990, (RA 482, 3134, 6271 y 9265), 24 de enero, 8 de junio, 4 de noviembre y 22 de diciembre de 1992 (RA 440, 5292, 8889 y 10475), y 23 de noviembre de 1995 (RA 8781).

Conforme resuelve la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1979⁷⁰⁸, la disminución de la pena en dos grados “ (...) queda al arbitrio absoluto del Tribunal, que deberá atender para ello a las circunstancias del inculpado, como son su madurez, su grado de socialización y su desarrollo mental psicológico (...)”. Sobre este particular, conviene matizar que el hecho de que la facultad discrecional del artículo 65 no contenga, a diferencia de otros preceptos, condiciones casuísticas, ha determinado que la doctrina jurisprudencial haya limitado el uso de dicho arbitrio, ya que, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1992⁷⁰⁹, “éste opera no ya en el primer escalón del descenso imperativo, sino en el segundo”.

El artículo 65 preceptúa que la pena que ha de rebajarse es la señalada *por la Ley*. Esta expresión constituye, tan sólo, una mera referencia abstracta, ya que por exigencia del principio de legalidad todas las penas que se imponen han de estar previamente señaladas por la Ley⁷¹⁰.

En principio, parece que la redacción del artículo 65 se refiere a la pena determinada en el tipo penal concreto, solución que ha de rechazarse por cuanto la

⁷⁰⁸ (RA 4605) cit. En términos análogos, *vid.* STS de 2 de marzo de 1994 (RA 2097).

⁷⁰⁹ (RA 614). *Vid.*, en el mismo sentido, las SSTS de 26 de junio de 1984 (RA 3690) y 25 de junio de 1986 (RA 3193).

pena típica se aplica al autor del delito consumado, tanto conforme al artículo 49 del Código derogado⁷¹¹, como al 61 del actual⁷¹², lo que significaría que la rebaja de la pena en uno o dos grados no podría aplicarse si el joven hubiese colaborado en el delito a título de cómplice o encubridor, o de haberse ejecutado incompletamente el acto delictivo⁷¹³.

Hecha esta salvedad inicial, cuando la conducta sea consumada y el sujeto autor, lógicamente la pena a disminuir será la señalada por la Ley para el delito. Ahora bien, en el segundo supuesto, si la conducta delictiva es incompleta, o la cooperación del joven ha sido en calidad de cómplice o encubridor, hay que interpretar con CASABO⁷¹⁴ que se reducirá la pena ya rebajada por dichas circunstancias. En efecto, ésta ha sido la línea seguida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al señalar que la pena se determinará atendiendo: en primer lugar, al grado de participación en el delito (autor, cómplice o encubridor); en

⁷¹⁰ En términos parecidos, cfr. CASABO RUIZ, J. R.: “Comentario al artículo 65”, cit., p. 289 y CANTARERO, R.: *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación: Derecho penal y procesal de menores*, cit., p. 144.

⁷¹¹ El artículo 49 del anterior Código penal establecía que *a los autores de un delito o falta se les impondrá la pena que para el delito o falta que hubieren cometido se hallare señalada por la Ley*.

⁷¹² El artículo 61 del Código penal de 1995 preceptúa que *cuando la Ley establece una pena, se entiende que la impone a los autores de la infracción consumada*.

⁷¹³ Cfr. CASABO RUIZ, J. R.: “Comentario al artículo 65”, cit., p. 289.

⁷¹⁴ *Ibidem*, p. 291.

segundo lugar, al grado de ejecución (consumado, frustrado o intentado); y, finalmente, a las circunstancias privilegiadas o eximentes incompletas⁷¹⁵.

Pues bien, una vez determinada así la pena, “sobre ella juegan las otras circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad”⁷¹⁶, por lo que, a continuación, procede analizar la acumulación de la edad juvenil con otras circunstancias atenuantes y agravantes⁷¹⁷. En este sentido, debe tenerse presente, como ha puesto de relieve CANTARERO⁷¹⁸, siguiendo lo inicialmente expuesto por CASABO RUIZ, que el principio de culpabilidad exige, como es sabido, que a menor culpabilidad se aplique menor pena, de tal suerte que si el agente es tratado preferentemente por el Código atendiendo a su edad, no parece lógico privarle de las circunstancias que en el caso de los adultos producen una rebaja de la pena. El problema que entonces se plantea radica en la alarma social que puede producir una

⁷¹⁵ Así lo declara la STS de 10 de diciembre de 1982 (RA 7403), reiterando, a su vez, la doctrina recogida en SSTS de 16 de noviembre de 1967 (RA 5087), 20 de enero, 11 y 21 de diciembre de 1981 (RA 161, 4994 y 5101), 2 de marzo y 4 de junio de 1982 (RA 1404 y 3464).

⁷¹⁶ *Vid.* STS de 10 de diciembre de 1982 (RA 7403) cit.

⁷¹⁷ Sobre este extremo, con acertado razonamiento, ha manifestado CASABO RUIZ, J. R.: “Comentario al artículo 65”, cit., pp. 292-294, que existiendo fundamentos de hecho suficiente para apreciar las distintas circunstancias, además de la edad juvenil, éstas deberían producir todos sus efectos, pues, además así lo establece la Ley. En el mismo sentido, cfr. PEREZ FERRER, E.: “Las posibilidades del artículo 65 del Código penal”, cit., p. 578. Sobre este extremo, resulta de interés la STS de 7 de mayo de 1987 (RA 3021), que, entre otras, aclara la cuestión, al consignar que no existe impedimento alguno “tras la determinación del alcance de la rebaja, para la aplicación de las disposiciones reguladoras de las circunstancias comunes de atenuación y agravación, entre ellas las emanantes de las reglas contenidas en el artículo 61”. La misma doctrina aparece recogida en la STS de 14 de diciembre de 1987 (RA 9769).

excesiva rebaja de dicha consecuencia jurídica, lo que se ha reflejado en una tendencia reñida con el principio de culpabilidad. En cualquier caso, debe admitirse que el menor pueda beneficiarse de otras circunstancias privilegiadas. Esta ha sido, además, la doctrina adoptada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así lo recoge, entre otras muchas, la sentencia de 14 de febrero 1930⁷¹⁹, que estima la concurrencia de varias atenuantes privilegiadas en un menor de dieciocho años, resolviendo literalmente:

“(…) ha de reconocerse, en conformidad a precedentes declaraciones de esta Sala (…) procediendo que se estime en favor del procesado la circunstancia atenuante, especialmente privilegiada, segunda del propio artículo, sin que para ello pueda ser obstáculo el que concurra con plena realidad la circunstancia de ser menor de dieciocho años el inculpado, dado que los dos motivos de esa atenuación específica obedecen a hechos diferentes, que permiten apreciarlas en toda su extensión, a los efectos de la pena señalada por la Ley (…)”.

Donde no ha existido acuerdo, empero, ha sido acerca de si una vez reducida la pena en uno o dos grados el Tribunal debía observar las reglas del artículo 61 del Código penal de 1973 para determinar el grado de la misma. Efectivamente, algunas sentencias han reconocido que degradada la pena se debía acudir al citado artículo

⁷¹⁸ Cfr. CANTARERO, R.: *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación: Derecho penal y procesal de menores*, cit., p. 145.

61⁷²⁰, sin embargo, más recientemente, ha entendido la jurisprudencia que el juego de las reglas del artículo 61 del derogado Código penal de 1973 era imperativo si se rebajaba la pena en un grado y no si se reducía en dos. Así lo establece la sentencia de 15 de junio de 1990⁷²¹, donde literalmente se resuelve:

“ (...) Por algún sector de la doctrina se ha venido entendiendo que, una vez hecha la rebaja (...) de la pena en uno o dos grados (...), por la importancia de la misma, no cabe aplicar las reglas del artículo 61 relativas a la determinación de la pena cuando existan otras circunstancias atenuantes o agravantes, o cuando no concorra ninguna. Sin embargo, la jurisprudencia de esta Sala⁷²² viene distinguiendo

⁷¹⁹ (RA 150), cit.

⁷²⁰ *Vid.* STS de 14 de diciembre de 1987 (RA 9769) cit., que, reiterando la doctrina de las SSTS de 21 de diciembre de 1981 (RA 5101) cit, 27 de enero de 1983 (RA 61), 13 de julio de 1983 (RA 4161), cit., 25 de junio de 1985 (RA 3858) y 7 de mayo de 1987 (RA 3021) cit., señala que “es necesario que se proceda a aplicar, en primer lugar, la norma imperativa del artículo 65 del Código penal, y, seguidamente, actuar sobre la resultante con las reglas del artículo 61 para individualizar la pena correspondiente al hecho cometido y circunstancias del autor”. En el mismo sentido, la STS de 31 de mayo de 1988 (RA 4133) cit., manifiesta: “ (...) es doctrina de esta Sala que en aquellos preceptos que como los artículos 65 y 66 se concede arbitrio a los Tribunales para rebajar la pena en uno o dos grados, que una vez elegida la pena dentro de estos límites (la inferior en un grado como obligatoria y la inferior en dos como facultativa) recobra su imperio el artículo 61 para determinar los límites de la pena elegida”. En sentido contrario, también ha interpretado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, en sentencia de 13 de julio de 1983(RA 4161), cit. que “una vez reducida la pena inferior en uno o dos grados se impondrá la extensión que corresponda en razón a las demás circunstancias que concurren”. Véase esta misma doctrina en SSTS de 11 de diciembre de 1948 (RA 1568), 16 de noviembre de 1967 (RA 5087) y 23 de octubre de 1973 (RA 3936).

⁷²¹ (RA 5320).

⁷²² *Vid.* STS de 26 de diciembre de 1989 (RA 9792) cuyo texto literal consigna “esta Sala ha sostenido en numerosos precedentes que, cuando la Ley autoriza la reducción en uno de los dos grados de la pena, los Tribunales deberán aplicar las reglas del artículo 61 en la individualización de la pena que se realice en el primero de ellos, mientras que en el segundo de los mismos recorrerá íntegramente el marco legal sinsujección a tales reglas”. En la misma línea interpretativa *vid.* SSTS

en este punto dos supuestos, según que el Tribunal opte por la rebaja simple y obligatoria en un grado o por la potestativa y cualificada en dos. En el supuesto primero, si no concurren otras circunstancias ni atenuantes ni agravantes, debe respetarse la regla 4º del artículo 61 y no imponer el grado máximo, sino sólo el medio o el mínimo. En el supuesto segundo, tal regla 4º no es de necesaria aplicación, pudiendo entonces recorrerse los tres grados de la pena correspondiente (...)”.

Siguiendo la misma línea jurisprudencial que en la anterior sentencia, recientemente nuestro Tribunal Supremo se ha vuelto a pronunciar recordando en sentencia de 2 de abril de 1998⁷²³, que “es doctrina reiterada de esta Sala que si el Tribunal de instancia en el caso de minoría de edad penal de dieciocho años baja la pena en dos grados, no tiene la obligación de someterse a las normas del artículo 61”⁷²⁴. Argumentación que vuelve a reiterar en sentencia de 24 de junio de 1998⁷²⁵, al consignar que “la jurisprudencia tradicional de esa Sala venía estableciendo que si la rebaja se hacía sólo en un grado, debían observarse las reglas sobre aplicación de las penas emanadas de las disposiciones de carácter general, por lo que habría que atender al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes, mientras

de 2 de abril de 1964 (RA 1740), 15 de junio de 1990 (RA 5320) cit., 31 de enero de 1992 (RA 614) cit., y 11 de marzo de 1994 (RA 2130).

⁷²³ (RA 2965).

⁷²⁴ *Vid.*, el mismo contenido en las SSTs de 26 de diciembre de 1989 (RA 9792) cit., 8 y 23 de junio de 1992 (RA 5292 y 5853) cit., 28 de septiembre y 5 de octubre de 1993 (RA 7013 y 7277).

que si se elegía la pena inferior en dos grados, la discrecionalidad era máxima permitiendo el libre recorrido por toda la extensión de la pena”.

Si no concurren otras circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal⁷²⁶, es entonces cuando, como resuelve, con buen criterio, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1981⁷²⁷, el Tribunal “ha de moverse dentro de la pena elegida con un criterio de discrecionalidad reglada, en atención a la mayor o menor gravedad del hecho y la personalidad del delincuente”. De ahí que no compartamos la postura de GONZÁLEZ CUSSAC⁷²⁸, que defiende la no aplicación del artículo 61 del antiguo Código penal en pro de la libertad que se ha de conceder al Tribunal para elegir el grado de la pena a imponer, pues entendemos que, pese a que lo decisivo es la personalidad del menor, en aras al principio de seguridad jurídica, el criterio discrecional o potestativo de los jueces debe ser limitado al máximo.

⁷²⁵ (RA 9209).

⁷²⁶ Para un estudio de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, cfr., entre otros, RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, M.: “Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en la Teoría general del delito”, en *Estudios de Derecho penal y Criminología*, t. II, 1989, pp. 183-210.

⁷²⁷ (RA 765) cit.

⁷²⁸ Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Teoría general de las circunstancias modificativas de las responsabilidades criminales*, cit., p. 227.

Hoy en día debe entenderse que la reducción en uno o dos grados de la pena habrá de realizarse de conformidad con lo establecido por los artículos 70 y 71 del vigente Código penal de 1995.

Pese a los tradicionales problemas interpretativos que fundamentan la rebaja de la pena en uno o dos grados, dicha atenuación ha sido la solución más frecuente en la práctica judicial española⁷²⁹, pues la medida de internamiento, aparte de las dificultades prácticas, ofrece serios inconvenientes de inconstitucionalidad por su carácter indeterminado⁷³⁰.

⁷²⁹ Cfr. ZUGALDIA ESPINAR, J. M.: *Fundamentos de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 135. Sobre este particular, CAVERO FORRADELLAS, G.: “Valoración por el Fiscal de los programas de intervención educativa en el ámbito judicial con jóvenes de dieciséis a dieciocho años”, cit., p. 104, ha dejado constancia de la escasa aplicación en el Servicio de Menores de la alternativa a la pena que contiene el artículo 65, llegando a constituir, tan sólo, experiencias excepcionales. Para Casabó Ruiz la escasa aplicación de la medida de internamiento en institución especial de reforma, que, como ya expusimos, introdujo el Código de 1944, se debe al hecho de no hallarse recogida en la Ley de Bases de 19 de julio de ese mismo año; de ahí que no tuviese fuerza de Ley, sino rango administrativo, lo que justifica su escaso uso. Cfr. CASABO RUIZ, J. R.: “Comentario al artículo 65”, cit., p. 294. Desde una perspectiva más práctica, y a nuestro juicio más acertada, para CANTARERO, R.: *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación: Derecho penal y procesal de menores*, cit., p. 146, el principal obstáculo a su imposición es la ausencia de establecimientos apropiados. También ha destacado el automatismo con que el Código penal ha concedido la atenuación de la pena en todo supuesto de conducta típica llevada a cabo por sujetos de edad comprendida entre los dieciséis años y dieciocho, OCTAVIO De TOLEDO y UBIETO, E./HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 361.

⁷³⁰ En el mismo sentido, Cfr. ZUGALDIA ESPINAR, J. M.: *Fundamentos de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 135. Cfr., también en sede doctrinal, CASABO RUIZ, J. R.: “Comentario al artículo 65”, cit., p. 294, donde llega incluso a reconocer su ilegalidad. Ciertamente, el criterio legal exige para que cese el internamiento que se haya producido la corrección del culpable, lo que puede conducir a situaciones de injusticia por varias razones: por la indeterminación absoluta de dicha medida; por la falta de unos contornos objetivos del término corrección; o por la situación de riesgo en que se coloca el principio de certeza. Estas razones son quizás la causa de que los Tribunales hayan hecho un uso tan escaso de la facultad contemplada en el artículo 65. Cfr. COBO Del ROSAL, M.: “Atenuante de minoría de edad y sustitución de pena por medida en el artículo 65 del Código penal español”, cit., p. 103.

Por último, en el supuesto de que al sujeto le sea de aplicación una pena conjunta, su obligada reducción, al menos en un grado, debe englobar, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, toda la penalidad señalada para el tipo infringido, sea cual fuere su naturaleza⁷³¹.

2.2.3.2. Origen de la medida sustitutiva de internamiento en institución especial de reforma⁷³²

Con el artículo 65, según ALAMILLO, “se pone en marcha en España el Derecho penal juvenil”⁷³³; pero, lamentablemente no va a ser así, ya que esta medida sólo va a significar, utilizando las gráficas palabras de QUERALT, “un parcheo”, ante la

⁷³¹ *Vid.*, a modo indicativo, STS de 27 de junio de 1952 (RA 1136), cuyo contenido dispone que “al aplicarse los beneficios del artículo 65 del Código penal al responsable de un delito castigado con pena conjunta de privación de libertad y multa, dicha declaración afecta al conjunto de ambas penas, por ser las dos una sola a los efectos jurídicos, aunque compuesta de dos unidades distintas a los efectos sancionadores”. Idéntica doctrina resulta de aplicación a las penas privativas de derechos que acompañan a las de libertad. *Vid.*, a este respecto, la STS de 16 de octubre de 1923 (JC 45) cit., donde se recoge que “la atenuante específica de ser mayor de quince y menor de dieciocho afecta a las dos penas impuestas por el delito de escándalo, debiendo rebajarse la inhabilitación a suspensión, y, por tanto, no estuvo acertada la Sala sentenciadora al no hacerlo así”.

⁷³² La medida alternativa, o sustitutiva de la pena, contemplada en el artículo 65 es, en realidad, una medida de seguridad. Cfr. COBO Del ROSAL, M.: “Atenuante de minoría de edad y sustitución de pena por medida en el artículo 65 del Código penal español”, cit., p. 86.

⁷³³ Cfr. ALAMILLO, F.: “Derecho penal juvenil español”, cit., p. 14. Recordemos que fue el Código penal de 1944 el que introdujo, por primera vez en nuestro Derecho, el artículo 65.

ausencia de un auténtico Derecho penal infantil y juvenil en España digno de tal nombre⁷³⁴.

El precedente del artículo 65, según ha apuntado QUINTANO RIPOLLES⁷³⁵, lo encontramos, aunque sin un carácter tan absoluto de indeterminación, en el artículo 1 de la Ley de Vagos y Maleantes⁷³⁶. A mayor abundamiento, conforme a lo expuesto por COBO Del ROSAL⁷³⁷, su origen se halla, sin negar la existencia de otras posibles fuentes más o menos directas, en el pensamiento de CUELLO CALON. En efecto, este autor propuso como régimen aconsejable para los “delincuentes “peligrosos”, de dieciséis a dieciocho años, un internamiento relativamente indeterminado, que pudiera alcanzar larga duración, en establecimientos organizados conforme a un régimen de educación moral e

⁷³⁴ Cfr. QUERALT, J.: *Código penal y Ley Orgánica*, en separata del ADPCP, t. XLV, fasc. I, enero-abril 1992, p. 57.

⁷³⁵ Cfr. QUINTANO RIPOLLES, A.: *Comentarios al Código penal*, vol. I, cit., p. 386.

⁷³⁶ El artículo 1 de la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933, preceptuaba que *cuando el menor de dieciocho años sujeto a acción reformadora por aplicación de la Ley de Protección de menores, llegase a este límite de edad hallándose sometido al correspondiente tratamiento correccional preventivo, continuará bajo dicho régimen tutelar en los términos y modos establecidos por los artículos 18, 19 y concordantes de la referida Ley especial*. Cfr. *Código penal. Texto Refundido de 1944 y Leyes penales especiales*, anotados y comentados por CUELLO CALON, E., cit., p. 786.

⁷³⁷ Sobre este particular, COBO Del ROSAL precisa que “si bien Cuello Calón estuvo ausente de la reforma de 1944, no es menos cierto que la innovación introducida en esa fecha en el artículo 65 se informó, aunque sea por simple proximidad cronológica, en su pensamiento, concreta y específicamente expuesto en el mes de mayo de 1944, sin que se niegue la existencia de otras posibles fuentes más o menos directas”. Cfr. COBO Del ROSAL, M.: “Atenuante de minoría de edad y sustitución de pena por medida en el artículo 65 del Código penal español”, cit., p. 84, donde desarrolla un completo y profundo análisis crítico de la fórmula legislativa y de la interpretación

intelectual, formación profesional y desarrollo físico, con severa disciplina, tratamiento que sería aplicado por un personal dotado de especial capacitación. En caso de reforma, o de desaparición de su peligrosidad, los condenados serían liberados condicionalmente bajo vigilancia⁷³⁸. Para CUELLO CALON, este régimen debía extenderse, incluso, a los menores de catorce a dieciséis años, que se hallasen bajo la jurisdicción de los Tribunales de Menores⁷³⁹.

Desde luego, en el origen de esta medida no hay que olvidar la influencia tan decisiva que sobre el proceso científico de las instituciones penales educativas en España ha ejercido la sentencia indeterminada⁷⁴⁰.

Parece ser que, en principio, la idea del legislador al redactar el citado artículo 65 era dar entrada, conforme a lo acordado en Congresos internacionales, a un sistema

judicial del artículo 65. En el mismo sentido crítico, cfr. VAELLO ESQUERDO, E.: “La edad en la parte general del Proyecto de Código penal de 1980”, cit., pp. 141-146.

⁷³⁸ Cfr. CUELLO CALON, E.: “El nuevo Derecho penal juvenil europeo y el tratamiento de los jóvenes delincuentes en España”, cit., p. 504.

⁷³⁹ *Ibidem*, p. 505.

⁷⁴⁰ Pese a que, actualmente, la esencia del principio de culpabilidad sólo puede formularse sobre dos proposiciones: “no hay pena sin culpabilidad”, y “la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad”, cfr. COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTON, T. S.: *Derecho penal. Parte general*, 4º ed., cit., p. 487, sin embargo, en la tradición penitenciaria española la sentencia indeterminada ha sido elogiada, tanto en los libros como en las cátedras, entre otros, por SALDAÑA y, por el que fuera su discípulo, Federico CASTEJON, así como por DORADO MONTERO y CADALSO, llegando el primero a afirmar que “la sentencia indeterminada es el principio fundamental, indefectible, del sistema de reforma de Elmira”. En realidad, fue con la Pragmática de Carlos III, de 12 de marzo de 1771, cuando se aplicó por primera vez en España. Cfr. SALDAÑA, Q.: *La reforma de los jóvenes delincuentes en España*, Madrid, 1925, pp. 17 y 37.

ya implantado en algunos países, consistente en aplicar a los jóvenes infractores un sistema más pedagógico que penitenciario⁷⁴¹.

Ahora bien, esta finalidad va a chocar con dos graves inconvenientes: el sistema de indeterminación absoluta, al que nos referiremos seguidamente, y la ausencia del complemento necesario para su realización práctica, la creación de las instituciones especiales de reforma⁷⁴². En este sentido, señala Del ROSAL BLASCO como la principal causa del fracaso de la medida prevista en el citado artículo 65, la ausencia total de lugares donde llevar a cabo la corrección⁷⁴³.

⁷⁴¹ Cfr. LUZON DOMINGO, D.: “Tratamiento penal de la delincuencia juvenil”, en *ADPCP*, t. XIX, fasc. I, 1966, p. 397. En el mismo sentido, señala ANTON ONECA, J.: *Derecho penal*, cit., p. 369, que lo que se pretendía con el artículo 65 era dar un paso adelante en el tratamiento de los jóvenes infractores, incorporando nuestra legislación a la corriente del tratamiento tutelar.

⁷⁴² Como ha precisado CERESO MIR, J.: “El tratamiento de los semiimputables”, en *ADPCP*, t. XXVI, fasc. I, enero-abril 1973, p. 14, durante muchos años, concretamente hasta la creación del Instituto Penitenciario para jóvenes de Liria, creado por Ley de 24 de diciembre de 1962 y puesto en funcionamiento por Orden Ministerial de 22 de septiembre de 1967, los Tribunales no hicieron uso de la posibilidad de sustituir la pena por la medida de seguridad, por falta de centros adecuados para el cumplimiento de ésta.

⁷⁴³ Cfr. Del ROSAL BLASCO, B.: “Joven delincuente y Derecho penal”, cit., pp. 1050 y 1051. Ciertamente, han sido contados y excepcionales los establecimientos que se aproximan a la finalidad prevista en el artículo 65. Cfr. COBO Del ROSAL, M.: “Atenuante de minoría de edad y sustitución de pena por medida en el artículo 65 del Código penal español”, cit., p. 79. En términos parecidos, cfr. MARTIN CANIVELL, J.: *La delincuencia juvenil en España*, Tesis inédita, Madrid, 1968, p. 34. En el mismo sentido, precisa MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: “Los centros especiales y los establecimientos de jóvenes”, cit., p. 996, que a fecha 31 de diciembre de 1984 no existían centros especiales para el cumplimiento de la medida de internamiento referida en el artículo 65. En este sentido, ha subrayado DIAZ PALOS, F.: *Teoría general de la imputabilidad*, Barcelona, 1965, p. 224, que la explicación de la escasa aplicación que ha tenido el artículo 65 en la práctica judicial española, quizás se deba al temor del órgano judicial de que, ante las pocas instituciones de reforma, el internamiento pueda convertirse en un sucedáneo de la pena, en lugar de un auténtico régimen educativo. A la anterior consideración añade, con buen criterio, GIMENEZ GARCIA, J.: “En torno al internamiento previsto en el artículo 65 del Código penal”, en *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona, Libro-homenaje al Profesor BERISTAIN*, A., San Sebastián, 1989, pp. 548 y 549, que al obligar la redacción del artículo 65 a la imposición de

En efecto, los referidos internamientos han de tener una naturaleza diferente de la pena; de ahí que no deban cumplirse en establecimientos penitenciarios, los que, a su vez, como es sabido, tienen departamentos independientes para jóvenes de hasta veintiún años⁷⁴⁴.

Ya advirtió años antes QUINTANO RIPOLLES, valiéndose de su experiencia como Fiscal del Tribunal Supremo, el lado real y práctico de la reforma, previendo la posibilidad de que la medida sustitutiva de internamiento quedase en “letra muerta”, precisamente, por la inexistencia de establecimientos adecuados para conseguir la reforma o la corrección del culpable⁷⁴⁵.

Sin embargo, esta medida, que ha sido tan criticada por la doctrina científica, en un primer momento fue bien acogida⁷⁴⁶, quizás porque representaba un cambio frente al

la pena, si bien puede ser sustituida posteriormente por internamiento, se exige, a su vez, la celebración de un juicio, que en la mayoría de los casos tiene lugar cuando el sujeto ya es mayor de dieciocho años, aunque se le juzgue por hechos cometidos cuando tenía entre dieciséis y dieciocho, lo que significa que la única posibilidad legal de los Tribunales es la preceptiva disminución de la pena al menos en un grado, y el ingreso, en su caso, en prisión o la aplicación del expediente de suspensión de condena.

⁷⁴⁴ Por el contrario, para PEREZ FERRER, E.: “Las posibilidades del artículo 65 del Código penal”, cit., p. 584, no existe ninguna objeción al internamiento del menor en institución especial de reforma, dependiente de Instituciones Penitenciarias.

⁷⁴⁵ Cfr. QUINTANO RIPOLLES, A.: *Comentarios al Código penal*, vol. I, cit., p. 386.

⁷⁴⁶ Para CEREZO MIR, J.: “El tratamiento de los semiimputables”, cit., p. 14, la posibilidad de sustituir la pena atenuada por el internamiento en institución especial de reforma por tiempo indeterminado “hizo posible el tratamiento adecuado de estos jóvenes delincuentes”.

límite fijo e inflexible de la atenuante tercera del artículo 9⁷⁴⁷. Así, FERRER SAMA⁷⁴⁸ consideró loable la posibilidad de sustituir la pena atenuada por la medida de internamiento en un establecimiento especial de reforma por tiempo indeterminado, toda vez que permitía al Tribunal decidir el caso conforme a las particularidades que el mismo presentase, llegando incluso a considerar que el criterio previsto en el artículo 65 obedecía a las más modernas concepciones del tratamiento correctivo de infractores jóvenes⁷⁴⁹.

Confiando también, al menos teóricamente, en la novedad introducida por la reforma de 1944, el propio QUINTANO RIPOLLES, con escasa visión práctica del debido tratamiento que ha de dispensar la Justicia a los menores infractores, y bajo una prisma marcadamente retributivo, argumentó:

“La reglamentación actual es de esperar que ponga punto final al lamentable espectáculo, hasta ahora inevitable, de tantos y tantos mozalbetes delincuentes, que, en lugar de ser sometidos a tratamiento correctivo, se beneficiaban inconsiderablemente del privilegio de la simple atenuación, que les solía servir de

⁷⁴⁷ Cfr. COBO Del ROSAL, M.: “Atenuante de minoría de edad y sustitución de pena por medida en el artículo 65 del Código penal español”, cit., p. 92. Con términos idénticos, cfr. SILVA SANCHEZ, J. M.: “El régimen de la minoría de edad penal (artículo 19)”, cit., p. 191. También alabaron la flexibilidad prevista en el artículo 65 Del ROSAL, J./RODRIGUEZ RAMOS, L.: *Compendio de Derecho penal español*, cit., p. 231.

⁷⁴⁸ Cfr. FERRER SAMA, A.: *Comentarios al Código penal*, t. I, cit., pp. 289 y 290.

⁷⁴⁹ *Ibidem*, t. II, cit., p. 271.

patente de curso para sus fechorías. Lo que hace falta es tan sólo que se aplique, y que la facultad tan certeramente atribuida por la Ley no quede en letra muerta”⁷⁵⁰.

En realidad, esa misma justificación era la que motivaba a los Tribunales a adoptar entre las dos soluciones posibles del artículo 65, la de privación de libertad, pues con esta opción, como ha destacado Del ROSAL BLASCO, al menos, se garantizaba que, durante un tiempo, el sujeto no volviese a cometer una nueva infracción⁷⁵¹, quedando, por consiguiente, la finalidad correctiva del culpable, perseguida por el citado artículo, limitada a una mera formulación teórica.

Ante la ausencia de estas instituciones especiales de reforma, como ha denunciado, entre otros, LUZON DOMINGO, basándose en datos estadísticos y en su propia experiencia como Fiscal, si el Tribunal adoptada la medida sustitutiva de internamiento el menor ingresaba en prisión, generalmente de las comunes, viviendo en comunidad con los adultos, sin entrar en una institución especial de tipo educativo o correctivo de las que corresponden a los Tribunales Tutelares de Menores, pues estas instituciones ya no les pertenecen “por tener nada menos que dieciséis años cumplidos”⁷⁵². De ahí que los Tribunales hayan hecho un uso limitado

⁷⁵⁰ Cfr. QUINTANO RIPOLLES, A.: *Comentarios al Código penal*, vol. I, cit., p. 386.

⁷⁵¹ Cfr. Del ROSAL BLASCO, B.: “Joven delincuente y Derecho penal”, cit., p. 1050.

⁷⁵² Cfr. LUZON DOMINGO, D.: “Tratamiento penal de la delincuencia juvenil”, cit., p. 394. En el mismo sentido, ha señalado CANTARERO, R.: *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación*:

de esta facultad que concede el artículo 65⁷⁵³. Sin embargo, en los últimos tiempos, como escribe CAVERO FORRADELLAS, se ha aplicado con más frecuencia esta segunda alternativa, sometiendo a ciertos sujetos menores de dieciocho años, en función de los informes del Ministerio Fiscal⁷⁵⁴, a alguna de las medidas contempladas en la LORCPJM para menores de dieciséis, bien internándolos en uno de los centros establecidos al efecto, bien aplicándoles otro tipo de medidas, lo que a nuestro juicio resulta una solución acertada⁷⁵⁵.

2.2.3.3. Sustitución de la pena atenuada por la medida de internamiento

La sustitución de la pena rebajada en uno o dos grados por la medida de internamiento en institución especial de reforma ha de ir precedida de la imposición

Derecho penal y procesal de menores, cit., p. 146, que los establecimientos de reforma no diferían en demasía de las estructuras carcelarias, siendo lo normal para el tratamiento el régimen cerrado, al menos en las primeras fases.

⁷⁵³ Cfr. SILVA SANCHEZ, J. M.: “El régimen de la minoría de edad penal (artículo 19)”, cit., p. 194. A esta misma conclusión llega MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: “Un Derecho penal para jóvenes”, cit., p. 6, cuando afirma que “la indeterminación temporal de esta sanción sustitutoria, su proximidad real a una pena de prisión y una cierta benevolencia de nuestros Tribunales han favorecido una práctica forense muy extendida: la de no internar adolescentes a los que se haya impuesto multas o penas cortas privativas de libertad”.

⁷⁵⁴ Cfr. CAVERO FORRADELLAS, G.: “Valoración por el Fiscal de los programas de intervención educativa en el ámbito judicial con jóvenes de dieciséis a dieciocho años”, cit., pp. 85 y ss.

⁷⁵⁵ Respecto de este último supuesto ha denunciado SILVA SANCHEZ J. M.: “El régimen de la minoría de edad penal (artículo 19)”, cit., p. 176, que puede suponer un desarrollo, en parte, “*contra legem*”.

de ésta. Así, pues, una vez determinada la pena que se va a rebajar, conforme a lo que se ha expuesto en el apartado anterior de nuestro estudio, es cuando el Tribunal podrá potestativamente restringir los derechos del joven, ya sea a través de su atenuación en uno o dos grados, o de su sustitución por la medida de internamiento⁷⁵⁶. En este sentido, conviene precisar que, pese a que nos hallamos ante un caso de auténtico arbitrio judicial, éste es “reglado, sujeto y sometido a Derecho, y además, razonado”⁷⁵⁷.

Según sentada jurisprudencia del Tribunal Supremo, mientras que la aplicación de la circunstancia atenuante tercera del artículo 9 es preceptiva en base a la edad cronológica, sus consecuencias, previstas legalmente en el artículo 65, ya sea la mayor o menor rebaja de la pena, o su sustitución por el internamiento⁷⁵⁸, son facultativas de los Tribunales, siendo doctrina jurisprudencial aquella que señala que el ejercicio concreto de la facultad discrecional aludida no es susceptible de revisión

⁷⁵⁶ En palabras de Del ROSAL, J.: *Tratado de Derecho penal español*, vol. II, Madrid, 1968, p. 202, el criterio de sustituir la pena rebajada por un medida indeterminada “traspasa, por decirlo así, las fronteras señaladas por las líneas de la imputabilidad o no del ser humano, para prevalecer un criterio contrario al caso dogmático del límite de edad, señalado en la eximente segunda del artículo 8”.

⁷⁵⁷ Cfr. COBO Del ROSAL, M.: “Atenuante de minoría de edad y sustitución de pena por medida en el artículo 65 del Código penal español”, cit., p. 99.

⁷⁵⁸ La jurisprudencia ha manifestado en reiteradas ocasiones que la medida de internamiento alternativa a la pena, prevista legalmente en el artículo 65, es una facultad discrecional de los Tribunales. *Vid.*, entre otras muchas, las SSTS de 25 de enero de 1947 (RA 117), cit., 15 de marzo de 1952 (RA 577), 29 de noviembre de 1954 (RA 2718), 24 de septiembre de 1976 (RA 3676), 14 de diciembre de 1987 (RA 9769) cit., 22 de diciembre de 1987 (RA 9821) y 8 de febrero de 1988 (RA 979).

en casación⁷⁵⁹. En efecto, como resuelve la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1971⁷⁶⁰, “ (...) el control jurisdiccional de la casación sólo alcanza a lo que tiene de imperativo el precepto, esto es: la aplicación de la pena inferior, al menos en un grado, observado lo cual por el Tribunal de instancia queda fuera del ámbito de aquel control todo lo demás que es meramente facultativo (...)”.

Y puesto que la sustitución no es una imposición de la Ley, sino una facultad potestativa de los Tribunales, será necesario en estos casos, no ya el solo dato de la edad como criterio único⁷⁶¹, tal y como sucede para estimar la eximente segunda del artículo 8, sino, como ha puesto de relieve COBO Del ROSAL⁷⁶², un juicio de pronóstico sobre la personalidad del joven infractor⁷⁶³, al objeto de determinar si es susceptible o no de corrección, pues en caso de ser incorregible no podrá aplicarse la sustitución, toda vez que falta el presupuesto que da virtualidad al artículo 65, cual es el de la capacidad de corrección del autor.

⁷⁵⁹ *Vid.*, SSTS de 7 de diciembre de 1972 (RA 5289), 22 de mayo y 26 de octubre de 1974 (RA 2411 y 3981), 22 de marzo de 1976 (RA 1226) cit., 11 de abril de 1977 (RA 1583), 18 de marzo de 1980 (RA 1153), 11 de diciembre de 1981 (RA 4994) cit., 27 de enero y 13 de julio de 1983 (RA 61 y 4161) cit, 26 y 28 de junio de 1984 (RA 3690 y 3702) y 25 de junio de 1986 (RA 3193).

⁷⁶⁰ (RA 1510) cit.

⁷⁶¹ Sin embargo, para MUÑOZ CONDE, F./GARCIA ARAN, M.: *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 647, la posibilidad de sustituir la pena por la medida se asienta en la edad juvenil del condenado.

⁷⁶² Cfr. COBO Del ROSAL, M.: “Atenuante de minoría de edad y sustitución de pena por medida en el artículo 65 del Código penal español”, cit., pp. 100 y 101.

Ciertamente, el régimen penal aplicable al joven infractor se fundamenta en una imputabilidad disminuida⁷⁶⁴, pero será el estudio o pronóstico de su personalidad lo que determine su tratamiento específico⁷⁶⁵.

Por último, conviene precisar que estamos ante un supuesto de sustitución y no de suspensión de la pena, lo que significa que, pese a que el internamiento fracase de modo manifiesto, el Tribunal no podrá revocar el acuerdo adoptado⁷⁶⁶.

2.2.3.4. La apreciación judicial de las circunstancias del menor y del hecho

Si el Tribunal decidía sustituir la pena atenuada, en uno o dos grados, por la medida de internamiento, en base al pronóstico de la personalidad del joven

⁷⁶³ En este sentido, también ha señalado GONZALEZ CUSSAC, J. L.: *Teoría general de las circunstancias modificativas de las responsabilidades criminal*, cit., p. 226, que lo decisivo es la personalidad del menor.

⁷⁶⁴ Cfr. FERRER SAMA, A.: *Comentarios al Código penal*, t. I, cit., p. 289; CASABO RUIZ, J. R.: “Comentario al artículo 65”, cit., p. 294; Del ROSAL, J.: *Tratado de Derecho penal español*, vol. II, cit., p. 200. En el mismo sentido, *vid.* STS de 7 de mayo de 1987 (RA 3021) cit., que resuelve que “con carácter de presunción, *iuris et de iure*, se reconoce la existencia de una imputabilidad disminuida en el periodo temporal que va desde los dieciséis a los dieciocho años”.

⁷⁶⁵ En este sentido, para CANTARERO, R.: *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación: Derecho penal y procesal de menores*, cit., p. 146, la actuación penal respecto de los jóvenes suele venir determinada en términos de peligrosidad. En contra de este argumento se manifiestan MUÑOZ CONDE, F./GARCIA ARAN, M.: *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 647.

⁷⁶⁶ Cfr. SILVA SANCHEZ, J. M: “El régimen de la minoría de edad penal (artículo 19)”, cit., p. 191.

infractor y a su posible corrección, lo que desde luego resulta relativo y no del todo seguro, no tenía que reflexionar, a tenor del contenido literal del artículo 65, sobre el dato de la mayor o menor gravedad que revista el acto delictivo⁷⁶⁷, ni sobre el *quantum* de la pena que correspondería al sujeto⁷⁶⁸.

Sin embargo, la ambigüedad que comporta la formulación legal de dichas circunstancias concedía un amplio margen a los Tribunales a la hora de apreciar cualquier dato de significación. En este sentido, advierte COBO Del ROSAL que quizás el legislador haya pretendido simultanear los principios informativos de un Derecho penal de autor con los de un Derecho penal de hecho, que “en Derecho juvenil se encuentran entrecruzados, con primacía de los primeros”⁷⁶⁹. De ahí que

⁷⁶⁷ Con términos parecidos, señala CAVERO FORRADELLAS, G.: “Valoración por el Fiscal de los programas de intervención educativa en el ámbito judicial con jóvenes de dieciséis a dieciocho años”, cit., p. 105, que de la redacción literal del artículo 65 “sin duda se deduce la irrelevancia de la entidad de la infracción penal atribuida al culpable”. En sentido similar, señala SILVA SANCHEZ, J. M.: “El régimen de la minoría de edad penal (artículo 19)”, cit., p. 191, que en la sustitución de la pena atenuada por la medida de internamiento no se valora la magnitud del ilícito culpable, sino únicamente la corrección del joven; de ahí que la doctrina considere que estamos ante una medida de seguridad. Como señala PEREZ FERRER, E.: “Las posibilidades del artículo 65 del Código penal”, cit., p. 589, no responde al tenor literal del artículo 65, el considerar, en relación a las circunstancias del hecho, la alarma social producida, el perjuicio causado a la víctima y sus circundantes, o la reparabilidad de dichos perjuicios.

⁷⁶⁸ *Vid.*, como ejemplo ilustrativo, la STS de 14 de diciembre de 1987 (RA 9769) cit.

⁷⁶⁹ Cfr. COBO Del ROSAL, M.: “Atenuante de minoría de edad y sustitución de pena por medida en el artículo 65 del Código penal español”, cit., p. 103. Para un estudio del Derecho penal de menores como Derecho penal de autor, cfr. MAURACH: *Tratado de Derecho penal*, t. II, traducción y notas de Derecho español por CORDOBA RODA, J., Barcelona, 1962, p. 592, donde destaca que “el pensamiento de la culpabilidad del acto, propio del Derecho penal común, retrocede aquí ante un Derecho penal de autor. Ello da lugar a que, tanto en las propias medidas educativas, como en los restantes recursos, sea la finalidad educativa, orientada a la personalidad total del menor, la determinante de la selección y medición de los recursos”. En sentido parecido, para Del ROSAL, J.: *La personalidad del delincuente en la técnica penal*, 2º ed., Valladolid, 1953, p. 110,

las circunstancias del menor y del hecho adquieran su mayor significación en cuanto expresión de la personalidad del joven y, precisamente, desde esa perspectiva deben ser analizadas.

En cualquier caso, el informe que se requería en relación a las circunstancias del menor⁷⁷⁰ debía incluir los aspectos propios del informe al que hace referencia el artículo 15.1, regla 4º de la LORCPJM, reflejando, además, la situación del menor, la necesidad y urgencia de la intervención educativa, la modalidad de internamiento que habrá de sustituir a la prisión, y una duración determinada ajustada al proyecto de objetivos que también se habrán de expresar⁷⁷¹.

“en algunos extremos el Código se ha visto obligado a modificar su punto de vista de la gravedad del daño producido en razón a las especiales condiciones del “culpable”. Así, nada de extraño tiene que se perciba a primeras de cambio la influencia del tratamiento del menor, el cual queda radiado del ámbito de la legislación común, y que esparce aún su huella en cuanto se halla el texto legal con un culpable, cuya edad oscile entre los dieciséis y dieciocho años (circunstancia atenuante según el art. 9.3). Por ello, nos hallamos con las palabras consignadas en los artículos 8.2, párrafo tercero y en el artículo 65, en relación con la antedicha circunstancia atenuante, en cuyos preceptos los Tribunales cambian en atención a las condiciones de la edad del culpable su estimación del hecho por las circunstancias del autor, puesto que en el Derecho penal juvenil impera más el ser humano que lo realizado por él”. Efectivamente, parafraseando a JORI i TOLOSA, J. L.: “Análisis jurídico de las posibilidades de intervención educativa con jóvenes de dieciséis a dieciocho años”, en *La intervención educativa en el ámbito judicial con jóvenes de dieciséis a dieciocho años*, cit., p. 50, mientras que el delito siempre es el mismo, sea quien sea el autor, la respuesta penal no debe ser la misma, en atención, precisamente, a las circunstancias personales del autor, que, en este caso, posee un desarrollo vital incompleto. Así, pues, si la generalización de un Derecho penal de autor es de todo punto reprochable, no lo es tanto en materia de minoría de edad, donde alcanza una importancia decisiva.

⁷⁷⁰ A grandes rasgos, señala PEREZ FERRER, E.: “Las posibilidades del artículo 65 del Código penal”, cit., p. 585, que las circunstancias del menor afectan a su subjetividad, entre las que destaca, fundamentalmente, su probable recuperación y, por consiguiente, su no reincidencia.

⁷⁷¹ CAVERO FORRADELLAS, G.: “Valoración por el Fiscal de los programas de intervención educativa en el ámbito judicial con jóvenes de dieciséis a dieciocho años”, cit., p. 94.

Para concluir con este concreto extremo, el Tribunal Supremo ha diferenciado entre la eximente segunda del artículo 8 y la atenuante tercera del artículo 9, cuyas consecuencias jurídicas aparecen recogidas en el precepto 65, declarando en sentencia de 17 de octubre de 1968⁷⁷² que “(...) atendidos los fines sociales y personales del joven infractor, al cual se le condena por su delito pero no se le recluye en establecimientos donde se torciera el normal proceso de su personalidad; este método de penalizar se diferencia del tratamiento en la eximente segunda donde el internamiento es preceptivo y no se impone sanción, excluida la culpabilidad del sujeto inimputable, pues en el dicho artículo 65 se aprecia esta condición, aunque muy atenuada, y se corresponde con una medida ejecutiva de pena menos rígida y más adecuada a la personalidad en formación”.

2.2.3.5. Críticas al artículo 65

Respecto de la especial significación que merecía el último párrafo del artículo 65, toda vez que no determinaba temporalmente la duración de la medida de internamiento, que desde un punto de vista estrictamente literal, debía ser por tiempo indeterminado hasta conseguir la corrección del culpable, se ha puesto de relieve por la doctrina “cómo el concepto de peligrosidad manifestada por el agente

⁷⁷² (RA 4323), cit.

gravita sobre el Derecho juvenil, aun a costa de los mínimos requisitos de seguridad jurídica”⁷⁷³.

Ya ofreció CASABO RUIZ⁷⁷⁴ en 1976 una posible solución a la indeterminación de la medida de internamiento del artículo 65, señalando que nunca puede entenderse como una duración absolutamente indeterminada, no sólo por el imperativo de seguridad jurídica que recogía el artículo 17 del Fuero de los Españoles⁷⁷⁵, sino también porque si los establecimientos a los que hacía referencia el Código penal derogado de 1973 eran los propios de los Tribunales Tutelares de Menores, éstos sólo podían acoger internos hasta la mayoría de edad penal⁷⁷⁶. En este sentido, conviene precisar que, de conformidad con el artículo 9.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (en lo sucesivo, LOGP)⁷⁷⁷, los jóvenes, entendiendo

⁷⁷³ Cfr. CANTARERO, R.: *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación: Derecho penal y procesal de menores*, cit., p. 146. Sobre cómo determinar la peligrosidad, cfr. VIVES ANTON, T. S.: “Métodos de determinación de la peligrosidad”, en *La libertad como pretexto*, Valencia, 1995, pp. 17-41.

⁷⁷⁴ Cfr. CASABO RUIZ, J. R.: “Comentario al artículo 65”, cit., p. 298. Ha elogiado esta solución aportada por CASABO, JORGE BARREIRO, A.: *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, Madrid, 1976, p. 187, en cuanto “implica un paso importante para resolver el problema que plantea el artículo 65 del Código penal”.

⁷⁷⁵ El artículo 17 del Fuero de los Españoles disponía que *los españoles tienen Derecho a la seguridad jurídica. Todos los órganos del Estado actuarán conforme a un orden jerárquico de normas preestablecidas, que no podrán arbitrariamente ser interpretadas ni alteradas*. Cfr. *Código penal. Texto Refundido de 1944 y Leyes penales especiales*, anotados y comentados por CUELLO CALON, E., cit., p. 649.

⁷⁷⁶ Para una interpretación análoga, cfr. CANTARERO, R.: *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación: Derecho penal y procesal de menores*, cit., p. 146.

por tales las personas de uno u otro sexo menores de veintiún años, deberán cumplir las penas privativas de libertad que se les haya impuesto “separadamente de los adultos en establecimientos distintos, o, en todo caso, en departamentos separados”⁷⁷⁸.

Ahora bien, el citado precepto añade que, excepcionalmente y atendiendo a la personalidad del interno, podrán permanecer en centros destinados a jóvenes quienes, habiendo superado la edad señalada, no hayan alcanzado los veinticinco años. Consecuentemente, el cumplimiento de los veintiún años, salvo la excepción mencionada, marcaba un límite infranqueable.

Además, como han señalado OCTAVIO De TOLEDO y UBIETO y HUERTA TOCILDO⁷⁷⁹, una interpretación literal del artículo 65 habría permitido que el mayor de dieciséis años y menor de dieciocho hubiese sido tratado peor que el

⁷⁷⁷ LO 1/1979, de 26 de septiembre, por la que se aprueba la LOGP (BOE núm. 239, de 5 de octubre).

⁷⁷⁸ De ahí que resulte incoherente que el artículo 99.4 del Reglamento Penitenciario de 1996 disponga que *los jóvenes menores de veintiún años podrán ser trasladados a los departamentos de adultos cuando lo autorice la Junta de Tratamiento, poniéndolo en conocimiento del Juez de Vigilancia*. Para un estudio de los departamentos para jóvenes en el nuevo Reglamento Penitenciario de 1996, cfr. TAMARIT SUMALLA, J. M./SAPENA GRAU, F./GARCIA ALBERTO, R.: *Curso de Derecho penitenciario. (Adaptación al nuevo Reglamento Penitenciario de 1996)*, Barcelona, 1996, pp. 78-80.

⁷⁷⁹ Cfr. OCTAVIO De TOLEDO y UBIETO, E./HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 361, quienes inciden en el diferencia entre un sujeto de diecisiete años y once meses que, de conformidad con el artículo 65, puede ser internado en un establecimiento de reforma por tiempo indeterminado, a la vez que otro autor de un hecho igual, que ha alcanzado dieciocho años, será recluso en un centro penitenciario para el cumplimiento de la pena, cuya duración puede ser inferior al internamiento del menor.

sujeto delincente cuya edad excediese de ese límite, toda vez que éste último va a ser objeto de una pena de duración determinada. En el mismo sentido se ha manifestado BACIGALUPO, al considerar que las medidas de internamiento para menores, al tener una duración indeterminada, pueden ser más graves que las privativas de libertad, esto es: “la indeterminación de la medida de internamiento puede implicar que un menor sufra más tiempo de privación de libertad que un adulto por la comisión del mismo hecho punible”⁷⁸⁰.

En definitiva, parafraseando a COBO Del ROSAL⁷⁸¹, nos encontramos originariamente con una atenuante, por lo que sería injusto y paradójico convertir esta circunstancia en una causa de agravación al socaire de instancias político-criminales que pretenden combatir la delincuencia juvenil a través de medidas cuya duración depende de la discrecionalidad de los jueces, lo que podría llegar a lesionar el principio de certeza que debe informar en todo momento el Derecho penal.

Tampoco hay que olvidar que dicha medida de internamiento ha de estar sujeta al principio de seguridad recogido en el artículo 17 de nuestra Constitución española,

⁷⁸⁰ Cfr. BACIGALUPO, E.: *Estudios sobre la Parte especial del Derecho penal*, Madrid, 1991, p. 424.

⁷⁸¹ Cfr. COBO Del ROSAL, M.: “Atenuante de minoría de edad y sustitución de pena por medida en el artículo 65 del Código penal español”, cit., p. 97.

que entre sus manifestaciones regula el derecho de la persona a que conozca *ex ante* el tiempo máximo de duración de la medida que se le va a aplicar⁷⁸².

Por otra parte, una de las innovaciones más importantes de la LORCPJM fue, precisamente, la derogación de aquellos preceptos de la LTTM que regulaban una duración indeterminada de las medidas. Por otro lado, al no ser seguro que se vaya a conseguir la corrección del joven, no parece prudente, ni justo, permitir que esté privado de libertad hasta que se haya obtenido dicha corrección.

Respecto de la interpretación en clave constitucional de la medida de internamiento *por tiempo indeterminado*, que no respondía a ningún argumento jurídico o político criminal que lo justificase⁷⁸³, es preciso señalar, por nuestra parte, que una interpretación rigurosa del artículo 65 habría resultado hoy en día manifiestamente inconstitucional, lo que resulta, por demás, obvio a la luz del artículo 6.2 del nuevo Código penal, que establece que *las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor*⁷⁸⁴.

⁷⁸² Cfr. GIMENEZ GARCIA, J.: “En torno al internamiento previsto en el artículo 65 del Código penal”, cit., p. 551.

⁷⁸³ Cfr. MUÑOZ CONDE, F./GARCIA ARAN, M.: *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 647.

Otra importante dificultad que se planteaba era la adaptación, sincronización o compatibilidad entre el artículo 65 y los diferentes regímenes del antiguo y del nuevo Código penal a la hora de aplicar la, tantas veces citada, medida sustitutiva de internamiento. Por ello, el artículo 65 sólo podía interpretarse limitando su gravedad y duración conforme al precitado artículo 6.2 y al régimen jurídico que para las medidas de seguridad establece el Título IV, ambos del nuevo Código penal⁷⁸⁵.

⁷⁸⁴ Sobre el tiempo de duración de las medidas de seguridad ha resuelto el Tribunal Supremo en Auto de 19 de marzo de 1997 (RA 2300), que “el límite máximo de la medida no puede responder a los mismos criterios que la pena. Con su indicación sólo se pretende determinar el tiempo de duración de la medida impuesta, considerando que ésta no puede exceder del tiempo de pena que hubiera podido ser impuesta si el acusado fuese capaz de culpabilidad”.

⁷⁸⁵ En sentido parecido, MORALES PRATS, F.: “Comentario al artículo 19”, cit., p. 133, ha resuelto los interrogantes que suscitaba el particular régimen de cumplimiento de la medida de internamiento, y su compatibilidad con el nuevo Código penal, a través de una interpretación integradora del artículo 65 con el nuevo sistema de garantías, y el nuevo modelo de medidas de seguridad que contempla el actual Código penal. En la misma línea se sitúa GONZALEZ RUS, J. J.: “Comentario al artículo 6”, en *Comentarios al Código penal*, t. I, dirigidos por COBO Del ROSAL, M., Madrid, 1999, p. 264, al manifestar que la duración del internamiento, que sólo es posible si la pena impuesta es de prisión, no podría ser nunca superior a la de la pena prevista por el Código para el delito, en los términos del artículo 104 del vigente Código penal de 1995. En este sentido también se ha pronunciado la SAP de Palencia de 27 de febrero de 1997 (350), al declarar que “la aplicación del citado art. 65 del Código penal de 1973, en la medida en que se efectúa en el contexto del nuevo Código penal, debe ser realizada de acuerdo con lo que se dispone en el art. 6.2 del nuevo Código penal (...) dado que, en atención al principio de proporcionalidad, en este nuevo Código penal se introduce la idea de que también las medidas de seguridad han de estar sometidas a las garantías penales del Estado de Derecho, sin que el vago principio de “peligrosidad criminal”, sirva para satisfacer dichas garantías, de ahí que se limite y se conecte la cuantificación de la proporcionalidad de la medida a la propia gravedad del delito cometido por el sujeto, exigiéndose que su duración no pueda rebasar la de la pena que correspondería al delito efectivamente cometido. Como consecuencia de ello, en el art. 65 del Código penal de 1973, que sigue en vigor, como antes dijimos, ha de entenderse que el internamiento no es ni puede ser “por tiempo indeterminado, hasta conseguir la curación del culpable”, sino que tal internamiento no podrá exceder en su duración de la pena impuesta”.

Así, pues, de conformidad con los artículos que están ubicados dentro del régimen jurídico que para las medidas de seguridad establece el citado Título IV, *el internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad* (art. 101). Además, *la medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena impuesta sea privativa de libertad* (art. 104), volviendo a reiterar este artículo, que *su duración no podrá exceder de la de la pena prevista por el Código para el delito*. Incluso, durante la ejecución de la sentencia puede cesar el internamiento, ya que el artículo 97, letra a) prevé la posibilidad de que el Juez o Tribunal sentenciador decrete *el cese de cualquier medida de seguridad impuesta, en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto*. Por todo ello, resultaba indudable la imposibilidad de aplicar el internamiento previsto en el artículo 65, con una extensión indeterminada.

Ahora bien, la explicación de por qué durante el periodo de *vacatio legis* del artículo 19 el tratamiento legal de las medidas de seguridad del Código penal de 1995 resultaba aplicable al internamiento del artículo 65 ha sido aclarado por ARROYO De Las HERAS y GOYENA HUERTA al manifestar que “el referido internamiento siempre ha tenido la consideración de medida de seguridad”⁷⁸⁶.

⁷⁸⁶ Cfr. ARROYO De Las HERAS, A./GOYENA HUERTA: *Las circunstancias atenuantes en el Código penal de 1995*, cit., p. 185, y STS de 8 de febrero de 1988 (RA 979), cit.

Igualmente, la reducción en uno o dos grados de la pena también debía efectuarse de acuerdo con las reglas del Código de 1995 y no con las del Texto derogado de 1973, cuyas normas, respecto de esta concreta cuestión, lógicamente han sido derogadas con el resto del articulado.

En cualquier caso, es necesario insistir en que una medida de internamiento de duración arbitraria “por tiempo indeterminado”, que ha sido objeto de impenitentes críticas por parte de la doctrina científica, no debería haber permanecido en vigor en un entorno jurídico donde las medidas de seguridad, de conformidad con el principio constitucional de prohibición de exceso⁷⁸⁷ y con el precitado artículo 6.2 del Código penal de 1995, han de guardar una obligada proporcionalidad con la pena que resulte de aplicación al delito cometido.

Como colofón, resume apropiadamente cuanto queremos decir sobre este extremo, las disquisiciones de COBO Del ROSAL:

“ (...) si específica y analíticamente estudiamos el artículo 65, llegaremos a la conclusión de que todo es ambigüedad en el cuestionado precepto: “internamiento (...) por tiempo indeterminado”, “conseguir la corrección del culpable”, y “hasta circunstancias del menor y del hecho”, son pasajes que proporcionan un amplísimo

⁷⁸⁷ Veáse, al respecto, las reflexiones de PUIG PEÑA, F.: “El abuso del derecho en el área penal”, en *Estudios penales, Libro-Homenaje al R. P. J. PEREDA*, Bilbao, 1965, pp. 565-605.

margen en el que crece la incerteza, impropia naturalmente de las decisivas consecuencias que se derivan de la aplicación de dicho artículo”⁷⁸⁸.

No obstante la anterior consideración, que naturalmente compartimos por su acertado análisis crítico y por la claridad con que refleja la ambigüedad e imperfección del texto legal, sin mayores valoraciones podemos concluir que, subsanada la cobertura legal, tal es el caso de un centro especial para jóvenes, que no sea de carácter penitenciario⁷⁸⁹, con posibilidad de actuar en régimen abierto o semiabierto y seguir un tratamiento específico, y establecida su limitación temporal, podría haber resultado apropiada la medida de internamiento prevista en el artículo 65.

2.3. Análisis de la Disposición Transitoria Duodécima del Código penal de 1995

La Disposición Transitoria Duodécima del Código de 1995 establece un régimen transitorio en los siguientes términos:

⁷⁸⁸ Cfr. COBO Del ROSAL, M.: “Atenuante de minoría de edad y sustitución de pena por medida en el artículo 65 del Código penal español”, cit., p. 91.

⁷⁸⁹ Sobre este particular, compartimos la opinión de GIMENEZ GARCIA, J.: “En torno al internamiento previsto en el artículo 65 del Código penal”, cit., p. 550, de no crear centros de

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 menor, así como sobre su entorno social y, en general, sobre cualquier otra circunstancia que pueda haber influido en el hecho que se le imputa.

La exégesis de la referida Disposición la encontramos en la Disposición Adicional Tercera del PLOCP de 1994, cuyos textos coinciden en su totalidad, salvo la frase “hasta la aprobación de la Ley que regule la responsabilidad penal del menor”. Respecto de esta última expresión “hasta la aprobación”, habría sido más acertado por parte del legislador utilizar la frase “hasta la entrada en vigor”, pues, tal y como señala la Disposición Final Séptima, también del Código de 1995, la elevación de la edad penal a dieciocho años queda exceptuada “hasta tanto adquiriera vigencia la Ley que regule la responsabilidad penal del menor”. Por consiguiente, el régimen transitorio establecido por la Disposición Transitoria Duodécima entendemos debe aplicarse, no hasta la aprobación de la citada Ley, sino hasta su entrada en vigor.

carácter penitenciario dentro del marco de Instituciones Penitenciarias, pues, como ya hemos apuntado, el internamiento previsto en el artículo 65 tiene una naturaleza esencialmente educativa.

En cuanto a su contenido, podemos afirmar que no es novedoso, pues prácticamente se trata de una reproducción del artículo 15.1. regla 4º de la LORCPJM, cuyo tenor establece:

Desde el momento en que pueda resultar la imputación al menor de un hecho incluido en el número 1º del artículo 9⁷⁹⁰, el Fiscal requerirá del equipo técnico la elaboración de un informe, que deberá serle entregado en un plazo máximo de diez días, prorrogable por un período no superior a un mes, en casos de gran complejidad, sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social y, en general, sobre cualquier otra circunstancia que pueda haber influido en el hecho que se le atribuye.

Respecto de la finalidad de la Disposición Transitoria Duodécima, se echa de menos una aclaración sobre los objetivos que se persiguen⁷⁹¹. Si bien, se ha

⁷⁹⁰ El artículo 9.1 de la LORCPJM se refiere a 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”.

⁷⁹¹ En este sentido, señala SILVA SANCHEZ, J. M: “El régimen de la minoría de edad penal (artículo 19)”, cit., p. 163, que al no constar explícitamente cual es la finalidad del preceptivo informe psico-social, posiblemente, su finalidad sea determinar de entre las dos alternativas que establece el artículo 65 cual es la más conveniente para el menor. Véase la misma conclusión en CARMONA SALGADO, C.: “La delincuencia de jóvenes y menores: hacia una nueva regulación jurídica”, cit., p. 136. Para ARROYO De Las HERAS, A./GOYENA HUERTA: *Las circunstancias atenuantes en el Código penal de 1995*, cit., pp. 186 y 187, el objetivo que persigue la Disposición Transitoria Duodécima es que, dadas las alternativas que ofrece el artículo 65, los Tribunales cuenten con elementos de juicio suficientes para que el tratamiento penal de los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años sea lo más adecuado posible en orden a la individualización y determinación de la pena. En sentido parecido, para SANCHEZ YLLERA, I.: “El aplazamiento de la entrada en vigor de la Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor”, en *Comentarios al*

comentado que su finalidad es intentar “paliar esta situación de interinato normativo”,⁷⁹² a nuestro juicio, fundamentalmente refleja la importancia e insistencia en que el Juez de Menores valore en el momento de dictar sentencia, no sólo factores psicológicos, sino también las particulares circunstancias del menor, esto es, factores socioculturales, familiares y ambientales, que pudieron ser relevantes a la hora de cometer la infracción penal⁷⁹³ y, desde luego, deben serlo en orden a determinar qué medida aplicar.

Código penal de 1995, vol. II, coordinados por VIVES ANTON, T. M., Valencia, 1996, p. 2230, lo que se pretende es “individualizar mejor la respuesta penal en relación con los menores de dieciocho años”. Cfr. la misma conclusión en LASCURAIN SANCHEZ, J. A.: “Comentario a la Disposición Transitoria Duodécima”, en *Comentarios al Código penal*, dirigidos por RODRIGUEZ MOURULLO, G., y coordinados por JORGE BARREIRO, A., cit., p. 1480, y en SANCHEZ GARCIA, M. I.: “Minoría de edad y Derecho penal juvenil. Aspectos político criminales”, cit., p. 67. Para GISBERT JORDA, T.: “La entrada en vigor de la elevación de la mayoría de edad penal. Una nueva interpretación”, cit., p. 1520, responde, fundamentalmente, a un intento del legislador de reflejar los principios reguladores de la Justicia de Menores en el régimen aplicable transitoriamente a los jóvenes de dieciséis a dieciocho años. También se ha pronunciado nuestro Tribunal Supremo sobre esta cuestión, en sentencia de 14 de abril de 2000 (RA 2543), señalando en el Fundamento Jurídico Primero: “La finalidad de este informe no es otra que determinar su grado de imputabilidad y suministrar todos los datos necesarios para una mejor individualización de la pena, permitiendo optar por medidas alternativas a la prisión en el supuesto de que se estime que ésta es la mejor solución para el caso examinado”. También se ha pronunciado nuestro Tribunal Supremo sobre este particular, en sentencia de 14 de abril de 2000 (RA 7353), señalando que “ (...) la finalidad del informe sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social, y, en general, sobre cualquier otra circunstancia que pueda haber influido en el hecho que se le imputa, al que se refiere la Disposición Transitoria Duodécima, no es otra que determinar su grado de imputabilidad y suministrar todos los datos necesarios para una mejor individualización de la pena, permitiendo optar por medidas alternativas a la prisión en el supuesto de que se estime que ésta es la mejor situación para el caso examinado”.

⁷⁹² Cfr. TORRES-DULCE, E.: “Límites constitucionales del llamado Derecho penal juvenil”, en *Estudio y aplicación práctica del Código penal de 1995*, vol. I, Madrid, 1997, p. 50.

⁷⁹³ Cfr., en sentido análogo, MUÑOZ CONDE, F./GARCIA ARAN, M.: *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 407, donde destacan la importancia para la determinación de la capacidad de

2.4. Jurisprudencia en materia de régimen transitorio de minoría de edad penal

Respecto de los recursos de Casación presentados con anterioridad a la aprobación de la LORRPM, en los que se ha pretendido la aplicación del artículo 19 para aquellos menores que en el momento de la comisión del hecho delictivo tuvieran menos de dieciocho años y más de dieciséis, por tratarse de hechos enjuiciados conforme al Código penal de 1995, ha sido constante doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo la que ha reconocido que el régimen transitorio establecido para la minoría de edad por el Código de 1995 no ha producido un vacío legal, negando la aplicabilidad de otras disposiciones distintas a las del Código derogado de 1973, hasta que adquiriera vigencia la LORRPM.

Como ejemplo ilustrativo, es de interés referirnos al Auto del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1997⁷⁹⁴ que señala:

“(…) El sexto motivo se funda en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, al considerar que se ha infringido el principio de legalidad recogido en la Constitución española y en el Código penal vigente, pues el recurrente en el momento de la concurrencia de los hechos, tenía más de dieciséis años y menos de dieciocho, por lo que debe declararse al recurrente exento de

culpabilidad del autor de un delito, especialmente si se trata de un menor, atender a factores socioculturales, ambientales y familiares, y no exclusivamente a factores intelectivos y volitivos.

responsabilidad penal, conforme al artículo 19 del Código penal. (...) La legalidad vigente resulta que junto al artículo 19 del Código penal en el que se recoge como causa de exención de la responsabilidad el ser el autor menor de dieciocho años. La Disposición Final 7º del mismo texto exceptúa la entrada en vigor de dicho artículo hasta tanto adquiriera vigencia la Ley que regule la responsabilidad penal del menor a que se refiere dicho precepto. La Disposición Derogatoria 1º. a), no deroga el artículo 8.2, 9.3 y la regla 1º del artículo 20 del Código penal anterior.

En consecuencia, el Tribunal, frente a la afirmación del recurrente, ha aplicado la normativa vigente, pues el propio texto penal niega la entrada en vigor del propio artículo 19 del Código penal, que el recurrente pretende aplicar, por lo que no se ha vulnerado el precepto constitucional alegado por el impugnante, no siendo posible la pretensión de quedar la resolución en suspenso hasta que se dicte la Ley del Menor, pues ello no está previsto legalmente y sí la solución prevista en la Disposición Derogatoria 1º que es la adoptada por la sentencia combatida.

Por lo que el motivo, carente manifiestamente de fundamento, incurre en la causa de inadmisión del artículo 855.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

⁷⁹⁴ (RA 2717).

En el mismo sentido que en la anterior sentencia, el Auto del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1997⁷⁹⁵, resuelve: “ (...) En la argumentación que desarrolla el recurrente parte de un error al considerar que se ha aplicado la atenuante de minoría de edad del Código de 1973, pero en la determinación de la pena se ha aplicado el Código vigente, el de 1995, y se ha considerado la atenuante como simple con los efectos en la penalidad de la regla segunda del artículo 66, lo que es considerado como contrario a la reforma penal y a su espíritu.

El motivo debe ser inadmitido. El Código aplicado a los hechos enjuiciados es el de 1995, si bien al ser menor de dieciocho años de edad y ante la falta de promulgación de la Ley que regule la responsabilidad penal del menor, se aplica, en este particular, lo dispuesto en los artículos 9.3, y 65 del Código penal de 1973, derogado y vigente en este particular por aplicación de la disposición derogatoria de la LO 10/1995 aprobatoria del Código penal”.

Siguiendo la misma doctrina, nuestro Tribunal Supremo ha señalado recientemente en Auto de 1 de abril de 1998⁷⁹⁶:

“En el único motivo del recurso se denuncia la infracción del artículo 19 del Código penal vigente. El recurrente afirma que la condenada en la sentencia no

⁷⁹⁵ (RA 7766).

había cumplido los dieciocho años cuando cometió los hechos a los que se refiere la sentencia firme. Mantiene, en ese sentido, que la Disposición Transitoria Séptima se refiere a hechos posteriores y no a hechos anteriores ya juzgados.

El motivo carece de fundamento y debe ser inadmitido.

a) La Disposición Final Séptima excluye de la entrada en vigor el artículo 19 del Código penal y la Disposición Derogatoria mantiene la vigencia de los preceptos del Código derogado que regulan los casos que entrarían dentro de la aplicación del artículo 19.

b) La Ley penal a la que se alude en relación con la aplicación del derecho transitorio y de la comprobación de las disposiciones más favorables no es un cuerpo legal en sentido formal, un Código, sino el conjunto de disposiciones que permiten y delimitan la sanción de cada hecho y cada autor concreto; es decir, del acontecimiento que el Tribunal considera probado y sobre el que recae la tarea de la subsunción y de las circunstancias que afectan a la culpabilidad de autor. Sólo desde esa perspectiva es posible concebir la referencia a las “normas completas de uno u otro Código” a las que alude la Disposición Transitoria Segunda de la LO 10/1995, de 23 de noviembre.

⁷⁹⁶ (RA 3393).

c) Por tanto, no existe el presupuesto del que necesariamente ha de partir la aplicación de un régimen transitorio: el cambio de régimen legal. En la medida que, en la situación legal vigente, los menores de dieciocho años y mayores de dieciséis siguen siendo considerados imputables, puede afirmarse que las reglas que regulan la exclusión de la capacidad de culpabilidad de menores no se han modificado, y que no es posible plantear la cuestión de la aplicación de un régimen legal más favorable que no se encuentra en vigor.

Por otra parte, no es cierto que “en ningún caso es pensable que la prolongación de la vigencia del nuevo Código penal en materia de minoría de edad, se extienda también en causas tramitadas antes de la entrada en vigor del nuevo Código penal”. El problema no está vinculado a la pretendida suspensión de la eficacia del Código penal vigente, puesto que también la Disposición Derogatoria Única mantiene vigentes las disposiciones referidas a la responsabilidad del menor del Código derogado. Por ese motivo, es claro que el recurrente pretende la aplicación de disposiciones que no han entrado en vigor sin que se haya generado laguna legal alguna al mantenerse la vigencia de las disposiciones del Código derogado sobre ese aspecto”.

En concordancia con las anteriores argumentaciones, nuestro Tribunal Supremo se ha vuelto a pronunciar en Sentencias de 14 de julio de 1998⁷⁹⁷ y 12 de febrero de 1999⁷⁹⁸, señalando el cuarto motivo del recurso de la primera de las sentencias citadas:

“(…) no es exactamente encomiable este retraso en la entrada en vigor de ese aspecto del Código penal que ha de ser beneficioso para las personas que delinican entre los dieciséis y dieciocho años, pero aún así se ha de admitir que los preceptos del anterior Código exceptuados de derogación en ningún momento han dejado de estar vigentes, por lo que fue correcta y no infractora de Ley la resolución respecto a la condena del recurrente (…)”.

Sobre este particular también se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Sevilla en sentencia de 31 de mayo de 1997⁷⁹⁹, declarando, en los mismos términos que los expuestos por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que “la entrada en vigor del artículo 19 del Código penal, que establece la mayoría de edad a los dieciocho años, está suspendida hasta la entrada en vigor de la Ley que regule la responsabilidad penal de los menores, tal como señala la Disposición Final Séptima del mismo Código”.

⁷⁹⁷ (RA 5824) cit.

⁷⁹⁸ (RA 974).

3. SOLUCIÓN PROPUESTA

La desordenada superposición, en materia de minoría de edad, del derogado Código penal de 1973 y el vigente de 1995, así como la imperfección del artículo 65 y los serios problemas que desde siempre ha suscitado su interpretación, evidencian una clara incongruencia legislativa; situación que demandaba una rápida, pero reflexionada, aprobación de la LORRPM, que permitiese la aplicación de una única legislación para los menores y jóvenes infractores.

A nuestro juicio, hasta la aprobación de la LORRPM, la solución más acertada, que no exenta de dificultades, habría sido la aplicación de la LORCPJM⁸⁰⁰, y no las disposiciones sobre minoría de edad del Código anterior, pues son, como ya hemos

⁷⁹⁹ (307) cit.

⁸⁰⁰ También han propuesto esta solución, GISBERT JORDA, T.: “La entrada en vigor de la elevación de la mayoría de edad penal. Una nueva interpretación”, cit., pp. 1519 y 1520 y VENTURA FACI, R.: “El menor como agente del delito”, cit., p. 167. Para SILVA SANCHEZ la mejor solución frente al sistema adoptado por el legislador del nuevo Código de 1995 habría sido acoger en el nuevo Código penal el régimen de la minoría de edad del Texto derogado en su lugar sistemático, hasta la aprobación de la LORRPM, que derogaría aquél régimen al traer a su ámbito de aplicación los hechos delictivos cometidos por menores de dieciocho años. Cfr. SILVA SANCHEZ, J. M.: “El régimen de la minoría de edad penal (artículo 19)”, cit., p. 162. También se ha defendido para estos supuestos la aplicación de la remisión condicional y los demás substitutivos penales del nuevo Código penal que procedan. Cfr. SERRANO BUTRAGEÑO, I.: “Comentario al artículo 69”, en *Código penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia*, coordinado por SERRANO BUTRAGEÑO, I., Granada, 1998, p. 625.

apuntado, obsoletas disposiciones ajenas a los principios exigidos por la normativa internacional y por la doctrina del Tribunal Constitucional.

La solución que proponemos entendemos que habría sido viable si se hubiese abandonado la literalidad de lo dispuesto en el artículo 19, pues, conforme al artículo 1 de la LORCPJM, es posible su aplicación para los menores de dieciocho años, toda vez que el tenor del citado precepto dispone que *los Jueces de Menores serán competentes para conocer de los hechos cometidos por menores 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.*

Consecuentemente, si se hubiese aplicado la citada Ley, hasta la aprobación de la LORRPM, no habría existido vacío legal, y se habría podido evitar, por ejemplo, la posibilidad de que un menor, mayor de dieciséis y menor de dieciocho años, ingrese en prisión por la comisión de un delito grave. Pensemos, en este sentido, que si la finalidad rehabilitadora y de reinserción social de la pena privativa de libertad, objetivo perseguido por el artículo 25.2 de nuestra Constitución española, ha fracasado con los delincuentes adultos, más fracasará, incluso, con los infractores jóvenes⁸⁰¹. Además, éstos, en la mayoría de los casos, tan sólo son privados de

⁸⁰¹ Cfr. GONZALEZ ZORRILLA, C.: “Minoría de edad penal, imputabilidad y responsabilidad”, cit., p. 177. Sobre este extremo, este autor ha destacado, con singular acierto, la inutilidad de la cárcel, tanto desde el punto de vista de la prevención general, como de la prevención especial, abogando por limitarla al máximo, dado el efecto desocializador que ocasiona su imposición,

libertad, sin aplicarles ninguna medida reeducadora o, lo que también puede suceder, que al aplicarles la atenuante de minoría de edad y rebajarles la pena en uno o dos grados, la pena resultante sea una multa, que finalmente puede ser pagada por los familiares, sin que los jóvenes sean objeto, por tanto, de ninguna medida reeducadora.

En sentido parecido, ha señalado SILVA SÁNCHEZ⁸⁰² que la posibilidad de la atenuación de la pena hasta dos grados, junto con la casi automática aplicación de la condena condicional, ha comportado, en muchos casos, la inmediata puesta en libertad *de facto* de un gran número de infractores de entre dieciséis y dieciocho años, que no han llegado nunca a ser objeto de ningún tipo de medidas de seguridad, lo que ha repercutido en una pérdida del efecto intimidatorio y de la posibilidad de recuperar a estos menores.

En síntesis, podemos concluir este apartado afirmando que la solución ofrecida por el legislador del Código penal de 1995, manteniendo provisionalmente incólume el régimen del Código anterior de 1973, ha sido, a nuestro juicio, insatisfactoria, sobre todo, por las negativas consecuencias que para los menores de dieciocho años y mayores de dieciséis comporta la aplicación de unas disposiciones ajenas a los

particularmente en los jóvenes; efecto que es superior a las presuntas inhibiciones que se intenta conseguir con la amenaza penal.

⁸⁰² Cfr. SILVA SANCHEZ, J. M: “La política criminal ante el hecho penalmente antijurídico cometido por un menor de edad”, cit., p. 19.

principios exigidos por los Tratados internacionales y por la doctrina del Tribunal Constitucional, en materia de Justicia de Menores.

SEGUNDA PARTE

LA MINORÍA DE EDAD PENAL EN LA LEGISLACIÓN ESPECIAL

CAPITULO CUARTO

ANTECEDENTES DE LA ACTUAL REGULACIÓN EN MATERIA DE JUSTICIA DE MENORES. FILOSOFÍA SUBYACENTE

1. PREMISA

Antes de proceder a analizar los antecedentes de la actual regulación en materia de Justicia de Menores, hemos considerado de interés detenernos en el estudio de las cuestiones que han informado la ciencia del Derecho penal español del siglo XX, a fin de lograr una mejor comprensión del tratamiento dispensado a los menores por las instituciones tutelares vigentes a la sazón.

Al margen de algunas corrientes doctrinales de peor acogida, hemos prestado especial dedicación a aquella de orientación correccionalista que desde principios del pasado siglo XX ha influido decisivamente en el Derecho penal de menores, desplazando, a partir de la segunda mitad del XIX, las ideas de retribución y expiación por las de corrección y protección. Sin embargo la filosofía subyacente en la concepción correccionalista evidenciará una acusada distorsión entre la teorización ideológica y los resultados obtenidos en el tratamiento de los menores infractores.

2. LA MINORÍA DE EDAD EN EL PENSAMIENTO DOCTRINAL PENAL DEL SIGLO XX

2.1. La Escuela Positiva⁸⁰³. Ferri⁸⁰⁴

La irrupción de la filosofía positiva a finales del siglo XIX en el pensamiento científico, en general, marcó de manera decisiva la evolución de la Ciencia penal⁸⁰⁵, y el nacimiento de Criminología como disciplina científica⁸⁰⁶.

El ideal científico del positivismo partía de la base de que sólo merecían el calificativo de “científicas” aquellas elaboraciones o estudios de la realidad que se llevasen a cabo a través de los métodos de las ciencias naturales. Esto implicaba, como es lógico, el rechazo de toda dependencia de la filosofía o metafísica⁸⁰⁷. Así, la Escuela positiva, en contraposición a los principios doctrinales de la Escuela

⁸⁰³ De entre los más destacados representantes de esta corriente doctrinal: Lombroso, Garófalo y Ferri, tan sólo, nos referiremos a éste último por ser el que mayor atención prestó al estudio y tratamiento de los menores infractores.

⁸⁰⁴ Cfr., al respecto, FERRI, E.: *Principios de Derecho criminal. Delincuente y delito en la ciencia, en la legislación y en la jurisprudencia*, traducido por RODRIGUEZ MUÑOZ, J. A., Madrid, 1933. Para un estudio de la obra y personalidad de FERRI, cfr. GOMEZ, E.: *Enrique Ferri*, Buenos Aires, 1947. Véase también una interesante referencia al positivismo en BERNALDO De QUIROS, C./NAVARRO De PALENCIA, A.: *Teoría del Código penal. Parte general*, cit., pp. 364 y ss.

⁸⁰⁵ Recordemos que el nacimiento de la dogmática jurídico-penal está vinculada históricamente a los autores de la Escuela clásica, CARRARA en Italia y BINDING en Alemania.

⁸⁰⁶ Sobre el particular, señala GARCIA-PABLOS, A.: *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, 2º ed., Valencia, 1996, p. 92, que la Escuela positiva italiana, o positivismo criminológico, sella a finales del siglo XIX los orígenes de esta nueva Ciencia, denominada Criminología. De ahí, que se hable de dos etapas o momentos en la evolución de las “ideas” sobre el crimen: la etapa “precientífica” y la “científica”, cuya línea divisoria viene dada por la Escuela positiva, esto es, el paso de la especulación, de la deducción, del pensamiento abstracto-deductivo a la observación, a la inducción y al método positivo.

⁸⁰⁷ Cfr. ZUGALDIA ESPINAR, J. M.: *Fundamentos de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 184.

clásica⁸⁰⁸, negó la existencia del libre albedrío en el hombre, pasando la pena a ser considerada, no ya un castigo, sino un medio de defensa social, no meramente utilitario.

Bajo el influjo del positivismo se creó la Ley de Vagos y Maleantes de 1933, que aplicaba medidas de seguridad muy parecidas a las penas a quienes no habían cometido delitos, pero podían cometerlos “por su vida irregular”⁸⁰⁹.

Por lo que respecta al menor infractor, la Escuela positiva sostuvo que éste cometía el delito como consecuencia de dos factores: de una parte, los internos, consistentes en taras hereditarias derivadas del alcoholismo, sífilis y enfermedades mentales; y, de otra, los externos o sociales de abandono, desamparo, hábito o imitación, originados por la falta de hogar, medio ambiente corrompido o ausencia de una adecuada educación. Como resultado de estas causas el menor no merecía castigo, sino tutela, reforma, educación o curación, dependiendo de cada caso y de las circunstancias particulares y personales que concurrieran⁸¹⁰.

De esta primera concepción de la Escuela positiva se pasó, con César LOMBROSO, a un criterio antropológico, basado en la idea de que las huellas

⁸⁰⁸ *Vid. infra* apartado 8 del Cap. I.

⁸⁰⁹ Cfr. LALINDE ABADIA, J.: *Iniciación histórica al Derecho español*, cit., p. 571.

embrionarias de la locura moral y de la delincuencia se hallaban normalmente en el niño que manifestaba vicios tales como la cólera, la venganza, la mentira, la ausencia de sentido moral, el egoísmo, o la crueldad, lo que servía muchas veces para explicar su tipo criminal, atávico y epiléptico. Así, llegaba a considerar que en la infancia y en la adolescencia se cometen actos equivalentes a verdaderos delitos en el adulto. De ahí que el delincuente que más allá de la adolescencia persistía en acciones anormales, era considerado un anormal que reproducía el pasado lejano⁸¹¹.

Pero es el propio FERRI quien mejor ha expresado la aportación de la Escuela positiva al Derecho tutelar de menores, manifestando que “adopta para los delincuentes menores no la tradicional pena-castigo, llamada intimidatoria, sino una serie de medidas defensivas, educadoras y curativas adaptadas, no a los pretendidos grados de discernimiento y de culpabilidad moral, sino a la diversa peligrosidad y readaptabilidad social de estos sujetos conscientes, pero con voluntad no madura”⁸¹².

En resumen, la dogmática jurídico-penal patrocinada por la Escuela clásica sufrió a finales del siglo XIX un duro ataque por parte de la Escuela positiva, cuyo eje central giraba en torno a la negación del libre albedrío: los hombres no son libres

⁸¹⁰ Cfr. MENDOZA, J. R.: *La protección y el tratamiento de los menores*, cit., p. 5.

⁸¹¹ *Ibidem*, pp. 5 y 6.

⁸¹² Cfr. LALINDE ABADIA, J.: *Iniciación histórica al Derecho español*, cit., p. 570.

para determinarse frente a las normas, sino que su voluntad está condicionada por factores diversos: individuales, físicos y sociales. Según FERRI, la pena, por sí sola, sería ineficaz sino va acompañada de las oportunas reformas económicas y sociales. De ahí que propugnase como instrumento de lucha contra el delito una Sociología criminal integrada y no un Derecho penal convencional⁸¹³.

2.2. La Escuela Correccionalista. Dorado Montero⁸¹⁴

Destaca ALAMILLO⁸¹⁵ que la Escuela correccionalista de ROEDER⁸¹⁶ y la positiva italiana se funden en *El Derecho protector de los criminales* de DORADO MONTERO. En esta misma línea, señala LANDROVE DÍAZ⁸¹⁷ que el correccionalismo de DORADO MONTERO es ecléctico, en el sentido de que en él se percibe una influencia positivista, adquirida en su periodo de formación en Italia, pero de marcado signo crítico. Pero ha sido el propio DORADO MONTERO quien

⁸¹³ Cfr. GARCIA-PABLOS, A.: *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, cit., p. 113.

⁸¹⁴ Para una recopilación de la obra de DORADO MONTERO, cfr. VVAA.: *Homenaje a Dorado Montero*, en *REP*, año XXVII, Octubre-Diciembre 1975, núm. 195, 1595 y ss.

⁸¹⁵ Cfr. ALAMILLO, F.: “Derecho penal juvenil español”, cit., p. 11.

⁸¹⁶ El origen de la teoría penal denominada correccionalista, o de la enmienda, cuyo máximo representante es Carlos David Augusto ROEDER, se remonta a los años de viva efervescencia entre las múltiples doctrinas penales formuladas en Alemania durante la primera mitad del siglo XIX. Cfr. DORADO MONTERO: *El derecho protector de los criminales*, t. I, Madrid, 1916, p. 188.

mejor ha declarado esa unión de principios correccionales y positivistas, al considerar que el Derecho penal ha de ser el resultado de la fusión del espíritu de la escuela correccionalista con la observación experimental que aporta la Escuela positiva⁸¹⁸.

Así, pues, con la obra de DORADO MONTERO se produce una fusión de la filosofía positivista y correccionalista, que va a inspirar el Derecho tutelar en nuestro país⁸¹⁹. En este sentido, MONTERO RÍOS, entonces Ministro de Gracia y Justicia, ha sido considerado “el padre del correccionalismo español”⁸²⁰, sin olvidar, no obstante, la importante función que también desempeñó Concepción ARENAL⁸²¹.

En definitiva, desde el pensamiento correccionalista de DORADO MONTERO, los menores de edad eran considerados sujetos inferiores o débiles necesitados de protección. Especialmente interesantes para entender la filosofía subyacente en la concepción correccionalista son las conclusiones del citado penalista cuando afirma

⁸¹⁷ Cfr. LANDROVE DIAZ G.: *Introducción al Derecho penal español*, cit., p. 51,

⁸¹⁸ Cfr. DORADO MONTERO: *El derecho protector de los criminales*, cit., pp. 194 y ss.

⁸¹⁹ Cfr. VILAR VADIA, R.: “La Legislación penal de menores y su inaplazable reforma”, en *CPC*, núm. 40, 1990, p. 176.

⁸²⁰ Cfr. VENTURA FACI, R.: “El menor como agente del delito”, cit., p. 167. Según CASTEJON, F.: “Las ideas penales en la época del Código penal de 1870”, cit., p. 61, será aproximadamente en 1865 cuando se inicie la dirección correccionalista en España. Para un interesante estudio del correccionalismo español de corte Krausista, cfr. CUELLO CONTRERAS, J.: *El Derecho penal español. Curso de iniciación. Parte general*, cit., pp. 280-289.

que “el delincuente, por el simple hecho de ser tal, denuncia un estado moral débil y miserable. Da prueba segura de su incapacidad para gobernarse normalmente, honradamente; de manera análoga como también la dan, por su parte, los locos, los menores de edad, los pródigos, todos los cuales, efecto de su incapacidad o anormalidad, reclaman con imperio de los normales u honrados, el género de protección que les convenga y al cual tienen perfecto derecho. La delincuencia, en el pensamiento de los correccionalistas, es una causa limitadora de la capacidad real y, por lo tanto, de la capacidad jurídica de los individuos, igual que sucede con la edad, la prodigalidad, la enfermedad mental, etc.; causa que, mientras no desaparezca, mantiene al sujeto de quien se trate en posición de inferioridad, y necesitado, en beneficio propio suyo y en interés social al mismo tiempo, de un género de protección tutelar (tratamiento penal) acomodado a su situación anómala y de desamparo”⁸²². Paradigmáticas son también al efecto sus frases cuando afirma que “la función llamada administración de Justicia penal es una verdadera cura de almas (...) tendente a rescatar y poner en aptitud de aprovechamiento social el mayor número de éstas”⁸²³.

⁸²¹ Para un estudio de esta correccionalista, cfr. AGUIRRE PRADO, L.: “Concepción Arenal”, en *REP*, núm. 6, 1945, pp. 44 y ss.

⁸²² Cfr. DORADO MONTERO: *El derecho protector de los criminales*, cit., p. 193.

⁸²³ *Ibidem*, pp. 180, 181, 183 y 184.

Premisa general del sistema penal de los correccionalistas era, como advirtió DORADO MONTERO, su manera de concebir el Derecho, “el cual, no tiene su base, como ordinariamente se piensa, en el poder, la facultad y la fuerza, sino en la necesidad”⁸²⁴. Los principios del correccionalismo perseguían el siguiente aforismo: “más vale prevenir que remediar”, y para buscar medios preventivos se empieza por estudiar las causas del delito, a saber: unas de tipo personal y otras de tipo social, que generalmente actúan sobre el individuo desde la infancia, predisponiéndole al delito. Y como medio preventivo se propugna, en primer lugar, la reeducación del delincuente, especialmente, cuando por su edad y escaso arraigo de los hábitos criminales es posible aún la readaptación⁸²⁵.

Ahora bien, aunque para DORADO MONTERO, desde una posición desde luego bienintencionada, la nueva tendencia correccional o tutelar constituía una arrolladora corriente de aire purificador, señalando, ingenuamente, que “el Derecho penal ha desaparecido con respecto a los niños y a los jóvenes delincuentes, y se ha convertido en una obra benéfica y humanitaria, en un capítulo, si se quiere, de la pedagogía, de la psiquiatría y del arte de buen gobierno, juntamente”⁸²⁶, lo cierto es que estos valores, aparentemente impregnados de una base educativa-terapéutica, en realidad, van a reflejar una respuesta de carácter represivo que, en ocasiones, llegará

⁸²⁴ Cfr. DORADO MONTERO: *El derecho protector de los criminales*, cit., pp. 191 y 192.

⁸²⁵ Cfr. ALAMILLO, F.: “Derecho penal juvenil español”, cit., p. 11.

⁸²⁶ Cfr. DORADO MONTERO: *Los peritos médicos y la Justicia criminal*, Madrid, 1905, p. 211.

a ser incluso más grave que la dispensada a los adultos, al ser, entre otras cosas, las medidas aplicadas de duración indeterminada⁸²⁷.

Como colofón, podemos concluir que la principal aportación del correccionalismo⁸²⁸ ha sido su filantropía, mientras que su defecto, principalmente en DORADO MONTERO, ha sido su tendencia hacia la utopía⁸²⁹. Y ello por atender exclusivamente a la prevención especial llegando a olvidarse, por completo, de la importante cuestión de las garantías procesales, a las que también tiene derecho el menor, y que tanta atención dedicó, sin embargo, la Escuela clásica. Para DORADO MONTERO, con sólo afirmar que siendo la pena un bien para el delincuente no son necesarias las garantías frente a ella. Como ha señalado al respecto ANTON ONECA, “lo que es un bien para el pensador que vive en la nube de sus abstracciones, es un mal para el reo que lo sufre”⁸³⁰.

⁸²⁷ Sobre el particular ha manifestado críticamente ALVAREZ MARTINEZ, C.: “De la necesidad de la reforma de las Leyes penales”, cit., p. 219 y 220, que “es tal el desvarío de esta Escuela, que pretende que la pena impuesta al delincuente no dure más que el largo o corto tiempo que permanezca su alma en ese estado de perturbación y de padecimiento. Este es su límite en equidad y en justicia. Desde este instante se comete con el delincuente una iniquidad, si se le retiene en un establecimiento penitenciario o en la cárcel. Desde este instante la pena deber cesar. Mas aquí nos sale al paso una nueva dificultad. ¿Cómo se averigua este cambio feliz en el alma del culpable? ¿Quién resuelve este problema, los Tribunales o los Médicos?”

⁸²⁸ Véase una interesante referencia al correccionalismo en BERNALDO De QUIROS, C./NAVARRO De PALENCIA, A.: *Teoría del Código penal. Parte general*, cit., pp. 163 y ss.

⁸²⁹ Cfr., al respecto, ANTON ONECA, J.: *La utopía penal de Dorado Montero*, Universidad de Salamanca, 1950.

3. DESARROLLO DE LA LEGISLACIÓN DE MENORES DESDE EL SIGLO XIX HASTA LA PROMULGACIÓN DE LA LEY DE TRIBUNALES TUTELARES DE MENORES DE 1948⁸³¹

En cuanto a los antecedentes legislativos sobre el tratamiento de los menores infractores, así como el relativo a la protección de la infancia abandonada⁸³², podemos afirmar que a partir del siglo XIX ha existido una copiosa actividad legislativa, siendo el primer antecedente la Ley de 6 de febrero de 1822, sobre organización de la beneficencia española, a la que siguió la Ley de Ordenación de presidios de 1834, que regulaba la separación de los infractores jóvenes y su

⁸³⁰ Cfr. ANTON ONECA, J.: “Los antecedentes del nuevo Código penal”, cit., pp. 38 y 39.

⁸³¹ Para un completo estudio de esta legislación, veáanse ROCA, T.: *Historia de la obra de los Tribunales Tutelares de Menores en España*, Madrid, 1968, pp. 60 y ss.; GUALLART y LOPEZ De GOICOECHEA, J.: *El Derecho penal de los menores. Los Tribunales para niños*, cit., pp. 95-76; MONTERO-RIOS y VILLEGAS, A.: *Antecedentes y comentarios a la Ley de Tribunales para niños*, Madrid, 1919, pp. 20-23; LOPEZ RIOCEREZO, J. M.: *Delincuencia juvenil. Política recuperativa del joven delincuente*, t. II, Madrid, 1960, pp. 69 y ss.; De COSSIO y GOMEZ-ACEBO, M.: *Las instituciones tutelares de la infancia abandonada*, Madrid, 1907; VON LISZT, F.: *Tratado de Derecho penal*, cit., pp. 520 y ss.

⁸³² El origen y evolución de nuestra legislación de menores también ha sido tratado por RIOS MARTIN, J. C.: *El menor infractor ante la Ley penal*, cit., pp. 89 y ss.; CANTARERO, R.: *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación: Derecho penal y procesal de menores*, cit., pp. 42 y ss.; GONZALEZ ZORRILLA, C.: “La Justicia de Menores en España”, epílogo del libro De LEO, G.: *La Justicia de Menores. La delincuencia juvenil y sus instituciones*, traducido al castellano por GONZALEZ ZORRILLA, C., Barcelona, 1985, pp. 113 y ss.; SANCHEZ MARTINEZ, F.: *Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores. Ley 4/1992*, cit., pp. 49 y ss.; *La obra de protección de menores*, Consejo Superior de Protección de Menores, Ministerio de Justicia, Madrid, 1984, pp. 23 y ss.; BENITO ALONSO, F.: “Los antecedentes históricos de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, como criterio de interpretación de la misma”, en *La Ley*, núm. 5308, de 15 de mayo de 2001, pp. 1-10.

instrucción y reforma⁸³³. En este sentido, son también dignas de elogio las constantes demandas recogidas por Concepción ARENAL en sus *Estudios Penitenciarios* de 1877, en las que exigía la creación de colonias agrícolas para la rehabilitación social de los infractores jóvenes⁸³⁴.

Posteriormente, se dictó la Ley de 26 de julio de 1878 referente a los trabajos peligrosos de los niños⁸³⁵ y, unos años más tarde, la Ley de 4 de enero de 1883, que estableció la organización de asilos e instituciones de protección correccional⁸³⁶. Por Real Decreto de 11 de agosto de 1888 se destinó al establecimiento penal de Alcalá de Henares a los infractores menores de veinte años, pero esta disposición no alcanzó un cumplimiento global, ni tampoco estableció un sistema especial para el tratamiento de aquellos jóvenes, omisión que será corregida por el Real Decreto de 17 de junio de 1901, que creó la Escuela Central de Reforma y Corrección Penitenciaria de Alcalá de Henares para menores de veintitrés años, constituyendo

⁸³³ Cfr. GUALLART y LOPEZ De GOICOECHEA, J.: *El Derecho penal de los menores. Los Tribunales para niños*, cit., p. 95.

⁸³⁴ Cfr. MIRET MAGDALENA, E.: *Hacia una Ley española del menor*, en *Jornadas de estudio de la legislación del menor*, Consejo Superior de Protección de Menores, Ministerio de Justicia, 1985, p. 10. Sobre los trabajos agrícolas e industriales en los asilos correccionales, véase De COSSIO y GOMEZ-ACEBO, M.: *Las instituciones tutelares de la infancia abandonada*, cit., pp. 106-108.

⁸³⁵ Cfr. ROCA, T.: *Historia de la obra de los Tribunales Tutelares de Menores en España*, cit., p. 60.

⁸³⁶ Cfr. GUALLART y LOPEZ De GOICOECHEA, J.: *El Derecho penal de los menores. Los Tribunales para niños*, cit., p. 95. Sobre esta Ley ha señalado RIOS MARTIN, J. C.: *El menor infractor ante la Ley penal*, cit., p. 99, que los jóvenes menores de dieciocho años que tuvieran su residencia en la provincia de Madrid y careciesen de medios lícitos de subsistencia, podían ingresar

esta disposición el primer paso hacia la creación de un establecimiento especial para la reforma de los jóvenes⁸³⁷. El mentado Real Decreto de 1901 aplicó el sistema progresivo para los jóvenes internos en el establecimiento penal de Alcalá de Henares⁸³⁸, incorporando el sistema correccional de las doctrinas penitenciarias del momento⁸³⁹.

Entre este elenco de disposiciones merecen también especial mención: la Ley de 13 de marzo de 1900, por la que se fijó las condiciones de trabajo de las mujeres y de los niños⁸⁴⁰; el Real Decreto de 10 de marzo de 1902, que regulaba el ingreso en la Escuela Central de Reforma y Corrección Penitenciaria de Alcalá de Henares de

en las escuelas de reforma, a las que también tenían acceso los hijos de familia que se hallaren bajo tutela o curatela y fuesen objeto de corrección de sus padres.

⁸³⁷ Cfr. LOPEZ RIOCEREZO, J.: *Delincuencia juvenil. Política recuperativa del joven delincuente*, cit., p. 78. Los principios que debían inspirar el funcionamiento de estas escuelas de reforma han sido sintetizados por LOPEZ RIOCEREZO, J.: *Delincuencia juvenil. Política recuperativa*, cit., p. 78, en los siguientes: “a) especializar y reducir el tratamiento correccional de los jóvenes solamente a aquellos cuya delincuencia fuese declarada por los Tribunales de Justicia criminal; b) limitar la edad de ingreso a los dieciocho años; c) referir todo el procedimiento educativo regimental a las preceptivas del Decreto de 18 de mayo del mismo año; d) preceptuar los casos de expulsión del reformatorio por mala conducta reiterada o inadaptabilidad manifiesta para su régimen; e) creación y fomento de una sociedad de patronato que completase la labor educativa del internado”. Un completo estudio de las diferentes Escuelas de reforma en España puede verse en SALDAÑA, Q.: *La reforma de los jóvenes delincuentes en España*, cit., pp. 22-35. Para un estudio de la evolución de estas instituciones, cfr. GARCIA VALDES, C.: *Los presos jóvenes. Apuntes de la España del XIX y principios del XX*, Madrid, 1991.

⁸³⁸ En este sentido fue GUALLART y LOPEZ De GOICOECHEA, J.: *El Derecho penal de los menores. Los Tribunales para niños*, cit., p. 95, el primero en reivindicar que el sistema progresivo, conocido como Machonochie o de Croffton, recibiese el nombre de Montesinos, por ser éste el primero en aplicarlo en su presidio de Valencia.

⁸³⁹ Cfr. De COSSIO y GOMEZ-ACEBO, M.: *Las instituciones tutelares de la infancia abandonada*, cit., p. 4.

los menores de quince años que, declarados irresponsables conforme al Código penal de 1870 por haber obrado sin discernimiento, carecían de persona que se encargase de su educación y vigilancia⁸⁴¹; el Real Decreto de 8 de agosto de 1902, relativo al reformatorio de jóvenes infractores⁸⁴²; y el Real Decreto de 13 de febrero de 1903, referentes a las Escuelas-asilos de Madrid⁸⁴³.

En cuanto a la protección de la infancia, la Ley de 23 de julio de 1903 tenía como objeto impedir la explotación de la infancia y la represión de la mendicidad de los menores de dieciséis años⁸⁴⁴. Un año más tarde, por Ley de 12 de agosto de 1904⁸⁴⁵, promovida inicialmente por PI y MARGALL y aprobada definitivamente gracias a los esfuerzos del TOLOSA LATOUR, se crea el Consejo Superior de Protección a la Infancia y las Juntas Provinciales y Municipales.

⁸⁴⁰ Cfr. ROCA, T.: *Historia de la obra de los Tribunales Tutelares de Menores en España*, cit., pp. 60 y 61.

⁸⁴¹ Cfr. BERNALDO De QUIROS, C./NAVARRO De PALENCIA, A.: *Teoría del Código penal. Parte general*, cit., p. 24.

⁸⁴² Cfr. VON LISZT, F.: *Tratado de Derecho penal*, cit., p. 550.

⁸⁴³ Cfr. GUALLART y LOPEZ De GOICOECHEA, J.: *El Derecho penal de los menores. Los Tribunales para niños*, cit., p. 96.

⁸⁴⁴ Cfr. *Código penal interpretado por el Tribunal Supremo*, cit., p. 15; JIMENEZ De ASUA: *Código penal reformado de 27 de octubre de 1932 y disposiciones penales de la República*, cit., p. 268; CUELLO CALON, E.: *Criminalidad infantil y juvenil*, cit., p. 103.

⁸⁴⁵ Sobre esta Ley ha destacado ROCA, T.: *Historia de la obra de los Tribunales Tutelares de Menores en España*, cit., p. 60, que se sitúa en la línea de proteger física y moralmente a los niños menores de diez años, encargándose también de la vigilancia de los que habían de ser entregados a la lactancia mercenaria y de los internados en instituciones protectoras.

Otro Real Decreto de 1907 reformó, en parte, los anteriores, ampliando la edad de ingreso a los veinte años y estableciendo una rebaja de penas como premio a la buena conducta⁸⁴⁶, lo que viene a constituir un paso hacia adelante en la implantación, ocho años después, de la libertad condicional en nuestro país.

En 1908 se publicaron dos Leyes: por un lado, la Ley sobre condena condicional de 17 de marzo, que modificó, *de facto*, el artículo 86 del Código penal de 1870, al contemplar la suspensión de la condena para el mayor de nueve y menor de quince años que hubiese obrado con discernimiento⁸⁴⁷, acordando, además, la entrega a su familia “con encargo de vigilarlo y educarlo” o, en su defecto, hacerle ingresar en un establecimiento de beneficencia destinado a la educación de huérfanos y abandonados⁸⁴⁸; y, por otro, la Ley de 31 de diciembre, sobre el régimen de prisión preventiva de los menores⁸⁴⁹.

⁸⁴⁶ Cfr. LOPEZ RIOCEREZO, J.: *Delincuencia juvenil. Política recuperativa*, cit., p. 78.

⁸⁴⁷ Cfr. JIMENEZ De ASUA, L.: *La delincuencia juvenil y los Tribunales para niños*, cit., p. 11. Precisa, en este sentido, VALDES RUBIO, J. M.: *Derecho penal. Su Filosofía, Historia, Legislación y Jurisprudencia*, t. II, cit., p. 97, que eran los jóvenes primarios los que, conforme a lo previsto en la Ley española de 17 de marzo de 1908, se beneficiaban de la remisión condicional de la pena.

⁸⁴⁸ Cfr. BERNALDO De QUIROS, C./NAVARRO De PALENCIA, A.: *Teoría del Código penal. Parte general*, cit., p. 404.

⁸⁴⁹ Un estudio y crítica de las disposiciones de la Ley de 31 de diciembre de 1908, así como de la Ley de condena condicional, en BERNALDO De QUIROS, C./NAVARRO De PALENCIA, A.: *Teoría del Código penal. Parte general*, cit., pp. 404-406.

En resumen, el movimiento mundial que estableció el tratamiento de los menores y adolescentes sobre bases de marcado sentido educativo-correccional tuvo en nuestro país una profunda repercusión, fundamentalmente en el ámbito legislativo. Prueba de ello son, como hemos destacado anteriormente, las múltiples disposiciones relativas a la infancia infractora, y, en modo especial, los reiterados Proyectos de creación de Tribunales para niños, a partir del presentado el 28 de octubre de 1912, por el entonces Ministro de Gracia y Justicia, ARIAS De MIRANDA, hasta la Ley de 13 de diciembre de 1940, modificada por disposiciones posteriores⁸⁵⁰.

En efecto, el primer intento serio de evitar el ingreso de los menores y adolescentes en prisión tiene lugar el 28 de octubre de 1912, al presentar dicho día en las Cortes un Proyecto de Ley de creación de los Tribunales especiales para niños⁸⁵¹, que constituirá el primer Proyecto oficial sobre la materia⁸⁵². Posteriormente, con

⁸⁵⁰ Cfr. CUELLO CALON, E.: “El nuevo Derecho penal juvenil europeo y el tratamiento de los jóvenes delincuentes en España”, cit., p. 502.

⁸⁵¹ Este proyecto, que no llegó a buen fin, “procuraba ante todo fomentar la creación de patronatos protectores de la infancia y de reformatorios donde poder enviar a los menores, y, a imitación de la Ley austríaca, no establecía la institución con carácter obligatorio, sino tan sólo a petición de los Ayuntamientos, a los cuales se les concedería, siempre que acreditasen poseer establecimientos a propósito donde recoger a los niños, y juntas protectoras que ayudasen al Juez en su acción educadora”. Cfr. ROCA, T.: *Historia de la obra de los Tribunales Tutelares de Menores en España*, cit., pp. 82 y 83. También menciona VON LISZT, F.: *Tratado de Derecho penal*, cit., p. 552, una Real orden de 14 de enero de 1913, relativa a la sección de menores en El Dueso.

⁸⁵² En síntesis, sus notas más características eran las siguientes: 1º. La competencia se extendía a los menores de entre nueve y quince años, que hubiesen cometido delitos o faltas, siempre que la pena a imponer fuese correccional, no aflictiva; 2º. Instauración de un órgano jurisdiccional unipersonal; 3º. Adscripción a dicho Tribunal de un Fiscal y de un Secretario; 4º. Enjuiciamiento con ausencia de formas procesales (“de un modo paternal y sencillo”); 5º. Determinación de la pena

ocasión de la Asamblea Nacional de protección a la infancia y represión de la mendicidad, reunida en Madrid en abril de 1914, se elaboró una Proposición de Ley presentada por MONTERO-RÍOS⁸⁵³, que quedará materializada en los dos Proyectos ministeriales de 1915 y en el de 1917⁸⁵⁴. De estos tres Proyectos ninguno prosperó, tan sólo, la Proposición de Ley presentada por MONTERO-RÍOS a la citada Asamblea llegó a ser Ley en 1918⁸⁵⁵.

Lo que constituye el punto de partida de la Jurisdicción de Menores en España, y, sin duda, un hito histórico en la evolución del tratamiento de los menores infractores, es la Ley de Bases de 2 de agosto de 1918, sobre organización y atribuciones del primer Tribunal de Menores, obra y mérito del que fuera Fiscal del

según prudente arbitrio, sin sujeción al Código penal; 6º. Establecimiento de régimen de libertad vigilada. Cfr. MARTIN OSTOS, J.: *Jurisdicción de menores*, Barcelona, 1994, p. 83.

⁸⁵³ Cfr. GUALLART y LOPEZ DE GOICOECHEA, J.: *El Derecho penal de los menores. Los Tribunales para niños*, cit., p. 153. En una de las bases de la Proposición de Ley se insistía en la necesidad de crear Sociedades Tutelares, lo que quedó materializado con la creación, en 1916, de la Asociación Tutelar en Bilbao. Cfr. ROCA, T.: *Historia de la obra de los Tribunales Tutelares de Menores en España*, cit., p. 106. Desde luego, una de las cuestiones que más preocupaban a Montero-Ríos, y que solicitó del Gobierno, por medio del Consejo Superior y las Juntas provinciales y municipales de protección a la infancia, era la creación de Sociedades Tutelares de la infancia y Establecimientos de beneficencia. Cfr., sobre el particular, MONTERO-RÍOS y VILLEGAS, A.: *Antecedentes y comentarios a la Ley de Tribunales para niños*, cit., p. 34.

⁸⁵⁴ Si bien tanto el Proyecto de Arias De Miranda como la Proposición de Ley de Montero Ríos admitían la previa declaración de la responsabilidad del menor por parte del Tribunal, la principal diferencia entre ambos se hallaba en que ésta última “extiende la acción de los Tribunales para niños a toda clase de delitos cometidos por los menores de quince años, mientras que aquél la limitaba a los delitos castigados en el Código penal con penas correccionales, pero no a los castigados con penas aflictivas”. Cfr. ROCA, T.: *Historia de la obra de los Tribunales Tutelares de Menores en España*, cit., p. 85.

⁸⁵⁵ *Ibidem*, p. 84.

Tribunal Supremo D. Avelino MONTERO-RÍOS y VILLEGAS⁸⁵⁶, cuyas ideas consistían en apartar al menor del Derecho penal común y crear para él una jurisdicción especial.

La Ley de Bases de 1918, desarrollada por Real Decreto de 25 de noviembre de 1918, y completado con el Reglamento de 16 de junio de 1919, ha sido considerada el primer y más alto exponente de la influencia del positivismo en la regulación penal española⁸⁵⁷, de hecho, servirá de modelo a la posterior LTTM de 1948.

Por lo que respecta al procedimiento, la Ley de 2 de agosto de 1918, que fijaba el límite de edad penal en quince años, prescindía de toda formalidad y ritualismo procesal típico de la actividad jurisdiccional⁸⁵⁸, hasta el punto de que el Juez de Menores no tenía que someterse a regla alguna de carácter jurídico, al ser su misión de carácter esencialmente paternal y estar dirigida a prestar atención a las condiciones morales del menor, lo que permitía la aplicación de medidas de carácter

⁸⁵⁶ Cfr. COVIAN y JUNCO: *Memoria elevada al Gobierno de S. M. en la solemne apertura de los Tribunales el día 16 de septiembre de 1918*, Madrid, 1918, p. L; GUALLART y LOPEZ DE GOICOECHEA, J.: *El Derecho penal de los menores. Los Tribunales para niños*, cit., p. 153; y VENTURA FACI, R.: “El menor como agente del delito”, cit., p. 167, quien califica a la Ley de Bases de 2 de agosto de 1918 como “Ley Montero Ríos”.

⁸⁵⁷ Cfr. GONZALEZ ZORRILLA, C.: “La Justicia de Menores en España”, epílogo del libro DE LEO, G.: *La Justicia de Menores. La delincuencia juvenil y sus instituciones*, cit., p. 120.

⁸⁵⁸ Esta Ley se limitaba a sentar bases, concretamente, en la cuarta se prescribía: “en los procedimientos para enjuiciar a los delincuentes menores de quince años, el Tribunal no se someterá a las reglas procesales vigentes, limitándose la sustanciación a lo indispensable para puntualizar los hechos en que hayan de fundarse las resoluciones que se adopten (...)”. Cfr. COVIAN y JUNCO:

educativo, moral y religioso sin que pudiesen concurrir a las sesiones más que el Juez, el Secretario y algún delegado de Protección a la infancia⁸⁵⁹.

Surgirá a partir de esta fecha un sistema imperfecto e incoherente, obsesionado con la idea de sustraer a los menores del Derecho penal, que dará lugar a un sistema en el que se mezclará, sin orden, ni criterio, aspectos disciplinarios, como si por sí mismos tuvieran entidad suficiente, olvidando que, en todo caso, siempre han de aplicarse en función del Derecho y subordinados a él⁸⁶⁰.

Con admirada sagacidad, ya se percató CUELLO CALON en 1917 de lo que posteriormente sucedería, esto es, del peligro de aplicar a los menores infractores medidas correctivas o educadoras de forma indiscriminada. Resume apropiadamente cuanto queremos expresar sobre este particular las siguientes palabras del susodicho tratadista:

Memoria elevada al Gobierno de S. M. en la solemne apertura de los Tribunales el día 16 de septiembre de 1918, cit., p. L.

⁸⁵⁹ Cfr. MONTERO RIOS A.: *Antecedentes y comentarios a la Ley de Tribunales para niños*, cit., pp. 30-37.

⁸⁶⁰ Cfr. MENDIZABAL OSES, L.: *Derecho de menores. Teoría general*, Madrid, 1977, p. 365.

“Pero como hoy la pena, si puede llamarse así, por lo menos para los menores, no es propiamente pena, ni mal, ni castigo, no es de temer que se abuse de ella y se cause un perjuicio al penado”⁸⁶¹.

Como ya apuntara inicialmente GUALLART y LÓPEZ De GOICOECHEA⁸⁶², fue en 1920 cuando se creó por primera vez un Tribunal de Menores, denominado entonces para niños, concretamente en Amurrio (Vizcaya)⁸⁶³, extendiéndose posteriormente estos Tribunales por las diferentes provincias españolas⁸⁶⁴ como jurisdicción no especializada, sino especial, en el sentido de su naturaleza híbrida, de tipo administrativo-judicial⁸⁶⁵.

Por Decreto-Ley de 15 de julio de 1925, la citada Ley de Bases sufrió sus primeras reformas, ampliando desde entonces su competencia hasta los dieciséis años, con la excepción de los menores enrolados en el Ministerio de Guerra o de Marina, e imponiendo, además, los beneficios de la condena condicional, aunque no se diesen

⁸⁶¹ Cfr., CUELLO CALON, E.: *Tribunales para niños*, cit., p. 104.

⁸⁶² Cfr. GUALLART y LOPEZ De GOICOECHEA, J.: *El Derecho penal de los menores. Los Tribunales para niños*, cit., p. 153.

⁸⁶³ Cfr. MIRET MAGDALENA, E.: *Hacia una Ley española del menor*, cit., p. 10; URRÁ PORTILLO, J.: “Respuesta social al joven infractor. Metalegislación”, en *Política Criminal comparada, hoy y mañana*, en *CDJ*, núm. IX, CGPJ, 1998, p. 213; GRACIA MARTIN, L./BOLDOVA PASAMAR, M. A./ALASTUEY DOBON, M. C.: *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 346.

⁸⁶⁴ Como Tarragona, también en 1920, y Barcelona y Zaragoza en 1921, hasta obtener la cobertura legal. Cfr. MARTIN OSTOS, J.: *Jurisdicción de menores*, cit., p. 130.

las condiciones normalmente exigibles para esta institución, cuando el reo fuese mayor de nueve años y menor de dieciséis⁸⁶⁶. Por otra parte, el citado Decreto-Ley añadió al término Tribunal el calificativo de “tutelar”⁸⁶⁷, dejando sentado, de este modo, la función correctiva, educativa y disciplinaria que los Tribunales de Menores estaban obligados a desempeñar.

Posteriormente, al objeto de lograr una equiparación con los preceptos del Código penal de 1928, se dictó un Decreto-Ley y un Reglamento, ambos de fecha 3 de febrero de 1929. Estas disposiciones constituirán la reforma más importante de la Ley de Bases de 1918 toda vez que, como destaca RÍOS MARTÍN⁸⁶⁸, además de lograr una adaptación de la Ley al citado Código penal, se recogieron algunas enseñanzas prácticas que sirvieron para mejorar la actuación de los Tribunales. Las citadas disposiciones, dictadas en los últimos tiempos del régimen autocrático del general Primo de Rivera, fueron posteriormente reformadas por los Decretos de 16 y

⁸⁶⁵ Cfr. URRÁ PORTILLO, J.: “Respuesta social al joven infractor. Metalegislación”, cit., p. 213.

⁸⁶⁶ Cfr. JIMENEZ De ASUA, L.: *La delincuencia juvenil y los Tribunales para niños*, cit., p. 11, y CASTEJON, F.: *Comentarios científicos-prácticos al Código penal de 1870*, vol. II, cit., p. 391.

⁸⁶⁷ Cfr. SANCHEZ MARTINEZ, F.: *Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores. Ley 4/1992*, cit., p. 63.

⁸⁶⁸ Cfr. RIOS MARTIN, J. C.: *El menor infractor ante la Ley penal*, cit., p. 103.

30 de junio de 1931⁸⁶⁹, y declaradas Leyes de la República por Ley de 15 de septiembre de 1931⁸⁷⁰.

Revisada la legislación en el periodo franquista, se dictó la Ley de 11 de mayo de 1942 sobre infanticidio y abandono de niños, y la de 27 de septiembre de ese mismo año, por la que se amplió el artículo 578 del Código penal con varias figuras ordenadas a la protección de los menores⁸⁷¹. Sin embargo, la Ley más importante promulgada durante el Gobierno del General Franco fue la LTTM, de 13 de diciembre de 1940, y el Reglamento de 22 de julio de 1942. Posteriormente, por Decreto de 11 de junio de 1948⁸⁷² se aprobó el Texto Refundido de la LTTM de 1948 y el Reglamento para su ejecución⁸⁷³. Su finalidad fue sistematizar la diversidad de disposiciones que regulaban el funcionamiento de estas instituciones y armonizar dicha legislación especial con los preceptos del Código penal de 1944⁸⁷⁴.

Por último, señalar que, desde la promulgación de la Ley de Bases de 1918 hasta la LTTM de 1948, la situación de los Tribunales Tutelares en general no cambia, pese

⁸⁶⁹ Cfr. ANTON ONECA, J.: *Derecho penal*, cit., p. 317.

⁸⁷⁰ Cfr. DEL ROSAL BLASCO, B.: “Joven delincuente y Derecho penal”, cit., p. 1044.

⁸⁷¹ Cfr. ANTON ONECA, J.: *Derecho penal*, cit., p. 82

⁸⁷² BOE núm. 201, de 19 de julio de 1948.

⁸⁷³ Cfr. LANDROVE DIAZ G.: *Introducción al Derecho penal español*, cit., p. 73.

⁸⁷⁴ Cfr. ANTON ONECA, J.: *Derecho penal*, cit., p. 318.

a los diversos regímenes políticos y a las muy diferentes circunstancias sociales y económicas vividas. Como es lógico, sí sufrirán cambios los principios que rigen la actuación de dichos Tribunales, así como la designación de los miembros que los componen, pero, en realidad, los aspectos procesales no experimentarán cambios dignos de mención⁸⁷⁵.

4. ANÁLISIS DE LA LEY DE TRIBUNALES TUTELARES DE MENORES DE 1948

Sin entrar en un estudio pormenorizado de la LTTM de 1948, tarea que cae fuera de los objetivos de la presente investigación, por haber sido ya objeto de diversas monografías y artículos⁸⁷⁶, conviene, no obstante, referirnos aquí a sus principios

⁸⁷⁶ Cfr. ALBRECHT, P. A.: *El Derecho penal de menores*, traducido al castellano por BUSTOS RAMIREZ, J., Barcelona, 1990; LOPEZ HERNANDEZ, G. M.: *La defensa del menor*, Madrid, 1987; MENDOZA, J. R.: *La protección y el tratamiento de los menores*, cit., pp. 217 y ss.; BERISTAIN IPIÑA, A.: *Medidas penales en Derecho contemporáneo. Teoría, legislación positiva y realización práctica*, Madrid, 1974, pp. 133-168; BERISTAIN IPIÑA, A./De La CUESTA ARZAMENDI, J. L.: “Panorama legislativo del sistema de Justicia penal en España”, en *Revista de legislación y jurisprudencia*, septiembre 1986, pp. 378 y ss.; IBARZABAL, P.: “Los asistentes sociales y los Tribunales Tutelares de Menores”, *suplemento de la Revista de la Obra de Protección de Menores*, Madrid, 1962, pp. 16 y ss.; PALACIO SANCHEZ-IZQUIERDO, J. R.: “Pasado, presente y futuro de los Tribunales Tutelares de Menores”, en *Estudios Vascos de Criminología*, Bilbao, 1982, pp. 481-493; DEFENSOR DEL PUEBLO: “Estudio sobre la situación del menor en centros asistenciales y de internamiento y recomendaciones sobre el ejercicio de las funciones protectora y reformadora”, en *Informes, estudios y documentos*, Madrid, 1991, pp. 44-53; VENTURA FACI, R.: “El menor como agente del delito”, cit., pp. 168 y 169; SERRANO GARCIA, R.: “Ley de reforma de la legislación de menores”, en *Cuadernos de Documentación*, núm. 24, Madrid, 1980, pp. 25-37; MARTIN OSTOS, J.: *Jurisdicción de menores*, cit., pp. 85-90; FERNANDEZ ESPINAR, G.: “La reforma procesal de la jurisdicción de menores en el marco del respeto a los principios y garantías constitucionales”, en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 2,

inspiradores y contenido fundamental de la Ley, a fin de realizar una comparación con la LORCPJM, y su evolución hacia el actual modelo de responsabilidad en el tratamiento de los menores infractores.

En la LTTM, que representa el cuerpo regulador de la Justicia de Menores de más larga duración hasta la fecha, subyacen las filosofías del correccionalismo y del positivismo⁸⁷⁷, tal y como se desprende de su propio articulado, al hablar de “menores de dieciséis años prostituidos, licenciosos, vagos y vagabundos” (art. 9), “indisciplinados menores de dieciséis años” (art. 11), “en los procedimientos para corregir y proteger a menores, (...) el Tribunal no se sujetará a las reglas procesales vigentes en las demás jurisdicciones” (art. 15), “teniendo en cuenta la naturaleza de los expresados hechos en directa relación con las condiciones morales y sociales en que los menores las hayan ejecutado” (art. 16), etc. En este sentido, merecen especial reproche por nuestra parte los términos prostituido, licencioso, vago y vagabundo, por su acusada ambigüedad y dificultad de interpretación. Al respecto, señala GIMENEZ-SALINAS que “los resultados producidos se reflejan en la

1993, pp. 356-363. GIMENEZ-SALINAS i COLOMER, E.: “La mayoría de edad penal en la reforma”, cit., pp. 623 y ss. De la misma: *Delincuencia juvenil y control social*, Barcelona, 1981; CEA D’ANCONA, M. A.: *La Justicia de Menores en España*, Madrid, 1992, donde realiza una evaluación sobre el Tribunal Tutelar de Madrid. Para una síntesis de la estructura interna general y de la particular de cada órgano que componía la Jurisdicción de Tribunales Tutelares de Menores, cfr. *Guía de la Jurisdicción de Menores en España*, editada por la Unión de Tribunales Tutelares de Menores, Madrid, 1965.

⁸⁷⁷ Como señala CANTARERO BANDRES, R.: “Ley de Tribunales Tutelares de Menores (Texto refundido aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948) y Constitución”, en *ADPCP*, 1986, p. 113, el positivismo criminológico aportó los fundamentos teóricos para que bajo la dirección de los correccionalistas españoles viera la luz la LTTM.

realidad cotidiana donde un menor de edad penal es detenido por una serie de supuestos que, si fuera mayor dieciséis años, posiblemente carecerían de transcendencia jurídica⁸⁷⁸.

Por otro lado, la LTTM no distingue entre quienes violan la Ley penal y quienes deben ser protegidos. Así, el artículo 9 comprende tanto la facultad reformadora como la protectora, declarando en su párrafo primero, que los Tribunales tienen competencia para conocer: *a) de las acciones u omisiones atribuidas a los menores realizadas antes de cumplir los dieciséis años, que el Código penal o las Leyes especiales califiquen como delitos o faltas, sin otra excepción que los delitos o faltas atribuidos a la jurisdicción castrense por el Código de Justicia Militar; b) las infracciones cometidas por menores de la misma edad consignadas en las Leyes provinciales y municipales; c) los casos de menores de dieciséis años prostituidos, licenciosos y vagabundos, siempre que, a juicio del Tribunal respectivo, requieran el ejercicio de su facultad reformadora.* En el párrafo segundo, el artículo 9 reconoce a estos Tribunales la competencia para conocer de las faltas cometidas por mayores de dieciséis años, comprendidas en el artículo 584 del Código penal.

Respecto de la facultad protectora, de conformidad con el párrafo tercero del artículo 9, los mismos Tribunales Tutelares de Menores son competentes para

⁸⁷⁸ Cfr. GIMENEZ-SALINAS i COLOMER, E.: *Delincuencia juvenil y control social*, cit., p. 32

proteger a los menores contra el indigno ejercicio del derecho a la guarda o educación: *a) en los casos previstos en el Código Civil por malos tratos, órdenes, consejos o ejemplos corruptores; b) en los consignados en los números 5, 6, 7, 8, 10, 11 y 12 del artículo 584 del Código penal y en el artículo 3 de la Ley de 23 de julio de 1903.*

Finalmente, de modo literal, el último párrafo del artículo 9 asigna a la facultad reformadora un carácter educativo y tutelar, salvo el enjuiciamiento de las faltas cometidas por mayores de dieciséis años, comprendidas en el artículo 584 del Código penal, al que correspondía un carácter represivo. En cuanto a la facultad protectora, se le otorgaba un carácter esencialmente preventivo.

En cualquier caso, lo que más sorprende es que los Tribunales Tutelares de Menores, que tenían su precedente en el Padre de Huérfanos de Valencia⁸⁷⁹, actuaban sin Fiscal, sin acusador, y, por consiguiente, sin Abogado defensor, esto es, con una absoluta falta de garantías para el menor. Así, pues, los Jueces, que actuaban más como padres que como juzgadores, tenían una amplísima libertad en el procedimiento, sin llegar a emplear jamás las solemnidades, ni aparatos de una

⁸⁷⁹ Para un exhaustivo análisis de las instituciones conocidas como el Padre de Huérfanos, que se remonta al siglo XIV, o Los Toribios de Sevilla, ya en el XVIII, tarea que nos abstenemos de analizar para evitar extralimitarnos en nuestra investigación, cfr., por todos, LOPEZ RIOCEREZO, J. M: *Delincuencia juvenil. Política recuperativa del joven delincuente*, cit., pp. 71-75. Sobre el particular, tan sólo, añadir que estas dos instituciones, encargadas de la reeducación los menores

vista⁸⁸⁰. Para ello, se apoyaban en el presupuesto de que sólo buscaban el bien del menor⁸⁸¹.

En cuanto a las medidas susceptibles de aplicar al menor de dieciséis años, el artículo 17, donde aparecen recogidas, vuelve a confundir entre las que se aplican en el ejercicio de la facultad reformadora y las que se aplican en el de la facultad protectora, llegando a constituir facultades idénticas, que sólo se van a diferenciar en su denominación. Así, respecto de la primera función el Juez podía adoptar las siguientes: 1. Privativas de libertad (breve internamiento o ingreso en un establecimiento oficial o privado, de observación, de educación, de reforma de tipo

infractores y abandonados, van a representar una excepción al tratamiento que recibían éstos a la sazón, toda vez que, en general, eran juzgados y encarcelados como adultos.

⁸⁸⁰ Esta amplísima libertad en el ejercicio de la función judicial ha sido justificada por Dorado Montero con las siguientes palabras: “(...) todos siguen considerando que la pena es un mal y un castigo, y que quienes la imponen ejercen una función perjudicial, por lo que hay que rodearles de todas las trabas posibles para que no hagan más daño que el estrictamente preciso. Semejantes trabas no se conciben cuando se mira la función penal como preventiva y beneficiosa; antes bien, entonces el magistrado no debe reconocer limitaciones en su obrar”. Cfr. DORADO MONTERO: *El derecho protector de los criminales*, cit., p. 419,

⁸⁸¹ Sobre el particular, reproducimos un párrafo de Valdés Rubio, que es fiel reflejo del espíritu protector y correccionalista que subyace en la LTTM, y en el pensamiento de la mayoría de los penalistas de la época: “(...) El Juez paternalmente indagaba, averiguaba, cuales habían sido las causas del apartamiento del bien de los jóvenes en esa edad en que predominan los sentimientos generosos, y después de averiguar cual había sido el medio ambiente en que el niño había crecido, quienes habían sido sus padres, si ha sido tal vez fruto de una de esas uniones fugaces e ilegítimas, que dan el mayor contingente a la delincuencia, a la morbilidad y a la mortalidad, abandonado apenas nacido, y, en suma, todas cuantas circunstancias análogas pueden concurrir en él, le colocaba en el seno de una familia honrada, le busca amparo y asilo en un lugar donde se le cuida y educa, porque más que la imposición de un castigo, de una pena, lo que necesita el joven es cuidados, educación, porque su inteligencia aún no ha sido abierta a la luz de la verdad; porque su sentimiento no ha sido impresionado por hechos delicados y altamente morales que forman los corazones abnegados, entusiastas por la realización de lo bueno, de lo noble, de lo justo, de lo sublime”. Cfr. VALDES RUBIO, J. M.: *Derecho penal. Su Filosofía, Historia, Legislación y Jurisprudencia*, t. II, cit., p. 83.

educativo o correctivo o de semilibertad. También cabía la posibilidad de ingreso en un establecimiento especial para menores anormales; 2. Restrictivas de derechos: (colocar al menor bajo la custodia de otra persona, familia o de una sociedad tutelar, y libertad vigilada); 3. Amonestación.

No obstante, en el supuesto que se adoptase el internamiento del menor en un establecimiento de reforma de carácter correctivo, el artículo 17 exigía expresamente que los medios empleados en las demás Instituciones reformadoras auxiliares del Tribunal hubiesen resultado ineficaces por sus condiciones personales de desmoralización o rebeldía. Así, pues, en la adopción de las citadas medidas los Tribunales Tutelares no podían imponer otras, estando sujetos exclusivamente a las limitaciones de legalidad y *última ratio* del internamiento de tipo correctivo, impuestas por el propio artículo 17.

Por lo demás, en la imposición de las medidas previstas en el artículo 17 no se tenía en cuenta la mayor o menor gravedad del hecho típico cometido, sino el criterio, difícilmente objetivable, de las necesidades educativas del menor, habida cuenta del estudio de su personalidad⁸⁸². En este sentido, hay que insistir en la escasa atención que se prestaba a las Ciencias psicológicas y psiquiátricas, lo que,

⁸⁸² Cfr. OCTAVIO De TOLEDO y UBIETO, E./HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 356 y 357.

sin duda, generaba inseguridad jurídica, agravada por la imprecisión de la duración de las medidas, que, en principio, eran de carácter indeterminado⁸⁸³.

En definitiva, el arbitrio del Juez tutelar a la hora de elegir las medidas previstas en el artículo 17, basado en la simple creencia de que sólo buscaban el bien del menor, sin ser avalado por estudios serios sobre la realidad psicológica de éste (art. 16), la duración indeterminada de las medidas, así como el carácter realmente “penitenciario” de los establecimientos de internamiento, evidencian una actuación de los Tribunales Tutelares de Menores a lo largo de la historia sinceramente indefendible.

En materia de organización de los Tribunales Tutelares, el Texto refundido de 1948 marcaba las siguientes líneas maestras: generalmente, se establecía un Tribunal Tutelar de Menores en cada capital de provincia; el Presidente, Vicepresidente, los dos Vocales propietarios y los dos suplentes, así como los Jueces unipersonales para Madrid y demás capitales de provincia de mayor importancia (“por el volumen y trascendencia de su actuación”), no tenían que ser necesariamente de la carrera

⁸⁸³ Si bien, actualmente la aplicación de una medida de seguridad por tiempo indeterminado puede herir la sensibilidad jurídica de los penalistas contemporáneos, a principios del siglo XX, en cambio, la gran mayoría de los autores, inspirados en el principio correccionalista y en el deseo de enmendar moralmente al menor, se mostraban partidarios de la discreción judicial a la hora de delimitar la duración de las medidas. A título de ejemplo, señala VALDES RUBIO, J. M.: *Derecho penal. Su Filosofía, Historia, Legislación y Jurisprudencia*, t. II, cit., p. 97, que “confiando más aún que en la Justicia de los Tribunales para jóvenes en la discreción de aquéllos, debe dejarse a su prudente arbitrio la terminación de la pena, siendo de suficiente duración para obtener la reforma moral del joven (...)”.

judicial, aunque debían reunir una serie de requisitos (“mayores de veinticinco años, de moralidad y vida familiar intachables, elegidos todos entre aquellas personas que residan en el territorio en que han de ejercer su jurisdicción y que por sus conocimientos técnicos se hallen más indicadas para el desempeño de la función tuitiva que se les encomiende”)⁸⁸⁴.

Pese a que el Texto refundido de 1948 resulta, a todas luces, insuficiente para atender las exigencias de hoy día y las de entonces, hay que decir, en honor a la verdad, que constituye un paso adelante en el intento de extraer al menor del Código penal.

5. CRITICA AL MODELO TUTELAR O CORRECCIONAL⁸⁸⁵

⁸⁸⁴ Cfr. MARTIN OSTOS, J.: *Jurisdicción de menores*, cit., p. 85.

⁸⁸⁵ Para un estudio crítico sobre la actuación y resultados del sistema tutelar, cfr.: GIMENEZ-SALINAS i COLOMER, E.: *Delincuencia juvenil y control social*, cit., pp. 32 y ss. De la misma: *Delincuencia juvenil y legislación de menores*, en *Doctrina penal. Teoría y práctica en las Ciencias penales*, Año 1, núm. 1 a 4, 1978, pp. 677 y ss.; ANDRES IBAÑEZ, P.: “El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada”, cit., pp. 219-224; BERISTAIN IPIÑA, A.: *Medidas penales en Derecho contemporáneo. Teoría, legislación positiva y realización práctica*, cit., pp. 142-147; CALVO CABELLO, J. L.: “Principios de Derecho de menores. Reforma de la legislación sobre menores. La mayoría de edad penal”, en *Menores*, núm. 1, 1984, pp. 32-34; COBO MEDINA, C.: “Algunas consideraciones sobre la protección a la infancia en España”, en *Menores*, núm. 2, 1984, pp. 25 y 26; GONZALEZ ZORRILLA, C.: “Jóvenes, desviación y reacción social; hacia un nuevo Derecho penal de menores”, en *Poder Judicial*, núm. 11, p. 11. Del mismo: “La Justicia de Menores en España”, epílogo del libro De LEO, G.: *La Justicia de Menores. La delincuencia juvenil y sus instituciones*, cit., pp. 111 y ss.; LOPEZ HERNANDEZ, G. M.: *La defensa del menor*, cit., pp. 22-26 y 104-107; MARTIN CANIVELL, J.: “Algunos problemas actuales de la delincuencia juvenil en España”, en *CPC*, núm. 13, 1981, pp. 41 y ss.; MOVILLA ALVAREZ, C.: “Jurisdicción de menores y Constitución”, en *Menores*, núm. 4, 1984, pp. 68-85.

Los principios inspiradores del Derecho tutelar de menores tienen su origen en una filosofía de corte eminentemente religioso⁸⁸⁶, en la que subyace un perfil correccional-pedagógico como eje central, trasfondo que ha subsistido a lo largo de toda la trayectoria histórica de las instituciones destinadas al tratamiento de los menores infractores.

En definitiva, el sistema tutelar del momento estaba impregnado de un profundo paternalismo religioso del que es fiel reflejo la obra de DORADO MONTERO. Es de significar que el Estado históricamente ha delegado el control social de los jóvenes en institutos u organismos religiosos o en personas vinculadas a ellos.

Una de las principales causas que hizo quebrar los planteamientos básicos del sistema ideológico correccionalista fue la incorrecta valoración del menor infractor.

Este mismo artículo también se encuentra recogido en VVAA: *Los problemas del menor inadaptado y marginado socialmente*, Ministerio de Justicia, Consejo Superior de Protección de Menores, 1983, pp. 149-178; VENTURA FACI R.: “Los menores de edad: reflexiones sobre su legislación”, en *Menores*, núms. 13-14, 1989, pp. 1-8. Del mismo: “El menor como agente del delito”, cit., p. 169; VILAR VADIA, R.: “La Legislación penal de menores y su inaplazable reforma”, cit., pp. 175-193; VIVES ANTON, T. S.: “Constitución y Derecho penal de menores”, cit., pp. 349-352; CANTARERO BANDRES, R.: “Ley de Tribunales Tutelares de Menores (Texto refundido aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948) y Constitución”, cit., pp. 113 y ss.

⁸⁸⁶ Como ha señalado RIOS MARTIN, J. C.: *El menor infractor ante la Ley penal*, cit., p. 98, este carácter religioso impregnado en las instituciones tutelares tiene su origen en “el movimiento humanitario liberal surgido con un carácter tuitivo y religioso en Europa”. Este movimiento fue fruto, a su vez, de otro aparecido en América, denominado *Los salvadores de los niños*, que se caracterizó, paradójicamente, por ser profundamente represivo. Sobre este último movimiento, cfr. PLATT, A.: *Los salvadores del niño o la invención de la delincuencia*, Madrid, 1982, p. 150, donde señala que “los salvadores del niño no eran unos sentimentales indulgentes (...), ni reformadores liberales (...), el impulso autoritario estaba implícito en el movimiento redentor del niño”.

Así, frente a la concepción del adulto como poseedor de un momento de plenitud, en el que se da un completo desarrollo de las facultades de entendimiento (inteligencia) y voluntad, que le hacen merecer la condición de sujeto de derecho, el menor es considerado como un sujeto incapaz, con déficit de normalidad, carente de las actitudes o capacidades de que goza el adulto.

En efecto, como expone Andrés IBAÑEZ, el menor era concebido como “un adulto incompleto”⁸⁸⁷, descartando la existencia de una fase de transición, en sí misma significativa, y un grado de madurez específico y constitutivo de un proceso de desarrollo y socialización propio de su edad. Sobre el particular, ha señalado CANTARERO BANDRES⁸⁸⁸ que con la apelación al menor como incapaz o incompleto se conseguía con la LTTM garantizar la defensa social frente a la peligrosidad representada por estos sujetos, a través de su aislamiento o colocación en Centros o Instituciones de tratamiento donde cumplían medidas restrictivas de la libertad.

Así, pues, se dispensaba al menor un tratamiento aparentemente diferencial, pero de trasfondo sustancialmente represivo, basado en su presunta falta de conciencia. Lo que se pretendía, en cambio, era fomentar socialmente la inmadurez del menor, a

⁸⁸⁷ Cfr. ANDRES IBAÑEZ, P.: “El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada”, cit., p. 219.

fin de potenciar las posibilidades de actuación de la acción correccional. También hay que insistir en la consideración de la etapa juvenil como un momento precario en el desarrollo evolutivo del sujeto, que le hacía potencialmente peligroso.

Por otra parte, el hecho de que el menor infractor fuese considerado un sujeto peligroso, justificaba que los Tribunales tutelares tuviesen reconocida una indiscutible capacidad de “ejercer el bien”, bajo la apariencia de cumplir una función terapéutica, de cuidado y protección, que les exoneraba en su actuación de los límites que han de presidir la actuación de cualquier Juez ordinario. De hecho, como destaca GONZÁLEZ ZORRILLA, la ideología protectora ha servido de coartada ideológica para dejar la Jurisdicción de Menores al margen del complejo sistema de garantías que rige en las demás jurisdicciones⁸⁸⁹.

Las anteriores consideraciones alcanzan aún mayor intensidad si tenemos en cuenta que el Juez estaba obligado a conocer “las condiciones morales” que habían llevado al menor a cometer el delito o falta (art. 16 de la LTTM). A esto hace referencia Andrés IBAÑEZ⁸⁹⁰, al señalar que lo que constituye el objeto de reproche no es el comportamiento del menor, ni el delito en sí, sino que lo reprobable es el

⁸⁸⁸ Cfr. CANTARERO BANDRES, R.: “Ley de Tribunales Tutelares de Menores (Texto refundido aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948) y Constitución”, cit., p. 113.

⁸⁸⁹ Cfr. GONZALEZ ZORRILLA, C.: “La Justicia de Menores en España”, epílogo del libro De LEO, G.: *La Justicia de Menores. La delincuencia juvenil y sus instituciones*, cit., p. 125.

menor en cuanto “personalidad fuera de la norma”. Parece realista, a la luz de lo expuesto, hablar de un Derecho penal de autor y de una infracción del principio de legalidad, puesto que lo relevante, más que los hechos delictivos, en concreto, es la personalidad o forma de ser del menor⁸⁹¹.

Efectivamente, estos valores de carácter ético en que se inspiraba el modelo tutelar o correccional, a pesar de que en teoría gozaban de una base educativa-terapéutica, en la práctica han contribuido, tan sólo, a otorgar una equivocada respuesta a la delincuencia juvenil, similar al enjuiciamiento represivo de orden penal, o, incluso, mas grave. Parafraseando a Andrés IBAÑEZ⁸⁹², la acción correccional o tutelar se ha caracterizado, en su práctica ya dilatada, por constituir esencialmente una respuesta penal reforzada⁸⁹³. En sentido similar se manifiesta VIVES ANTON⁸⁹⁴, al considerar que la reacción sustitutiva de la pena, impuesta por los Tribunales Tutelares a los menores, podía ser incluso más dura que aquella⁸⁹⁵.

⁸⁹⁰ Cfr. ANDRES IBAÑEZ, P.: “El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada”, cit., p. 224.

⁸⁹¹ Acertadamente señala BACIGALUPO, E.: *Estudios sobre la Parte especial del Derecho penal*, cit., p. 415, que el aspecto más crítico del Derecho de menores es el que expresa su carácter de Derecho penal de autor, en el que el hecho cometido sólo tiene el carácter de un síntoma de la peligrosidad del menor.

⁸⁹² Cfr. ANDRES IBAÑEZ, P.: “El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada”, cit., p. 221.

⁸⁹³ En sentido similar se manifiesta VIVES ANTON, T. S.: “Constitución y Derecho penal de menores”, cit., p. 348, al considerar que la reacción sustitutiva de la pena, impuesta por los Tribunales Tutelares a los menores, podía ser incluso más dura que aquella.

⁸⁹⁴ Cfr. VIVES ANTON, T. S.: “Constitución y Derecho penal de menores”, cit., p. 348.

En definitiva, aunque no han faltado voces de denuncia que constituyen el precedente de las formulaciones y respuestas actuales, será el sistema penal vigente entonces para los adultos el que se aplicará también a los menores infractores, pero bajo una forma encubierta, en vista de las negativas consecuencias derivadas de los mecanismos represivos del sistema penal de adultos.

Un análisis, siquiera somero, de la actuación de los Tribunales Tutelares de Menores pone inmediatamente de manifiesto los funestos resultados que ha producido. Entre las críticas efectuadas, cabe destacar, en síntesis, las siguientes: bases ideológicas insostenibles; legislación anacrónica; falta de rigor científico en la aplicación de las medidas terapéuticas; uso de métodos represivos en el tratamiento, que lejos de rehabilitar a los menores los alienaban aún más; la no distinción entre distintos tramos de edad, lo que exigiría un tratamiento diferenciado, y la no inclusión de los jóvenes, para los que no existía una legislación específica⁸⁹⁶; el

⁸⁹⁵ Al respecto, ha destacado PEREZ VITORIA, O.: “El discernimiento como fundamento de la responsabilidad criminal de los menores”, cit., p. 124, que “la aplicación de un régimen estrictamente punitivo en la lucha contra la criminalidad infantil y juvenil no ha producido resultados beneficiosos. Las estadísticas en todos los países, especialmente después de la Gran Guerra, acusan un aumento inquietante de la misma”.

⁸⁹⁶ Respecto de los jóvenes semiadultos, CUELLO CALON, E.: “El nuevo Derecho penal juvenil europeo y el tratamiento de los jóvenes delincuentes en España”, cit., pp. 491 y 492, en un marcado tono represivo, patrocinó que, a diferencia de los niños y adolescentes cuyo régimen ha de estar inspirado en un espíritu tutelar y educativo, el de los jóvenes, aún aspirando fundamentalmente a su corrección y readaptación social, “ha de poseer un tono represivo en armonía con la idea de defensa de la colectividad, que debe ser enérgicamente protegida contra los ataques de todo género de malhechores”. Precisamente, esta tendencia defensiva es lo que lamentablemente permitió la aplicación de verdaderas penas a los jóvenes semiadultos, impregnadas en una finalidad represiva y

hibridismo de sus respuestas, con confusión o alteración entre la facultad protectora y la reformadora⁸⁹⁷; existencia de órganos de control que rayaban con la ilegalidad; la no pertenencia de los Jueces a la carrera judicial; la exclusión a los menores de las garantías procesales básicas reconocidas a los adultos, lo que contrasta actualmente con las exigencias propias de un Estado social y democrático de Derecho; la necesidad de regular esta materia por Ley orgánica, en la medida que afecta a los derechos fundamentales.

Las anteriores críticas evidencian, una vez más, la distorsión existente entre la teorización ideológica, soporte subyacente en las instituciones tutelares, y los insatisfactorios resultados obtenidos en la práctica que, en modo alguno, se corresponden con las formulaciones legales. De ahí que, a pesar de la notable y esforzada elaboración doctrinal, parezca razonable, en vista de todo lo expuesto, aceptar como evidente los resultados adversos que la concepción correccionalista ha producido, fundamentalmente a nivel práctico, lo que permite hablar de, lo que la doctrina denomina, un auténtico “fraude de etiquetas”.

expiatoria, que llegará a cristalizar, especialmente, en la denominada “prisión escuela” o “prisión para jóvenes”.

⁸⁹⁷ un análisis sobre la necesaria distinción entre las facultades de protección y reforma de menores, en BONET ESTEVA, M.: “Algunas pautas constitucionales para la reinterpretación de un Derecho penal de menores”, en *La Ley*, 1994-1, pp. 1062 y ss.

CAPITULO QUINTO

**CRITERIOS INSPIRADORES DE UNA REFORMA EN MATERIA DE
JUSTICIA DE MENORES**

1. PREMISA

La generalizada opinión insatisfactoria sobre la LTTM de 1948 y el funcionamiento de sus Instituciones tutelares se correspondió con un amplio consenso en cuanto a la necesidad de reformar en profundidad la Justicia de Menores. Las discrepancias aparecieron a la hora de perfilar las grandes líneas o modelos que habrían de vertebrar la futura regulación normativa sobre la materia⁸⁹⁸.

Ahora bien, pese a que nuestro Ordenamiento jurídico en materia de menores ha ido renovándose paulatinamente con nuevos planteamientos técnicos y político-criminales derivados del mandato constitucional y de la normativa internacional⁸⁹⁹, hay que insistir, sin embargo, en la falta de una auténtica voluntad legislativa y política a la hora de crear un sistema de Justicia de Menores en España⁹⁰⁰. Pensemos que desde el Texto refundido de 11 de junio de 1948, a pesar de la promulgación de la Constitución española de 1978, la LOPJ de 1985⁹⁰¹, la Ley de Demarcación y

⁸⁹⁸ Vid. *supra* apartado 1.2 del Cap. III, donde se cita la bibliografía relativa a los modelos de Justicia de Menores.

⁸⁹⁹ Como señala MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 609, “la historia de la minoría de edad penal muestra una progresiva restricción de la aplicación del Derecho penal general a los menores”.

⁹⁰⁰ En este sentido, han denunciado con buen criterio MUÑOZ CONDE, F./GARCIA ARAN, M.: *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 408, que la falta de un Derecho penal específico para jóvenes infractores ha sido una de las más lamentables lagunas para nuestro Derecho.

⁹⁰¹ Véanse sobre el particular los artículos 96, 97, 166, 167 y 329.3, y la Disposición Transitoria Cuarta de la LOPJ.

Planta Judicial de 1988⁹⁰², y los Tratados internacionales ratificados por España⁹⁰³, tuvieron que transcurrir más de cuarenta años hasta la aprobación de la LORCPJM⁹⁰⁴. En este periodo, tan sólo, se dictaron algunas disposiciones sobre determinados aspectos: la Orden de 16 de mayo de 1950, por la que se creó el Vicesecretario de Tribunales Tutelares de Menores; la Orden de 1 de diciembre de 1955, reorganizando la estadística de los Tribunales Tutelares de Menores⁹⁰⁵; la Ley de Bases Orgánica de la Justicia, de 28 de noviembre de 1974, por la que los Tribunales Tutelares de Menores quedaron integrados en las Magistraturas Tutelares de Menores dentro de la Jurisdicción ordinaria; y el Decreto de 26 de febrero de 1976, que estableció que el cargo de Juez unipersonal fuese desempeñado por funcionarios de las carreras Judicial y Fiscal, y sujetó a los Tribunales Tutelares de Menores, colegiados o unipersonales en el ejercicio de sus funciones al

⁹⁰² El artículo 61 de la Ley de Demarcación y Planta Judicial establecía que *los Juzgados de Menores tendrán la competencia que reconoce a los Tribunales Tutelares de Menores la legislación vigente. 2. Los asuntos pendientes ante el Tribunal de Apelación de los Tribunales Tutelares de Menores, así como los recursos que se interpongan, serán resueltos por la Audiencia Provincial a que corresponda por razón del territorio.*

⁹⁰³ No obstante, con posterioridad a la promulgación de la Constitución española y de la LOPJ se realizó algún intento de modificar la LTTM, no llegando a cristalizar legislativamente, pese a sus buenos propósitos. Entre ellos puede citarse el Estatuto del Menor de 1978 y el Anteproyecto provisional de Ley Penal de Menores de 1885. Cfr. MARTIN OSTOS, J.: “Aspectos procesales de la Ley Orgánica reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores”, en *Menores privados de libertad*, cit., p. 154.

⁹⁰⁴ Un estudio sobre la evolución histórica de los Órganos jurisdiccionales de Menores en MARTIN OSTOS, J.: “Los Juzgados de Menores en la nueva Organización judicial”, en *Justicia*, núm. IV, Barcelona, 1988, pp. 859-875. Del mismo: “CGPJ y Tribunales de menores”, en *Justicia*, núms. I-II, Barcelona, 1995, pp. 33-58.

⁹⁰⁵ Cfr. MARTIN OSTOS, J.: *Jurisdicción de menores*, cit., p. 85.

Ordenamiento jurídico, respetando, en todo caso, la jerarquía normativa⁹⁰⁶. También cabe mencionar el Acuerdo de 16 de junio de 1987 por el que se aprobó el Reglamento para la obtención de la especialización como Juez de Menores⁹⁰⁷.

En verdad, resultaba imprescindible acometer, de una vez por todas, la tantas veces anunciada, y siempre olvidada, reforma de la Justicia de Menores. En este sentido, un correctivo de notable importancia fue la STC 36/1991, de 14 de febrero, que declaró inconstitucional el artículo 15 de la antigua LTTM, e insistió en la necesidad de una pronta reforma legislativa en esta materia.

Ante el vacío normativo que se producía en la Justicia de Menores con la declaración de inconstitucionalidad del citado precepto y las consecuentes demandas que reclamaban una reforma legislativa total, el legislador optó por una solución intermedia, pues, aunque no realizó una reforma absoluta, fue más allá de la mera sustitución del artículo sobre el que recaía la declaración de inconstitucionalidad, promulgando la LORCPJM, que modificó la redacción de los artículos 9, 15, 16, 17 y 23 de la antigua LTTM, referidos a la competencia, el procedimiento y las medidas que podían adoptar los Jueces de Menores, y dejó sin contenido los artículos 5, 12, 21 y 22.

⁹⁰⁶ Cfr. BERISTAIN IPIÑA, A./De La CUESTA ARZAMENDI, J. L.: “Panorama legislativo del sistema de Justicia penal en España”, cit., pp. 379 y 380.

En consecuencia, hasta la entrada en vigor de la LORRPM han permanecido, salvo en los artículos anteriores, la LTTM, que pasó a denominarse Ley Orgánica reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores, de conformidad con la Disposición Adicional Primera de la LORCPJM, y el Reglamento para su ejecución de 1948.

En suma, en este Capítulo hemos analizado los principios que han de presidir la Justicia de Menores, de conformidad con lo previsto en la Constitución española de 1978, la normativa internacional, y la STC 36/1991, de 14 de febrero, sin olvidar la importancia del acuerdo adoptado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 10 de mayo de 1994, sobre medidas para mejorar el marco jurídico de protección del menor⁹⁰⁸. También hemos realizado un estudio de la LORCPJM, para que pueda operarse un juicio de valor comparativo con la LORRPM.

2. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

El nuevo modelo político recogido en la Constitución española de 1978, y su repercusión en el Ordenamiento jurídico en general, y en el procesal en particular,

⁹⁰⁷ BOE, núm. 166, de 13 de julio de 1987.

⁹⁰⁸ Vid. *supra* apartado 10 del Cap. II.

resultaba totalmente incompatible con el espíritu y funcionamiento de la LTTM⁹⁰⁹. De ahí que se haya afirmado que la Constitución española constituye el punto de partida de la reforma global en materia Justicia de Menores⁹¹⁰.

Aunque el Texto constitucional de 1978 no contiene ningún artículo que se refiera expresamente al Orden jurisdiccional de menores, sí recoge los principios que ha de inspirar el Ordenamiento jurídico español, lo que significa que éstos también han de presidir, lógicamente, la Justicia de Menores. Así, la Constitución española reconoce, entre otros, los siguientes derechos, que contrastan vivamente con la regulación de la antigua LTTM: el derecho de todos al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y asistencia de Letrado, a un proceso con todas las garantías etc. (art. 24); derecho a ser juzgado sólo por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial (art. 117); principio de unidad jurisdiccional como base de la organización y funcionamiento de los Tribunales (art. 5); las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad están orientadas a la reeducación y reinserción social⁹¹¹ (art. 25); se exige a los poderes públicos

⁹⁰⁹ Sobre el documento presentado al Defensor del Pueblo en aras de promover la inconstitucionalidad de la LTTM, cfr. CANTARERO BANDRES, R.: “Ley de Tribunales Tutelares de Menores (Texto refundido aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948) y Constitución”, cit., pp. 113 y ss.

⁹¹⁰ Cfr. GIMENEZ-SALINAS i COLOMER, E.: “Una Ley para los niños”, en *La Vanguardia*, 30 de diciembre de 1999.

⁹¹¹ Esta consideración es más importante, incluso, en relación a la delincuencia juvenil, toda vez que no han llegado a finalizar su proceso de formación, por lo que la terapia educativa ha de ser, en definitiva, el soporte de cualquier medida que se adopte para con el menor.

promover las condiciones necesarias para que la juventud participe libre y eficazmente en el desarrollo político, social, económico y cultural (art. 48), etc.

Sin embargo, tras la entrada en vigor de la Constitución, la Justicia de Menores siguió olvidada en nuestro país⁹¹², por lo que fue necesario que la *praxis* judicial y las reflexiones insatisfactorias de la doctrina⁹¹³ hicieran patente, una vez más, la necesidad de reformar este sector, que ha sido uno de los menos atendidos de nuestra sociedad, a fin de adaptarlo a los valores y principios reconocidos por aquélla⁹¹⁴.

Pero en materia de Justicia de Menores no sólo hay que tener en cuenta la normativa nacional, sino también los Tratados internacionales suscritos por España. En este sentido, el párrafo segundo del artículo 10 de nuestra Constitución dispone:

⁹¹² Sobre el olvido de la Justicia de Menores, véase la especial referencia recogida en *El Libro Blanco*, debatido por el Pleno del CGPJ, Madrid, 1997, pp. 244 y ss.

⁹¹³ Sobre este extremo, el 8 de octubre de 1986, el Pleno del CGPJ, en respuesta a la comunicación recibida del Colegio de Abogados de Madrid, en la que se denunciaba la inadecuación de la LTTM a los principios constitucionales, insistía en la falta de concordancia de ésta con muchos de los principios constitucionales y con la evolución efectuada en los restantes ámbitos del Ordenamiento jurídico. Posteriormente, el mismo órgano, en el Pleno del día 30 de mayo de 1990, manifestaba la denuncia e insatisfacción de los Jueces de Menores por el incumplimiento político de una nueva Ley, insistiendo, de nuevo, en la necesidad de reformar la Justicia de Menores. Cfr. MARTIN OSTOS, J.: *Jurisdicción de menores*, cit., p. 136.

⁹¹⁴ Tras la entrada en vigor de la Constitución española fueron numerosos los autores que denunciaron reiteradamente la inconstitucionalidad de la LTTM de 1948, entre otros: Giménez-Salinas; Andrés Ibáñez; Movilla Álvarez; Calvo Caveilo, Castilla i Riera; González Zorrilla. Cfr.

Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

El anterior precepto encuentra su complemento en el párrafo cuarto del artículo 39 también de la Constitución que, al efecto, establece:

Los niños gozarán de la protección prevista en los Acuerdos internacionales que velan por sus derechos

3. LA NORMATIVA INTERNACIONAL

El origen de la normativa internacional en materia de delincuencia juvenil, denominada por CUELLO CALON “fase internacional”, se halla en los años precedentes a la Segunda Guerra Mundial y, en particular, en los años de postguerra, constituyendo el primer esfuerzo internacional la “Association Internationale pour la

GIMENEZ-SALINAS i COLOMER, E.: “La reacción social a la delincuencia juvenil: la prevención, la desjudicialización, la Justicia de Menores”, cit., p. 63.

Protection de l'enfance", fundada en 1921, que continuará la obra de la Sociedad de Naciones, organismo que consagró gran atención a la infancia infractora⁹¹⁵.

El cambio de criterio que experimentó el siglo XIX, denominado el "Siglo del Niño", provocó en el ámbito internacional la formulación inicial de los derechos del niño, que fueron recogidos inicialmente en la Declaración de Ginebra de 1924.

En España esta normativa internacional actuó como motor impulsor de ruptura con el sistema tutelar anterior⁹¹⁶; sin embargo, pese a la resolución 78 (62) del Consejo de Europa sobre *transformación social y delincuencia juvenil*, adoptada por el Comité de Ministros el 29 de noviembre de 1978⁹¹⁷, el régimen surgido tras la

⁹¹⁵ Para un estudio de los primeros Congresos internacionales en materia de delincuencia juvenil, cfr. CASTEJON, F.: *Comentarios científico-prácticos al Código penal de 1870*, vol. II, cit., p. 366; CUELLO CALON, E.: "El tratamiento de la criminalidad infantil y juvenil", cit., pp. 249 y 250; GUALLART y LOPEZ DE GOICOECHEA: *Preocupaciones internacionales entorno al menor*, publicaciones del Tribunal Tutelar de Menores de Zaragoza, (s.f.).

⁹¹⁶ Cabe destacar al respecto: 1º. *La Declaración Universal de Derechos Humanos*. Resolución 217 (III), de 10 de diciembre de 1948, de la Asamblea General de las Naciones Unidas; 2º. *El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, de 4 de noviembre de 1950; 3º. *La Declaración de los Derechos del Niño*. Resolución 1.386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959, de la Asamblea General de las Naciones Unidas; 4º. *El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Resolución 2.200 (XXI), de 19 de diciembre de 1966, de la Asamblea General de las Naciones Unidas; 5º. *La Resolución 78 (62), sobre transformación social y delincuencia juvenil*, de 29 de noviembre de 1978, del Comité de Ministros del Consejo de Europa. Cfr. más ampliamente el Derecho de Organizaciones internacionales en PUERTES MARTI, A./SALAZAR ARJONA, J. L./SIERRA PALMERO M. L.: *Juzgados de Menores: legislación, jurisprudencia y formularios*, cit., pp. 46 y ss.

⁹¹⁷ Esta recomendación internacional ha sido transparente a la hora de determinar la prevalencia del tratamiento de naturaleza educativa sobre los efectos negativos de la prisionización. En ella se recomienda a los Gobiernos, entre otras cuestiones: 1º. Revisar las sanciones y otras medidas aplicadas a los jóvenes e incrementar su contenido educativo y social; 2º. Limitar al mínimo las sanciones y otras medidas que entrañen privación de libertad y desarrollar métodos alternativos de

Constitución española de 1978, siguiendo el apunte efectuado por Del ROSAL BLASCO⁹¹⁸, tan sólo, modificó, por LO 7/1988, de 28 de diciembre, el artículo 82.3 de la LOPJ, a fin de dar conocimiento a las Audiencias Provinciales de los recursos contra las resoluciones de los Juzgados de Menores con sede en la provincia y de las cuestiones de competencia entre los mismos.

No será hasta la década de los ochenta-noventa cuando se empiece a hablar de los nuevos modelos legales establecidos por las declaraciones internacionales en materia de Justicia de Menores. Nos interesa destacar, fundamentalmente, las disposiciones mencionadas por el Tribunal Constitucional en Sentencia 36/1991, de 14 de febrero, pues han servido de motor impulsor de los cambios legislativos operados en nuestro país en los últimos años. En este sentido, tres han sido los textos internacionales que han sentado las bases del nuevo tratamiento de la concreta cuestión que nos ocupa⁹¹⁹:

tratamiento; 3º. Procurar la abolición de grandes instituciones aisladas, sustituyéndolas por centros más pequeños apoyados por la comunidad. *Ibidem*, pp. 55-57.

⁹¹⁸ Cfr. Del ROSAL BLASCO, B.: “Joven delincuente y Derecho penal”, cit., p. 1046.

⁹¹⁹ Véase también, por su interés, la siguiente normativa: 1. *Directrices para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad)*. Resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990, de la Asamblea General de las Naciones Unidas; 2. *Reglas para la Protección de los menores privados de libertad*. Resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990, de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Igualmente, véanse las siguientes resoluciones de Derecho Comunitario: *Resolución del Parlamento Europeo A3-314/91*, de 13 de diciembre, sobre los problemas del niño en la Comunidad Europea; *Resolución del Parlamento Europeo A3-0172/92*, de 8 de julio, sobre una Carta Europea de Derechos del Niño. Cfr. PUERTES MARTI, A./SALAZAR ARJONA, J. L./SIERRA PALMERO M. L.: *Juzgados de Menores: legislación, jurisprudencia y formularios*, cit., pp. 77 y ss. Otros documentos del Consejo de Europa, también de relevancia en esta materia, sobre todo los más recientes, son, por ejemplo, los correspondientes a la 44 Sesión Plenaria, del 29 de mayo al 2 de junio de 1995, del *Comité Europeo sobre los problemas criminales y el Informe*

A. Resolución 40/33, de 29 de noviembre de 1985, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, por la que se aprueban las *Reglas Mínimas para la Administración de la Justicia de Menores*, más conocidas como *Reglas de Beijing*.

B. Recomendación núm. (87) 20, de 17 de septiembre de 1987, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre *Reacciones sociales ante la delincuencia juvenil*.

C. Resolución 1.386 (XIV), de 20 de noviembre de 1989, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, por la que se aprueba *La Convención sobre los Derechos del Niño*⁹²⁰ (instrumento de ratificación de 30 de noviembre de 1990)⁹²¹.

De las tres disposiciones citadas, este último es el único Texto que forma parte de nuestro Derecho positivo⁹²², siendo, por tanto, de aplicación directa en nuestro país

sobre la aplicación de la Recomendación N° (87) 20 sobre las reacciones sociales a la delincuencia juvenil y la Recomendación N° R (88) 6 sobre las reacciones sociales a la delincuencia juvenil entre jóvenes procedentes de familias inmigrantes.

⁹²⁰ Cfr., al respecto, DIAZ BARRADO: “La Convención sobre los Derechos del Niño”, en *Estudios jurídicos en conmemoración del X aniversario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Córdoba, 1991, pp. 183-221; PEREZ VERA: “El Convenio sobre los Derechos del Niño”, en *Garantía internacional de los derechos sociales*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1990, pp. 167-185. Cfr. BERISTAIN IPIÑA, A.: “Menores infractores-víctimas ante las Naciones Unidas y el Consejo de Europa”, en *Eguzkilore*, núm. 10, San Sebastián, octubre 1996, pp. 179 y 180.

⁹²¹ *BOE*, núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

por imperativo de los artículos 1.5 del Código civil y 10.2 de la Constitución española⁹²³.

A. Por lo que respecta a las *Reglas de Beijing*, es de destacar la trascendental importancia que otorgan a la Justicia de Menores, al declarar en la Primera Parte de su articulado, destinada a los Principios generales, que “la Justicia de Menores se ha de concebir como una parte integrante del proceso de desarrollo nacional de cada

⁹²² Así también lo ha declarado nuestro Tribunal Constitucional en Sentencia 36/1991, de 14 de febrero (BOE de 18 de marzo de 1991), al señalar que tanto las Reglas de Beijing como la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 17 de septiembre de 1987 “expresan una doctrina generalmente aceptada en el correspondiente ámbito y que, seguramente, debe inspirar la acción de nuestros poderes públicos, pero no vinculan al legislador ni pueden ser tomadas en consecuencia como referencia para resolver sobre la constitucionalidad de la Ley. Las disposiciones a tomar en consideración son, por lo tanto, las contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención de Roma, así como, autorizados por el principio “iura novit curia”, las que recoge la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 e incorporadas a nuestro Ordenamiento el 31 de diciembre de 1990”.

⁹²³ Todos los Tratados internacionales que versan sobre la infancia pueden ser consultados en las obras: *Código sobre protección internacional de la infancia*, coordinado por MARIÑO MENENDEZ, F. M. y DIAZ BARRADO, C. M., Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1998; PUERTES MARTI, A./SALAZAR ARJONA, J. L./SIERRA PALMERO M. L.: *Juzgados de Menores: legislación, jurisprudencia y formularios*, cit.; CALATAYUD PEREZ, E./MUÑOZ OYA, J. R./RAMOS ARIZA, M. C.: *Legislación básica sobre menores infractores*, Granada, 1995; *Normas sobre Justicia de Menores*, cit.; *Legislación del menor*, ed. preparada por JIMENEZ FRANCO, E., Madrid, 1999; VENTURA FACI, R./PELAEZ PEREZ, V.: *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Comentarios y jurisprudencia*, Madrid, 2000. Un análisis del marco legal internacional en materia de Justicia de Menores también puede verse en RIOS i ENRICH, M.: “La regulación legal en materia de Justicia de Menores. Principios inspiradores y criterios de actuación”, en *La intervención educativa en el ámbito judicial con jóvenes de dieciséis a dieciocho años*, cit., pp. 23-41; PEREZ CAPELLA, M.: “La menor edad y la responsabilidad penal”, en *La intervención educativa en el ámbito judicial con jóvenes de dieciséis a dieciocho años*, cit., p. 112, que contiene una breve referencia a las normas de ámbito internacional aplicadas a esta cuestión, y ZULITA FELLINI, G.: *Derecho penal de menores*, Buenos Aires, 1996, pp. 185-206, donde efectúa un riguroso estudio de los tres principales documentos internacionales: las Reglas de Beijing; las Directrices de Riad; y la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 37 y 40). Del mismo: “Prevención del delito y tratamiento del delincuente menor de edad. Dimensión práctica”, en *Política Criminal y reforma penal, Homenaje*

país y deberá administrarse en el marco general de Justicia social para todos los menores, de manera que contribuya a la protección de los jóvenes y al mantenimiento del orden pacífico de la sociedad” (art. 1.4).

En cuanto a su alcance, pese a que no forman parte de nuestro Derecho positivo, sí deben ser tenidas en cuenta por los poderes públicos, según ha manifestado el Tribunal Constitucional. Así, las citadas *Reglas* definen al menor como “todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto” (art. 2.2.a). También se han pronunciado sobre la necesidad de un Derecho específico para los menores infractores, disponiendo que “en cada Jurisdicción nacional se procurará promulgar un conjunto de Leyes, normas y disposiciones aplicables específicamente a los menores infractores, así como a los órganos e instituciones encargados de las funciones de administración de Justicia de Menores (...)” (art. 2.3). Asimismo, se recoge la idea de un proceso penal para menores y jóvenes rodeado de todas las garantías, estableciendo, entre otros, los siguientes principios:

- El comienzo de la mayoría de edad penal no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan a la madurez emocional, mental e intelectual (art. 4).

al Prof. Dr. Del ROSAL, J., Madrid, 1993, pp. 449-451, destinado, igualmente, al estudio de los artículos 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

- Respecto de la prisión preventiva (art. 13): se aplicará como último recurso y durante el plazo más breve posible; siempre que sea posible se adoptarán medidas sustitutorias; los menores que se encuentren en prisión preventiva gozarán de todos los derechos y garantías previstos en las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos aprobados por las Naciones Unidas; los menores que se encuentren en prisión preventiva estarán separados de los adultos; mientras se encuentren bajo custodia, los menores recibirán cuidados, protección y toda la asistencia que requieran habida cuenta de su edad, sexo y características individuales.

- Carácter excepcional la medida de privación de libertad, que sólo será impuesta en caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos, y siempre que no haya otra respuesta adecuada (art. 17). Igualmente, para evitar el confinamiento en establecimientos penitenciarios y conseguir una mayor flexibilidad, se concede a la autoridad competente libertad para adoptar una amplia gama de decisiones (art. 18): libertad vigilada; órdenes de prestación de servicios a la comunidad; órdenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas; órdenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida y otros establecimientos educativos etc.

- Control judicial constante de la decisión adoptada y permanente posibilidad de modificación (art. 23), siempre que ésta se efectúe de conformidad con los principios enunciados en las Reglas; procurando proporcionar a los menores en todas las etapas del procedimiento asistencia en materia de alojamiento, enseñanza o capacitación profesional o empleo para facilitar el proceso de rehabilitación (art. 24).

- Por último, destacar la importancia que se otorga a las garantías procesales básicas, reconociendo al menor, en todas las etapas del proceso: la presunción de inocencia; el derecho a ser notificado de las acusaciones; el derecho a no responder; el derecho al asesoramiento; el derecho a la presencia de los padres o tutores; el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos; y, el derecho de apelación ante una autoridad superior (art. 7), garantizando, a su vez, que cualquier respuesta a los menores infractores sea en todo momento proporcionada a las circunstancias del delito y del delincuente (art. 5).

B. Respecto a la Recomendación núm. (87) 20, de 17 de septiembre de 1987, *sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil*, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en virtud del artículo 15.b del Estatuto del Consejo de Europa, hace a los Estados miembros las siguientes recomendaciones, que tampoco tienen carácter vinculante para el legislador, pero que deben inspirar la acción de nuestros poderes públicos, según la anteriormente citada STC de 14 de febrero de 1991: en primer

lugar, se destaca la importancia de la educación y reinserción social, estableciendo que todas las medidas que se adopten deben ir encaminadas a lograr este fin, adoptando, si procede, tratamientos especializados que se inspiren fundamentalmente en los principios contenidos en la Declaración de los Derechos del Niño; también propone, siempre que sea posible, suprimir el encarcelamiento de los menores de edad, a quienes reconoce las mismas garantías procedimentales que a los adultos; recomienda que la intervención de los menores se realice, con preferencia, en su medio natural de vida, comprometiendo a la colectividad, principalmente de ámbito local.

La regla I de la citada Recomendación está destinada a la prevención de la inadaptación y de la delincuencia juvenil, para ello recomienda: aplicar una política global que favorezca la reinserción social de los jóvenes; introducir programas especializados, destinados a integrar mejor a los jóvenes con dificultades; medidas de prevención situacional etc.

La regla II es de considerable importancia, toda vez que se destina a la desjudicialización de los procedimientos. Sobre el particular recomienda: alentar el desarrollo de los procedimientos de mediación, a fin de evitar a los menores las consecuencias derivadas del sistema de Justicia penal; asegurar la aceptación por el menor de las eventuales medidas que condicionan la desjudicialización, y, si es

preciso, la colaboración de su familia; conceder una adecuada atención tanto a los derechos de la víctima como a los del menor.

La regla III, que se refiere a la Justicia de Menores, contiene las siguientes recomendaciones: asegurar una Justicia de Menores más rápida, evitando retrasos excesivos, al objeto de lograr una acción educativa eficaz; evitar la remisión de los menores a la jurisdicción de adultos, cuando no existan jurisdicciones de menores; evitar, en la medida de lo posible, la detención preventiva de los menores, y, en todo caso, alentar a las autoridades competentes a controlar las condiciones en que se desarrolla; aplicar la detención provisional sólo en el supuesto de cometer infracciones muy graves por menores de más edad, limitando, en este caso, la duración de dicha detención provisional y separando a los menores de los adultos; reforzar la posición legal de los menores durante el procedimiento, incluida la fase policial, reconociendo derechos básicos (entre otros, el derecho a la presunción de inocencia, a la asistencia de un Abogado, eventualmente designado de oficio y remunerado por el Estado, el derecho a la presencia de los padres o de otro representante legal, quienes deben ser informados desde el inicio del procedimiento, el derecho a recurrir testigos, interrogarles y confrontarles y solicitar cualquier medida de investigación, el derecho a tomar la palabra y a pronunciarse sobre las medidas ordenadas, el derecho de recurso y revisión de las medidas adoptadas, el derecho a que se respete su vida privada); especialización de las personas que intervienen en las distintas fases del procedimiento (Policía, Abogados, Jueces,

Trabajadores sociales); confidencialidad respecto de las anotaciones en el Registro de Penados, que sólo deben ser comunicadas a las autoridades judiciales o a las autoridades equivalentes; que estas inscripciones no tengan publicidad después de la mayoría de edad de los interesados excepto motivo de necesidad prevista en la Ley nacional.

En cuanto a las intervenciones, el Consejo de Europa recomienda a los Estados miembros en la Regla IV: que las medidas se apliquen en el medio natural de la vida del menor, respetando su derecho a la educación y su personalidad, y favoreciendo, a su vez, su completo desarrollo; que las medidas, que sólo pueden ser fijadas por la autoridad judicial o por la autoridad administrativa equivalente, tengan una duración determinada, pudiendo poner fin a su cumplimiento antes de que expire el plazo; cuando resulte indispensable aplicar una medida de internamiento, se realizan varias recomendaciones (establecimientos educativos de pequeñas dimensiones, un trabajo para la comunidad personal del menor limitado al mínimo posible y decidido bajo control judicial, favorecer la relación con la familia en todas las formas de internamiento, evitar que éste sea demasiado alejado y poco accesible); promover la aplicación de medidas sustitutivas al internamiento, dando preferencia a aquellas que favorezcan la reinserción social; entre las medidas aplicables, otorgar una especial atención a aquellas que impliquen vigilancia y asistencia probatorias, reparación del daño causado por la actividad delictiva, trabajo comunitario adaptado a la edad y a las finalidades educativas; para aquellos casos en que, según la

legislación nacional, no se pueda evitar una medida privativa de libertad, se hacen varias recomendaciones (prever modalidades de ejecución de penas más favorables que las previstas para adultos, su duración sea lo más corta posible, buscando soluciones alternativas como la *probation*, la semilibertad o la libertad anticipada, exigir la motivación de las resoluciones judiciales que impongan medidas privativas de libertad, separar a los jóvenes de los adultos, asegurar la formación escolar y profesional de los menores mientras están detenidos y después de la reclusión).

Por último, el Consejo de Europa dedica la Regla V a promover y alentar investigaciones en el ámbito de la delincuencia juvenil, resaltando la importancia de varias cuestiones: las noticias político-criminales sobre el funcionamiento de los sistemas de Justicia de Menores y el papel de los medios de comunicación en el ámbito de la delincuencia y de las reacciones ante la misma; la formación especializada de todas las personas que trabajan en este ámbito; las medidas de sustitución de penas privativas de libertad y los procedimientos de reconciliación entre los jóvenes infractores y sus víctimas; la participación de la comunidad en la asunción de los jóvenes infractores, etc.

C. En cuanto a *la Convención sobre los Derechos del Niño*, de 20 de noviembre de 1989, concedida por las Cortes Generales la autorización prevista en el artículo 94.1

de la Constitución⁹²⁴, resulta de interés destacar la disconformidad de España con el contenido de los párrafos 2º y 3º del artículo 38 de la Convención, por considerar, con buen criterio, que el límite mínimo fijado en ellos es insuficiente, pues permite el reclutamiento y participación en conflictos armados de niños y niñas a partir de los quince años, lo que, a nuestro juicio, contraviene tanto el espíritu y articulado de la Convención, como la declaración de proteger especialmente al menor, enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, en la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular en los arts. 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (principalmente en el art. 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan por el bienestar del menor.

La citada Convención, que se compone de cincuenta y cuatro artículos, define en su artículo 1º el concepto de niño, como ya hemos expuesto en alguna ocasión, como “todo ser humano menor de dieciocho años, salvo que, en virtud de la Ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”⁹²⁵. En este sentido, debe

⁹²⁴ El artículo 94.1 de la Constitución Española dispone que *la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de Tratados o Convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales, en los siguientes casos (...)*”.

significarse que el artículo 40.3.a obliga a los Estados contratantes a establecer “una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las Leyes penales”. La fijación de este tope mínimo de edad se deja al criterio de cada Estado.

⁹²⁵ En base al artículo 1 de la Convención de los Derechos del Niño se planteó por el Juez de lo Penal núm. 11 de Barcelona la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1094/1991, que fue resuelta por el Pleno del Tribunal Constitucional en Auto núm. 286/ 1991, de 1 de octubre, en el sentido de desestimar la cuestión formulada. Antes de abordar los Fundamentos jurídicos de la citada resolución, creo necesario destacar, previamente, que la línea argumental sostenida por el Tribunal Constitucional es satisfactoria, toda vez que los razonamientos en que se basaba el Juez cuestionante son difícilmente defendibles, siendo, en síntesis, los siguientes: 1. “El art. 12, en relación con el 96, ambos de la Constitución española, quedan vulnerados en la medida en que, de acuerdo al artículo 1 de la Convención sobre Derechos del Niño, por tal ha de entenderse todo menor de dieciocho años. Dado que el art. 10.2 de la Constitución española impone interpretar los derechos fundamentales de conformidad con los Tratados internacionales suscritos por España sobre tal materia, no resulta posible acomodar el sometimiento a pena criminal a un menor de dieciocho años y mayor de dieciséis. 2. La quiebra del principio de igualdad la centra el Juez proponente de la cuestión en que el joven delincuente está sometido a las reglas procesales que corresponde al enjuiciamiento penal de los adultos y no al de los menores de dieciséis años. A decir del Juez cuestionante, no se ve la diferencia que justifique el que a niños menores de dieciséis años y a otros mayores de dieciséis, pero menores de dieciocho, se les aplique, ante los mismos hechos, reglas procedimentales diversas (...). En lo tocante a la presunta quiebra del principio de igualdad, el Fiscal General entiende que la desigualdad procedimental suscitada por el Juez proponente pasa por alto la diferencia sustancial entre menores y mayores de dieciséis años, diferencia puesta de relieve por la reciente STC 36/1991, Fundamento jurídico 5º. La discriminación constitucionalmente censurable hubiera surgido si a personas del mismo arco de edad se les sometiera a procedimientos diferentes, cosa que no es aquí el caso”. En atención a lo anterior el Fiscal General del Estado interesó la inadmisión de esta cuestión. A continuación, es de interés exponer alguna de las razones que sirvieron de fundamento al fallo. En este sentido, el Fundamento jurídico segundo declara: “Por lo que respecta a la cuestión de la pretendida vulneración del artículo 12 de la Constitución española, en tanto que el Derecho ordinario quebrantaría una norma internacional en materia de Derechos humanos, ha de señalarse que la simple lectura de la Convención de los Derechos del Niño, como recuerda el Fiscal General del Estado, establece varias excepciones; una de ellas, precisamente, en materia de responsabilidad criminal. En efecto, el que, de acuerdo al artículo 1 de la Convención de los Derechos del Niño, sea niño todo ser humano menor de dieciocho años, no empece para que esta Convención en su artículo 40.3.a) reconozca a los Estados firmantes la potestad de fijar por Ley una edad por debajo de la cual se presume la inimputabilidad del niño. Ello supone que existe un concepto legal de niño a efectos generales y otro a efectos especiales; uno de estos efectos especiales es potestativamente el penal. Desde este aspecto España cumple, y sin acudir como otros Ordenamientos a la teoría del discernimiento, con el compromiso internacional adquirido, fijando taxativamente la irresponsabilidad penal por debajo de los dieciséis años. De esta suerte el someter a la jurisdicción penal a un mayor de dieciséis años, pero menor de dieciocho, no contraviene ningún compromiso internacional que acarree inconstitucionalidad (art. 10.2 de la C.E.)”. Una breve síntesis de esta resolución, en GARCIA VALDES, C./CANTARERO

La Convención reconoce como principio fundamental “el interés superior del niño”, disponiendo en su artículo 3.1 que las medidas que adopten las Instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las Autoridades administrativas o los Órganos legislativos han de atender, como consideración primordial, al interés superior del menor.

En cuanto al internamiento, la Convención prohíbe que la privación de libertad sea ilegal o arbitraria, estableciendo que la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño⁹²⁶ se lleve a cabo de conformidad con la Ley y se utilice como último recurso y durante el tiempo más breve posible (art. 37.b). Igualmente, se reconoce a todo niño privado de libertad el derecho a estar separado de los adultos, salvo que se considere contrario al interés superior del menor (art. 37c).

Por último, el artículo 40.2.b de dicha Convención⁹²⁷ reconoce un elenco de derechos y garantías procesales a los menores que han infringido las Leyes penales: presunción de inocencia; ser informado, o los padres o representantes legales, de las

BANDRES, R./PUYOL MONTERO, F. J.: *Derecho penal constitucional. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, t. IV, Barcelona, 1993, pp. 3133 y 3134.

⁹²⁶ Un estudio sobre el tratamiento de la detención del menor de edad penal en SALIDO VALLE, C.: “La detención incomunicada del menor de edad penal”, en *La Ley*, núm. 4758, 19 de marzo de 1999, pp. 1751-1760.

⁹²⁷ Al respecto, la STC 211/1993, de 28 de junio (*BOE* núm. 183, de 2 de agosto de 1993), resolviendo el Recurso de amparo 755/90, incorporó al Ordenamiento español el contenido del artículo 40.2.b de la Convención de los Derechos del Niño.

acusaciones sin demora y directamente; no estar obligado a prestar testimonio o declararse culpable; respeto a su vida privada en todas las fases del procedimiento, etc.

4. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 36/1991, DE 14 DE FEBRERO⁹²⁸

La necesidad de un nuevo marco legislativo, en lo que a la minoría de edad penal se refiere, se ha dejado sentir profundamente en la STC 36/1991, de 14 de febrero⁹²⁹, que resolvió una serie de cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas (registradas con los números 1001/1988, 291/1990, 669/1990, 1629/1990 y 2151/1990), que fueron planteadas por los Jueces de Menores de Tarragona, número 2 de Barcelona, números 3 y 4 de Madrid, y el de Oviedo, sobre la totalidad del Texto refundido de la legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores, Ley y Reglamento, aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948, y, en su caso, sobre determinados artículos de la LTTM.

⁹²⁸ BOE de 18 de marzo de 1991.

⁹²⁹ De conformidad con el artículo 164.1 de la Constitución española, *las sentencias del Tribunal Constitucional (...) que declaren la inconstitucionalidad de una Ley o de una norma con fuerza de Ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos.*

Como señala la propia sentencia, todas las cuestiones de inconstitucionalidad parten de que el procedimiento para la corrección de menores tiene las características de un proceso y, en lo sustancial, coinciden en sus argumentos. Sin embargo, tienen muy distinto alcance, pues en tanto que las cuestiones 1001/1988 y 669/1990 pretendían la declaración de inconstitucionalidad de toda la legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores, esto es, tanto de la Ley como del Reglamento, y la cuestión 291/1990 extendía también sus dudas a la mayor parte de los artículos de dicha Ley, las cuestiones restantes se centraban sobre artículos concretos.

Así, pues, las cuestiones 1001/1988, 291/1990, 669/1990 y 2151/1990, planteaban la inconstitucionalidad del artículo 16 de la LTTM⁹³⁰, por otorgar al Juez una excesiva discrecionalidad, toda vez que los mismos hechos cometidos por menores en los que concurrían diferentes condiciones morales y sociales podían dar lugar a la aplicación indistinta e indiscriminada de las medidas recogidas en el artículo 17 de la LTTM, vulnerándose, de este modo, los principios de seguridad jurídica e

⁹³⁰ Recordemos que el artículo 16 de la LTTM establecía que *los hechos calificados de delitos o faltas en el Código penal o en las Leyes penales especiales que se atribuyan a los menores de dieciséis años serán apreciados por los Tribunales Tutelares, con razonada libertad de criterio, teniendo en cuenta la naturaleza de los expresados hechos en directa relación con las condiciones morales y sociales en que los menores las hayan ejecutado, y prescindiendo en absoluto del concepto y alcance jurídico con que, a los efectos de la respectiva responsabilidad, se califican tales hechos como constitutivos de delitos o faltas en el Código penal y en las mencionadas Leyes especiales.*

interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), el principio de igualdad (art. 14 CE), y el de legalidad penal (art. 25.1 CE).

Donde sí coincidían todas las cuestiones formuladas era en plantear la inconstitucionalidad del artículo 15 de la LTTM⁹³¹, en base a la conculcación del principio de legalidad, interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, protección de los menores de conformidad con lo establecido en los Tratados internacionales ratificados por España, principio de igualdad, derecho a la tutela judicial efectiva, derecho a un proceso público, a la oralidad y a la motivación de la sentencia, e intervención del Ministerio Fiscal (arts. 9.3, 10, 14, 24, 39.4, 120 y 124 CE).

En primer lugar, creemos necesario hacer una mención al escrito de alegaciones presentado por el Abogado del Estado, que no parece en absoluto adecuado, en tanto niega el carácter de proceso a los procedimientos seguidos en los Juzgados de Menores. En este sentido, el Fundamento jurídico segundo de la sentencia reza: “El Abogado del Estado alega frente a todas las cuestiones de inconstitucionalidad que, como se infiere de los artículos 163 de la Constitución española y 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la cuestión de inconstitucionalidad sólo puede plantearse en el seno de un proceso, siendo realidades inherentes al mismo la

satisfacción de intereses y el enfrentamiento de las partes procesales. Los procedimientos en los que se plantean las diferentes cuestiones por los Jueces de Menores, por el contrario, no son verdaderos procesos, sino procedimientos de carácter educativo y cautelar, en los que no cabe promover cuestiones de inconstitucionalidad; éstas son, por tanto, inadmisibles”. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional, fallando en un sentido básicamente satisfactorio, declaró, también en el Fundamento jurídico segundo, que “en lo que respecta a la naturaleza de los procedimientos seguidos ante los Juzgados de Menores, este Tribunal en STC 71/1990, y ATC 473/1987 y 952/1988, si bien puso de manifiesto la peculiar naturaleza del procedimiento de protección de menores, regulado junto con el procedimiento reformador en el artículo 15 de la LTTM, no cuestionó, en momento alguno, su naturaleza como un verdadero proceso. Idéntica afirmación, con más fundamento aún, hay que realizar en el procedimiento para corregir o reformar a menores. No es admisible negar el carácter de proceso, como argumento de inadmisibilidad, aduciendo la falta de contradicción, la no intervención del Ministerio Fiscal ni de Letrado defensor del menor, pues ello constituye precisamente uno de los principales motivos aducidos para cuestionar la constitucionalidad del citado precepto que, pese a regular un cauce procesal para imponer medidas reformadoras a los menores que hubiesen incurrido en conductas tipificadas por la Ley como delitos o faltas, no prevé la necesaria intervención de

⁹³¹ Recordemos, nuevamente, que el artículo 15 de la LTTM disponía que *en los procedimientos para corregir y proteger a menores, (...) el Tribunal no se sujetará a las reglas procesales vigentes en las demás jurisdicciones.*

tales partes, ni otras garantías procesales que pudiesen considerarse imprescindibles en un Estado de Derecho para este tipo de procedimientos”.

Pese a que el Tribunal Constitucional admitió como cuestión básica, en el Fundamento jurídico segundo, la naturaleza procesal del procedimiento seguido en los Juzgados de Menores, y falló finalmente en sentido claramente satisfactorio reconociendo la inconstitucionalidad del artículo 15; sin embargo, no se puede dejar de mencionar que este resultado se produjo a través de una línea argumental contradictoria, toda vez que el Fundamento jurídico sexto de la sentencia declara: “el procedimiento previsto en el artículo 15 de la LTTM sólo podrá ser considerado constitucionalmente ilegítimo por colisión con el artículo 24 de la Constitución si se entiende que se trata de un proceso (o eventualmente de un procedimiento disciplinario o sancionador), pero no si se le atribuye una naturaleza distinta”. Sobre este extremo, en tanto que el punto de partida no parece correcto, es de destacar la interpretación de la sentencia realizada por VIVES ANTON, que pone en tela de juicio la razón que sirvió de fundamento al fallo, bajo la justificación de que el modelo que deriva del artículo 24 de la Constitución es aplicable a todos los procesos o procedimientos en que se ventilen cuestiones litigiosas⁹³². A esto hay que

⁹³² Cfr. VIVES ANTON, T. S.: “Constitución y Derecho penal de menores”, cit., pp. 338-341, donde realiza un estudio crítico de la STC 36/1991, llegando a la conclusión de que es “un ejemplo inigualable de razonamiento autocontradictorio, en el que, a partir de unas premisas inexorablemente falsas, se obtiene, afortunadamente, una conclusión en lo esencial correcta”. Una crítica a la argumentación del Tribunal Constitucional en este punto puede verse también en JIMENEZ RODRIGUEZ, A.: “Observaciones sobre la declaración de inconstitucionalidad del

añadir, por nuestra parte, que en la medida en que en el procedimiento seguido en los Juzgados de Menores se imponen medidas restrictivas de derechos fundamentales, se debe reconocer el sistema de garantías consagrado en el artículo 24, independientemente de la naturaleza que se otorgue al proceso.

Consecuentemente, podemos afirmar que la línea argumental seguida por el Tribunal Constitucional es difícilmente defendible, toda vez que la declaración de inconstitucionalidad del artículo 15 fue el resultado de atribuir una naturaleza penal al proceso seguido en los Juzgados de Menores, lo que significa *sensu contrario* que si se le hubiese atribuido una naturaleza distinta se habrían desestimado las declaraciones de inconstitucionalidad.

Sobre el particular, razona la sentencia en el Fundamento jurídico sexto, que “en la actualidad, operando la jurisdicción penal para la reforma de menores sobre personas a las que, aunque consideradas penalmente irresponsables, se les atribuye la realización de delitos o faltas, el procedimiento regulado por el artículo 15 de la LTTM no es ese procedimiento distinto del proceso penal al que se refiere el artículo 40.3.b de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del

antiguo proceso de menores”, en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 1994, pp. 113-123. Respecto de la intervención del Ministerio Fiscal, ha señalado DOLZ LAGO, M. J.: “El Fiscal ante la reforma de menores: Radigografía de una metamorfosis paradójica. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991 y al Proyecto de Ley de reforma de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, en *La Ley*, 1991-2, pp. 973 y 974, que el sentido y carácter de tal intervención sólo se puede interpretar desde la concepción constitucional, que le obliga a ser defensor del menor, y

Niño, sino un procedimiento que se origina en una acción u omisión penal (o administrativa) tipificada, cuya autoría se atribuye a un menor, es decir, un procedimiento aplicable a los menores a efectos penales. Tanto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño resulta inequívocamente que ese procedimiento no es otra cosa que una variante del proceso penal, cuyos principios básicos debe respetar. Así se desprende ya de lo dispuesto en el artículo 14.4. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (...), al ordenar que la minoría de edad sea tomada en cuenta para la ordenación del proceso, impone también implícitamente la obligación de que en la ordenación de éste se aseguren los derechos que, con carácter general, para todos los procesos penales, enumera el apartado anterior tercero del mismo artículo. De manera explícita y rotunda, esta obligación se establece también en el artículo 40.2.b de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (...). Cabe afirmar, como conclusión de cuanto antecede que, interpretados de acuerdo con el Pacto internacional de Derechos civiles y políticos y el Convenio europeo para la protección de los Derechos humanos y de las Libertades fundamentales y la Convención sobre los Derechos del Niño, los derechos fundamentales que consagra el artículo 24 de la Constitución han de ser respetados también en el proceso seguido contra menores a efectos penales y que, en consecuencia, en cuanto que tales derechos se aseguran

desde una posición tuitiva y garantista frente a todos los operadores de este procedimiento judicial, incluido el propio Juez de Menores.

mediante el cumplimiento de las reglas procesales que los desarrollan, el artículo 15 de la LTTM, al excluir la aplicación de “las reglas procesales vigentes de las demás jurisdicciones” ha de ser declarado inconstitucional y nulo”.

También es de interés resaltar, en tanto marca un importante hito en la historia de la jurisdicción de menores en España⁹³³, que la sentencia afirma, en el Fundamento jurídico segundo, que nos encontramos en presencia de un proceso seguido ante órganos que ejercen la potestad jurisdiccional, “siendo los Juzgados de Menores juzgados ordinarios y especializados”. Igualmente, se reconoce que la LOPJ “incardina a los Tribunales Tutelares de Menores, que son sustituidos por los Juzgados de Menores, dentro de la jurisdicción ordinaria, dejando de ser una jurisdicción especial”.

En resumen, en el fallo de la STC se declara finalmente la inconstitucionalidad del artículo 15 de la LTTM, la constitucionalidad del artículo 16, en tanto se interprete en los términos y garantías recogidas en el Fundamento jurídico séptimo (respeto al principio de tipicidad, las medidas impuestas no pueden exceder de la mayoría de edad civil, proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la medida impuesta, imposibilidad de establecer medidas más graves o de una duración superior a la que correspondería por los mismos hechos si se tratase de una adulto), y, por último, se

⁹³³ Cfr. MARTIN OSTOS, J.: “Aspectos procesales de la Ley Orgánica reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores”, cit., p. 155.

desestiman las cuestiones en todo lo demás, por considerar que “no todos los preceptos en ella contenidos tienen una influencia decisiva para la resolución de los asuntos de los que conocen los Jueces de Menores”.

La declaración de inconstitucionalidad del artículo 15 y la insistencia del Tribunal Constitucional en una pronta reforma legislativa en esta materia⁹³⁴, tal y como se recoge en el Fundamento jurídico sexto⁹³⁵, obligó al Gobierno a presentar en las Cortes un Proyecto de Ley modificador del Texto de 1948⁹³⁶.

⁹³⁴ Un análisis de las circunstancias que determinaron la necesidad de elaborar un nuevo régimen jurídico aplicable al menor de edad, en GISBERT JORDA, T.: “Incidencias del nuevo Código penal en la Legislación de Menores”, cit. pp. 103 y ss.

⁹³⁵ El Fundamento jurídico sexto de la STC 36/1991 afirma que “la declaración de inconstitucionalidad del artículo 15 de la LTTM, en lo que se refiere sólo al procedimiento corrector, crea una situación normativa oscura, e incluso un vacío normativo que únicamente la actividad del legislador puede llenar de manera definitiva. Por eso, como ya hicimos en la citada STC 71/1990, hemos de subrayar la imperiosa necesidad de que, de acuerdo con lo previsto en la Disposición Adicional 1º de la LOPJ, las Cortes procedan a reformar la legislación tutelar de menores”. En la reunión de Jueces de Menores, celebrada en el CGPJ el 7 de marzo de 1991, motivada por la STC 36/1991, se insiste, de nuevo, en que es urgente e imprescindible la promulgación de una nueva Ley que sustituya a la vigente, y, en gran parte inconstitucional, legislación de Tribunales Tutelares de Menores. Cfr. MARTIN OSTOS, J.: *Jurisdicción de menores*, cit., p. 139.

⁹³⁶ Un comentario al Proyecto de Ley de reforma urgente de la LTTM, en CEBRIAN CID, M.: “Notas al Proyecto de Ley”, en *AP*, núm. 19, 13 de septiembre de 1991, pp. 1 y 2.

5. LA LEY ORGÁNICA 4/1992, DE 5 DE JUNIO, SOBRE REFORMA DE LA LEY REGULADORA DE LA COMPETENCIA Y EL PROCEDIMIENTO DE LOS JUZGADOS DE MENORES⁹³⁷

⁹³⁷ En general, sobre el contenido y procedimiento de la LORCPJM véase: URRA PORTILLO, J.: *Menores, la transformación de la realidad. Ley Orgánica 4/1992*, Madrid, 1995; MARTIN OSTOS, J.: “El nuevo proceso de menores. Comentarios a la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio”, en *La Ley*, 1994-1, pp. 1144-1153. Del mismo: “Aspectos procesales de la Ley Orgánica reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores”, cit., pp. 159-189; MARTIN SANCHEZ, A.: “Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales en la legislación de menores”, en *Menores privados de libertad*, cit., pp. 223-247. De la misma: “La minoría de edad penal”, en *Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, cit., pp. 255-267; RIOS MARTIN, J. C.: *El menor infractor ante la Ley penal*, cit., pp. 234 y ss.; PANTOJA GARCIA, F.: “Análisis criminológico de las cuestiones relativas al Derecho penal juvenil”, en *Criminología, CDJ*, núm. 29, CGPJ, 1994, pp. 225-251. Del mismo: “Particularidades en el caso de los menores de edad penal”, en *la restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal, CDJ*, núm. XXIX, CGPJ, 1993, pp. 247-271; PANTOJA GARCIA, F./MUÑOZ MARIN, A./PARAMO y De SANTIAGO, C./Del MORAL GARCIA, A.: “La Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores. (Anotaciones tras ocho meses de aplicación)”, en *AP*, núm. 10/8, 14 de marzo de 1993, pp. 133-159; VARGAS CABRERA, B.: “La Ley Orgánica 4/1992 sobre competencia y procedimiento de los Juzgados de Menores: estudio de sus normas sustantivas y procesales”, en *ADPCP*, t. 46, 1993, pp. 167-197; LORCA NAVARRETE, A. M.: *El proceso español del menor*, Madrid, 1993; RAPOSO FERNANDEZ, J. M.: “Estudio crítico del proceso contra menores delincuentes. Aspectos necesitados de reforma”, en *La Ley*, núm. 4433, 8 de diciembre de 1997, pp. 1-11; CRUZ BLANCA, M. J.: *El menor como sujeto activo del delito*, cit., pp. 461 y ss.; GRACIA MARTIN, L./BOLDOVA PASAMAR, M. A./ALASTUEY DOBON, M. C.: *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, cit., pp. 344 y ss.; BOLDOVA PASAMAR, M. A./ALASTUEY DOBON, M. C.: *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, cit., pp. 423 y ss.; TAPIA PARREÑO, J. J.: “El Derecho al juez imparcial, en su aspecto objetivo, en la Ley Orgánica reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores. Su posible inconstitucionalidad y la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de marzo de 1995”, en *La Ley*, 1995-2, pp. 1110 y ss.; DOLZ LAGO, M. J.: “Justicia de Menores: aspectos de un procedimiento en crisis ante la crisis de los procedimientos penales”, en *AP*, núm. 47, semana del 16 al 22 de diciembre de 1996, pp. 953 y ss.; GARCIA PEREZ, 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”, en *AP*, núm. 32, semana del 4 al 10 de septiembre de 2000, pp. 676 y ss.; MUÑOZ ROJAS, T.: “Sobre el nuevo juicio sancionador de menores. (L.O. 4/1992)”, en *AP*, núm. 19/10, 10-16 de mayo de 1993, pp. 279-285; ORNOSA FERNANDEZ, M. R.: “La nueva regulación del procedimiento penal de menores. ¿Un avance?”, en *Poder Judicial*, núm. 27, CGPJ, 1992, pp. 149-164; BUCETA MILLER, E.: “Breve comentario a la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores”, en *Revista jurídica de Castilla-LaMancha*, núm. 16, 1992, pp. 59-71; FISCALIA GENERAL DEL ESTADO: *Memoria elevada al Gobierno de S.M.*, 1993, pp. 777 y ss. Del mismo: *Memoria elevada al Gobierno de S.M.*, 1995, pp. 857 y ss. Del mismo: *Memoria elevada al Gobierno de S.M.*, 1997, pp. 100 y ss. Del mismo: “Instrucción 2/1992, de 13 de febrero sobre la intervención de los Fiscales ante la Jurisdicción de menores”, en *Normas sobre Justicia de Menores*, cit., pp. 152-158. Del

5.1 Premisa

Como ha venido siendo habitual en la Jurisdicción de Menores, la LORCPJM se va a aprobar⁹³⁸ con retraso respecto del pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la sentencia 36/1991, de 14 de febrero⁹³⁹, y, sobre todo, respecto de la LOPJ de 1985 que, de acuerdo con lo previsto en su Disposición Adicional Primera, en el plazo de un año el Gobierno debía remitir a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación tutelar de menores. Este retraso en la elaboración de la Ley contrasta, sin embargo, con la excesiva premura de su entrada en vigor, justo al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado⁹⁴⁰, lo que, posiblemente, impidió a los especialistas realizar un previo y obligado estudio de la Ley⁹⁴¹.

mismo: “Líneas generales de actuación del Ministerio Fiscal en el Procedimiento de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio. Instrucción núm. 1/93, de 16 de marzo”, en *ADPCP*, t. 46, 1993, pp. 411-461.

⁹³⁸ *BOE* núm. 140, de 11 de junio de 1992.

⁹³⁹ La Exposición de Motivos de la LORCPJM reconoce explícitamente que “(...) la STC 36/1991, de 14 de febrero, al declarar inconstitucional el artículo 15 de la LTTM, hace necesaria la regulación de un proceso ante los Juzgados de Menores (...)”.

⁹⁴⁰ *Vid.* Disposición Final Segunda.

⁹⁴¹ En este sentido, ha denunciado MARTIN OSTOS, J.: “El nuevo proceso de menores. Comentarios a la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio”, cit., p. 1153, que la LORCPJM proclamaba su entrada en vigor cuando aún no había sido recibida en la mayoría de las provincias españolas.

De conformidad con la Disposición Adicional Primera de la LORCPJM, la LTTM pasó a denominarse Ley Orgánica reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores; de ahí que lo primero que llama la atención es la propia denominación de la LORCPJM⁹⁴², que modificó la redacción de los antiguos artículos 9, 15, 16, 17 y 23, y dejó sin contenido los artículos 5, 12, 21 y 22. Así, pues, hasta la entrada en vigor de la LORRPM⁹⁴³ han permanecido la Ley Orgánica reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores, esto es, la antigua LTTM, salvo en los artículos anteriores, y el Reglamento para su ejecución, ambos aprobados por Decreto de 11 de junio de 1948⁹⁴⁴.

Como aspectos más destacables e innovadores de la LORCPJM, que será en los que centraremos nuestra atención, fundamentalmente, la propia Exposición de Motivos señala los siguientes: especialidad del proceso seguido ante los Juzgados de Menores por razón de los sujetos; reconocimiento de todas las garantías derivadas de nuestro Ordenamiento constitucional; flexibilidad a la hora de determinar las medidas aplicables, valorando especialmente el interés del menor; la investigación y

⁹⁴² Lo que a juicio de MARTIN OSTOS, J.: “El nuevo proceso de menores. Comentarios a la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio”, cit., p. 1144, ha sido “un galimatías añadido a la caótica situación normativa de la Jurisdicción de Menores en nuestro país”.

⁹⁴³ *Vid.* Disposición Final Quinta. Cláusula derogatoria de la LORRPM.

⁹⁴⁴ El contenido de este Reglamento puede verse en *Normas sobre Justicia de Menores*, cit., pp. 47-94, donde se referencian los artículos implícitamente derogados y se realiza una concordancia con otros preceptos de nuestro Ordenamiento jurídico.

la iniciativa procesal corresponden al Ministerio Fiscal⁹⁴⁵, que recibe amplias facultades para acordar la terminación del proceso; por último, en atención a la evolución de las circunstancias del menor, se establece la posibilidad de suspender el fallo y revisar las medidas impuestas. Asimismo, se garantiza un límite temporal a la duración de la medida de internamiento.

La Exposición de Motivos termina señalando el carácter urgente y parcial de la reforma, que, en realidad, no es más que un simple avance “de una renovada legislación sobre reforma de menores, que será objeto de medidas legislativas posteriores”.

5.2. Principios informadores

5.2.1. El reconocimiento de las garantías constitucionales

La STC 36/1991 determinó la necesidad de un proceso de menores rodeado de todas las garantías derivadas de nuestro Ordenamiento constitucional, disponiendo

⁹⁴⁵ Esta actividad investigadora otorgada al Ministerio Fiscal se debe, a tenor de la regla 2º del artículo 15 de la LORCPJM, a que éste le corresponde (...) *la defensa de los derechos, la observancia de sus garantías, el cuidado de la integridad física y moral del menor (...)*.

expresamente que “los derechos fundamentales que consagra el artículo 24 de la Constitución han de ser respetados también en el proceso seguido contra menores”.

En cumplimiento de la referida sentencia, en la configuración de la LORCPJM había que respetar los preceptos constitucionales, lo que significaba, por otro lado, el abandono definitivo de la filosofía positivista-correccionalista subyacente en la antigua LTTM. Y para que así fuese, la propia Exposición de Motivos de la LORCPJM establece expresamente que el proceso ante los Juzgados de Menores “disponga de todas las garantías derivadas de nuestro Ordenamiento constitucional”.

Así, pues, la LORCPJM vertebra un procedimiento respetuoso con el garantismo procesal (art. 15). En este sentido, los principios de legalidad y seguridad jurídica aparecen recogidos en el artículo 17, que establece una enumeración taxativa de las medidas aplicables, y en el 16.1, que señala como límite máximo de duración de las mismas dos años, a excepción del número 1^o⁹⁴⁶. La garantía del principio de legalidad también se refleja en el artículo 9.1, donde el legislador con la expresión “hechos cometidos” consagra como postulado básico el principio del hecho, suprimiendo, apropiadamente, el Derecho penal de autor que subyacía en la LTTM, al hacer referencia a los menores “prostituidos, licenciosos, vagos y vagabundos”

⁹⁴⁶ El artículo 17 preceptúa: *El Juez de menores podrá acordar, con respecto a estos, las medidas siguientes. 1º. Amonestación o internamiento por tiempo de uno a tres fines de semana.*

(art. 9.1º.c), lo que significaba, a todas luces, una contravención de los principios que han de informar el moderno Derecho penal.

En realidad, lo importante es que el proceso de menores goce de las mismas garantías que el previsto para los adultos, reconociendo al menor los mismos derechos que establece la Ley de Enjuiciamiento Criminal; derecho a no prestar declaración; derecho a no confesarse culpable; derecho a ser asistido de Abogado, incluso de oficio; derecho a solicitar la suspensión del fallo; derecho a impugnar resoluciones, etc.

Ahora bien, como reza la Sentencia del Tribunal Constitucional 60/1995, de 17 de marzo⁹⁴⁷, en el Fundamento jurídico 5º, párrafo segundo: “(...) tanto por la naturaleza de las medidas, que no pueden poseer un mero carácter represivo, sino que han de dictarse en el exclusivo interés del menor y estar orientadas hacia su efectiva reinserción, como por la especial protección del menor en el seno del proceso, que puede aconsejar la exclusión de garantías esenciales del proceso penal, como es el caso de la publicidad del juicio oral, no todas las garantías del proceso penal son mecánicamente aplicables a este proceso especial que exige ciertas modulaciones”.

⁹⁴⁷ BOE núm. 98, de 25 de abril de 1995.

En síntesis, podemos afirmar que el respeto a las garantías básicas en el proceso de menores no tiene cabida en nuestro país hasta la promulgación de la LORCPJM; de ahí su importancia.

5.2.2. El interés del menor

De una lectura detenida de los artículos que integran la LORCPJM se desprende que la principal preocupación, o el eje sobre el que debe girar la actuación de los implicados en el proceso, especialmente el Juez y el Fiscal, ha de ser el interés del menor⁹⁴⁸, siendo éste el principio diferenciador que singulariza el proceso de menores respecto del proceso penal ordinario⁹⁴⁹.

Son varios los artículos que hacen referencia a este novedoso principio, así el artículo 2.2 de la LORCPJM, que da nueva redacción al artículo 15 de la LTTM, declara: “el Juez acordará las medidas que estime necesarias tomando en consideración el interés del menor” (art. 15.1 regla 5º). Igualmente, en la nueva redacción del artículo 16, apartado tercero, se señala que “el Juez deberá valorar

⁹⁴⁸ En sentido análogo, cfr. GRACIA MARTIN, L./BOLDOVA PASAMAR, M. A./ALASTUEY DOBON, M. C.: *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 354, y MARTIN OSTOS, J.: “El nuevo proceso de menores. Comentarios a la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio”, cit., p. 1145.

razonadamente, desde la perspectiva exclusiva del interés del menor, el sentido pedagógico y educativo de la reparación propuesta”.

Si bien la LORCPJM ha sido la primera en introducir este principio en nuestro Ordenamiento jurídico; sin embargo no define en que consiste. Lo que si parece claro es que debe abarcar la valoración de “la situación psicológica, educativa y familiar del menor”, así como “su entorno social”, y en general “cualquier otra circunstancia que pueda haber influido en el hecho que se le atribuye” (art. 15.1 regla 4º). De ahí que para su valoración haya que remitirse a otros criterios técnicos ajenos al ámbito de las Ciencias jurídicas, como las Ciencias sociales⁹⁵⁰. A nuestro juicio, se trata, en definitiva, de aplicar de modo flexible aquellas medidas que favorezcan un pleno desarrollo de la personalidad del menor.

También de este principio se deriva la obligación, por parte de las autoridades y funcionarios que intervengan en el proceso, de “instruir al menor de sus derechos” (regla 3º art. 15.1)⁹⁵¹. En este sentido, el Juez deberá informarle en la

⁹⁴⁹ Cfr. PANTOJA GARCIA, F.: “Particularidades en el caso de los menores de edad penal”, cit., pp. 250 y 251.

⁹⁵⁰ *Ibidem*, p. 247.

⁹⁵¹ Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en Auto de 14 de junio de 1999, desestimatorio del Recurso de Amparo núm. 2865/1997, interpuesto contra acuerdo de 3 de junio de 1997 de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección primera), resolviendo el Fundamento jurídico quinto que “ (...) la instrucción de derechos al menor representa una garantía que viene impuesta (...) por el art. 24, interpretado de conformidad con el art. 40.2.b)ii) de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como por el art. 15.1.3º de la LORCPJM, y que se garantiza no sólo a los menores detenidos sino también a aquellos que no han sido objeto de detención”.

comparecencia “en lenguaje claro y sencillo, adecuado a su edad, de los hechos objeto de la diligencia, así como de su derecho a no prestar declaración y a no reconocerse autor de los hechos. También le informará de su derecho a ser asistido por un Abogado” (art. 15.1 reglas 6º y 15º). Asimismo, se reconoce al menor el derecho a ser oído (art. 15.1 regla 6º y 17º).

Otro artículo digno de mención, en la medida que intenta evitar al menor los efectos nocivos del proceso, es la regla 14 del artículo 15.1 que, con buen criterio, concede al Juez la facultad para *acordar, en interés del menor, que las sesiones no sean públicas. En ningún caso se permitirá que los medios de comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor, ni datos que permitan su identificación.* Como consecuencia también de su condición de menor, entre otras valoraciones⁹⁵², la regla 6º del artículo 15.1 establece que *el Juez, a propuesta del Fiscal, podrá dar por concluida la tramitación de todas las actuaciones.*

5.3. Naturaleza jurídica de la Ley

En la medida que el procedimiento ante los Juzgados de Menores reviste un carácter marcadamente sancionador y, a la vez, introduce como principio básico el

interés del menor, no deja de tener sentido la afirmación de que se trata de una Ley de naturaleza mixta, esto es, sancionadora-educativa⁹⁵³.

Sin embargo, y pese a que la Exposición de Motivos de la Ley no se refiere expresamente a un proceso penal, sino a la necesidad de regular un proceso ante los Juzgados de Menores con especialidades por razón de los sujetos, y en el que se disponga de todas las garantías derivadas de nuestro Ordenamiento constitucional, toda vez que la LORCPJM regula medidas restrictivas de derechos y la Disposición Adicional Segunda declara que *en lo no previsto expresamente en esta Ley serán supletorias las normas contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el Código penal*, podemos afirmar que la LORCPJM instaura un modelo penal⁹⁵⁴,

⁹⁵² Estas son: atender a la poca gravedad de los hechos (...), a que no se hubiese empleado violencia o intimidación, o que el menor haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado a la víctima (regla 6º del artículo 15.1).

⁹⁵³ Véase esta aserción en PANTOJA GARCIA, F.: “Particularidades en el caso de los menores de edad penal”, cit., p. 251, donde justifica que nos hallamos ante un proceso educativo, a la vez que sancionador, pues “trata de dar respuesta a los menores que han vulnerado lo establecido en el Código penal, a través de unas resoluciones judiciales que contribuyan al desarrollo de su personalidad”, siendo ésta la justificación del procedimiento y de las medidas a imponer, ya que es el interés del menor el que debe primar en este proceso de carácter mixto. Esta naturaleza sancionadora-educativa también ha sido atribuida por la FISCALIA GENERAL DEL ESTADO: *Memoria elevada al Gobierno de S.M.*, 1997, p. 101. Por otro lado, en opinión de VARGAS CABRERA, B.: “La Ley Orgánica 4/1992 sobre competencia y procedimiento de los Juzgados de Menores: estudio de sus normas sustantivas y procesales”, cit., p. 168, nos hallamos ante una Ley sobre competencia y procedimiento y, por tanto, de naturaleza procesal, en la que se integran prescripciones normativas pertenecientes al derecho penal sustantivo unas, y al propio Ordenamiento jurídico-procesal otras.

⁹⁵⁴ En los mismos términos, cfr. GRACIA MARTIN, L./BOLDOVA PASAMAR, M. A./ALASTUEY DOBON, M. C.: *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 354.

asimilable al proceso penal de adultos⁹⁵⁵, debiendo revestir, por ello, las garantías del proceso penal⁹⁵⁶.

Ahora bien, como veremos a renglón seguido, este nuevo procedimiento presenta especiales características⁹⁵⁷ que lo diferencian del proceso común por delito, llegando a participar de elementos que no se encuentran en este último⁹⁵⁸. En definitiva, aunque todavía con limitaciones, la LORCPJM ofrece un modelo de Justicia basado en la responsabilidad.

5.4. Aspectos sustantivos

5.4.1. Competencia

⁹⁵⁵ Cfr. VARGAS CABRERA, B.: “La Ley Orgánica 4/1992 sobre competencia y procedimiento de los Juzgados de Menores: estudio de sus normas sustantivas y procesales”, cit., p. 168.

⁹⁵⁶ La STC 60/1995, de 17 de marzo, ha destacado la singular importancia de la naturaleza del procedimiento de menores, al efecto de determinar si, de algún modo, se puede equiparar a la del proceso penal, ya que, de no ser así, habría que descartarse la extensión del principio acusatorio al “tradicionalmente denominado procedimiento “reformador” de menores. La cuestión fue resuelta en sentido positivo por nuestra STC 36/1991”.

⁹⁵⁷ En efecto, como reza la STC 55/1995, de 24 de febrero (*BOE* núm. 65, de 17 de marzo de 1994) “(...) la edad, que por su propia sustancia tiene un evidente talante objetivo, resulta aquí potenciada hasta convertirla en factor decisivo de un tratamiento distinto, desigual por supuesto, pero más beneficioso o favorable para el menor, respondiendo así a una finalidad constitucionalmente no sólo legítima sino deseable”.

El artículo 1 de la LORCPJM dio nueva redacción al artículo 9 de la antigua LTTM, estableciendo un tope mínimo de edad, inexistente hasta ese momento, por debajo del cual el menor era declarado exento de responsabilidad criminal. El tenor del nuevo artículo 9.1 rezaba así:

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

De la redacción literal del precepto, que remite a la edad fijada en el Código penal, se desprende una cierta previsión o conocimiento de que se iba a elevar la mayoría de edad penal a dieciocho años. De hecho, aunque el PLOCP de 1992 mantuvo el límite de edad penal en dieciséis años, sin embargo durante su tramitación se generó una unánime voluntad parlamentaria para elevarla a dieciocho⁹⁵⁹. De ahí que se haya afirmado que la LORCPJM dejaba “una puerta abierta para una posible elevación de

⁹⁵⁸ En sentido semejante, cfr. PANTOJA GARCIA, F.: “Particularidades en el caso de los menores de edad penal”, cit., p. 250.

⁹⁵⁹ *Vid. supra* apartado 9 del Cap. II.

la mayoría de edad penal a los dieciocho años”⁹⁶⁰, al “facilitar la posible modificación del Código penal en este punto”⁹⁶¹.

Con la promulgación de la LORCPJM se establece la competencia de los Juzgados de Menores para aquellos infractores de edad comprendida entre doce y dieciséis años⁹⁶². En consecuencia, como crítica irrefrenable, hemos de decir que el artículo 9.1, en lugar de distinguir entre distintos tramos de edad, lo que requiere, como es lógico, un tratamiento diferenciado, engloba dentro de un mismo grupo a sujetos cualitativamente distintos por razón de su diferente edad⁹⁶³. Del mismo modo, con escaso acierto, deja de incluir a los jóvenes infractores de dieciséis a dieciocho años y de dieciocho a veintiuno, para los que hasta la entrada en vigor de la LORRPM no ha existido una legislación específica.

Respecto del límite de doce años, hoy día resulta comúnmente aceptado que por debajo de los trece o catorce años resulta inadecuado someter a un menor a un

⁹⁶⁰ Cfr. MARTIN SANCHEZ, A.: “La minoría de edad penal”, cit., p. 267.

⁹⁶¹ Cfr. MARTIN OSTOS, J.: “El nuevo proceso de menores. Comentarios a la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio”, cit., p. 1145. La misma apreciación en VARGAS CABRERA, B.: “La Ley Orgánica 4/1992 sobre competencia y procedimiento de los Juzgados de Menores: estudio de sus normas sustantivas y procesales”, cit., p. 169.

⁹⁶² Este es el límite establecido por el artículo 8.2 del Código penal de 1973, vigente en el momento de la promulgación de la LORCPJM.

⁹⁶³ Es opinión de MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 609, que compartimos, que la LORCPJM sólo, en parte, nos aproxima a la regulación de otros países, que con mayor

proceso penal⁹⁶⁴; de ahí que el tope mínimo de edad fijado por la LORCPJM no haya sido, precisamente, el acertado. En cuanto a los menores de doce años que cometen un hecho delictivo, éstos no sólo son inimputables, sino que, además, son objeto, como no podía ser de otro modo, de protección administrativa. En este sentido, el párrafo segundo del artículo 9.1 dispone:

Cuando el autor de los citados hechos sea menor de doce años será puesto, en su caso⁹⁶⁵, a disposición de las Instituciones administrativas de protección de menores.

acuerdo prevén una fase intermedia entre la minoría de edad penal y la mayoría plena, fase durante la cual es susceptible de aplicación un Derecho penal juvenil.

⁹⁶⁴ A esta afirmación han añadido De La CUESTA ARZAMENDI, J. L./GIMENEZ-SALINAS i COLOMER, E.: “Situación actual y perspectivas de futuro del tratamiento de los infractores juveniles en España”, documento mecanografiado, p. 14, que “el someter a un niño menor de trece o catorce años a un proceso penal no sólo resulta inadecuado, sino también un absurdo”. Por el contrario, se ha mostrado partidario de este límite, como edad mínima para la atribución del conocimiento de un hecho a la jurisdicción de menores, MARTIN OSTOS, J.: “El nuevo proceso de menores. Comentarios a la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio”, cit., p. 1145, sin embargo no le merece la misma consideración el mantenimiento de la mayoría penal en el límite señalado.

⁹⁶⁵ Respecto de la expresión “en su caso”, ha precisado VARGAS CABRERA, B.: “La Ley Orgánica 4/1992 sobre competencia y procedimiento de los Juzgados de Menores: estudio de sus normas sustantivas y procesales”, cit., p. 171, que la puesta a disposición de las autoridades administrativas competentes, sólo, se producirá cuando estemos ante hipótesis ubicadas en el concepto de desamparo del artículo 172 del Código Civil. En los demás casos la conductiva delictiva del menor, tan sólo, puede tener como respuesta el ejercicio de las facultades de la patria potestad y tutela. En concreto, recabar el auxilio de la autoridad y corregir razonable y moderadamente a los hijos (art. 154 CC), complementadas con el artículo 11 del Decreto de 1948, no derogado por la LORCPJM. Al término “en su caso” también se ha referido PANTOJA GARCIA, F.: “Particularidades en el caso de los menores de edad penal”, cit., p. 253, matizando que es una decisión técnico asistencial y que, por consiguiente, deberá ser el Ministerio Fiscal la autoridad que lo acuerde con el concurso de los técnicos, el equipo de apoyo o los técnicos de la propia institución administrativa. Por nuestra parte, tan sólo, insistimos en que para dar contenido al

Así, pues, podemos afirmar que la LORCPJM al dejar a los Juzgados de Menores al margen de los supuestos de protección, y atribuir dicha facultad a las Instituciones administrativas de protección de menores, puso fin al hibridismo y confusión de la LTTM, en cuya redacción se mezclaban las funciones de protección y reforma⁹⁶⁶. De ahí que se haya manifestado que la LORCPJM “nace para dar respuesta, no a la situación de riesgo o desamparo en la que se encuentran algunos menores de edad, que son objeto de protección de las Leyes de protección (estatal y autonómicas)⁹⁶⁷, sino a los supuestos de menores infractores”⁹⁶⁸.

De conformidad con el apartado 2º del artículo 9, también eran los Juzgados de Menores competentes para conocer:

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

párrafo segundo del artículo 9.1 hay que acudir a las normas de Derecho Civil, con observancia del artículo 39 de la Constitución.

⁹⁶⁶ No obstante, conviene precisar que la primera Ley que separó las facultades de protección y de reforma fue la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, sobre acogimiento, tutela y adopción. Cfr. GRACIA MARTIN, L./BOLDOVA PASAMAR, M. A./ALASTUEY DOBON, M. C.: *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 353, y MARTIN SANCHEZ, A.: “La minoría de edad penal”, cit., p. 267.

⁹⁶⁷ Así, pues las materias relativas a la adopción de menores, acogimiento y desamparo son exclusivamente competencia del Estado.

⁹⁶⁸ Cfr. CRUZ BLANCA, M. J.: *El menor como sujeto activo del delito*, cit., p. 465.

En consecuencia, la LORCPJM creaba un régimen jurídico de naturaleza dual, toda vez que el Juez de Instrucción era el competente para conocer de las faltas cometidas por mayores de dieciséis años, a excepción de las recogidas en el artículo 584 del Código penal⁹⁶⁹, que eran competencia del Juez de Menores. A nuestro juicio, no existe razón alguna que justifique por qué debían ser los Jueces de Menores los encargados de enjuiciar dichas faltas, cuando, además, de conformidad con lo dispuesto en la LOPJ, en estos supuestos son las Audiencias Provinciales las competentes para conocer los recursos.

5.4.2. Medidas aplicables

Las medidas recogidas en el artículo 17, a las que forzosamente se ha de sujetar el Juez de Menores, se deben aplicar a través de un proceso rodeado de las mismas garantías que el proceso penal de adultos, a cuya estructura se asimilan⁹⁷⁰.

Según los destinatarios sean mayores o menores de dieciséis años, la LORCPJM distingue entre penas y medidas de seguridad, respectivamente. Así, de una parte,

⁹⁶⁹ En este sentido, resulta obligado precisar que las faltas del artículo 584 del Código penal de 1973, vigente en el momento de la promulgación de la LORCPJM, han sido sustituidas, tras la entrada en vigor del Código de 1995, por las de los artículos 618 y 622.

según establece el párrafo segundo del artículo 17, *en el ejercicio de la facultad de enjuiciar las faltas a que se refiere el apartado 2º del artículo 9 se aplicarán las penas señaladas en el Código penal*, esto es, las del artículo 584⁹⁷¹. Y de otra, si el sujeto es menor de dieciséis años el Juez de Menores, sólo, podrá acordar las medidas recogidas en el artículo 17⁹⁷²:

1º. Amonestación o internamiento por tiempo de uno a tres fines de semana.

2º. Libertad vigilada.

3º. Acogimiento por otra persona o núcleo familiar.

4º. Privación del derecho a conducir ciclomotores o vehículos de motor.

5º. Prestación de servicios en beneficio de la comunidad.

⁹⁷⁰ Cfr., en el mismo sentido, VARGAS CABRERA, B.: “La Ley Orgánica 4/1992 sobre competencia y procedimiento de los Juzgados de Menores: estudio de sus normas sustantivas y procesales”, cit., p. 171.

⁹⁷¹ El procedimiento correspondiente en estos supuestos es el juicio de faltas, regulado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Recordamos, una vez más, que tras la entrada en vigor del Código penal de 1995 se ha de atender a las faltas de los artículos 618 y 622, que son las que guardan cierta relación con las del 584 del derogado Código de 1973.

⁹⁷² Al respecto, ha matizado VARGAS CABRERA, B.: “La Ley Orgánica 4/1992 sobre competencia y procedimiento de los Juzgados de Menores: estudio de sus normas sustantivas y procesales”, cit., p. 192, que las medidas del artículo 17 pueden imponerse de modo acumulativo, atendiendo a la redacción literal del precepto, al principio de flexibilidad, y a las necesidades del menor .

6°. Tratamiento ambulatorio o ingreso en centro de carácter terapéutico

7°. Ingreso en un centro en régimen abierto, semiabierto o cerrado.

Como puede fácilmente observarse, la Ley es parca en la enumeración de las medidas a imponer a los menores infractores, no llegando siquiera a describir su contenido, ni a establecer reglas para su aplicación. Esta omisión permitía la posibilidad de imponer a un menor por la comisión de una falta la medida más grave, esto es, internamiento en centro cerrado hasta un máximo de duración de dos años, mientras que, paradójicamente, si cometía un delito se le podía aplicar una simple medida de amonestación⁹⁷³. Este desmedido arbitrio, aplicable tanto al Juez como al Fiscal, exigía ser acotado y encauzado, como ha advertido TAPIA PARREÑO⁹⁷⁴, con sujeción a la “prudencia, racionalidad y proporcionalidad”.

Respecto de las medidas previstas en el primer apartado, a nuestro juicio, deberían haberse regulado separadamente, dado que tienen distinta naturaleza y el

⁹⁷³ El único límite o criterio para la aplicación de las medidas parece desprenderse de la regla 5º del artículo 15.1, que declara: “el Juez acordará las medidas que estime necesarias tomando en consideración el interés del menor”.

⁹⁷⁴ Cfr. TAPIA PARREÑO, J. J.: “El Derecho al juez imparcial, en su aspecto objetivo, en la Ley Orgánica reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores. Su posible inconstitucionalidad y la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de marzo de 1995”, cit., p. 1112.

internamiento, aunque es de corta duración, es una medida más grave que la amonestación⁹⁷⁵.

La libertad vigilada, regulada en el apartado 2º, que ha sido considerada por algún sector doctrinal la medida “reina” en el Derecho penal de menores⁹⁷⁶, consiste en arbitrar un sistema de control en el que, bajo la supervisión de un delegado, se deja al menor en poder de los responsables de su guarda⁹⁷⁷.

En cuanto al acogimiento, como ha advertido MARTÍN OSTOS, parece ser una figura más propia de protección que de reforma⁹⁷⁸, cuyo objetivo es situar al menor en un ámbito familiar más favorable para la modificación de sus comportamientos asociales⁹⁷⁹.

Desde luego, no puede dejar de ser objeto de crítica, por nuestra parte, el apartado 4º del artículo 17, en lo relativo a los vehículos de motor, pues si el carnet de

⁹⁷⁵ Una crítica interesante a la medida de amonestación en DOLZ LAGO, M. J.: “Algunos aspectos de la legislación penal de menores”, en *La Ley*, 14 de mayo de 1998, núm. 4540, pp. 1 y 2.

⁹⁷⁶ Cfr. GRACIA MARTIN, L./BOLDOVA PASAMAR, M. A./ALASTUEY DOBON, M. C.: *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 362.

⁹⁷⁷ *Ibidem*, p. 362.

⁹⁷⁸ Cfr. MARTIN OSTOS, J.: “El nuevo proceso de menores. Comentarios a la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio”, cit., p. 1152.

⁹⁷⁹ Cfr. VARGAS CABRERA, B.: “La Ley Orgánica 4/1992 sobre competencia y procedimiento de los Juzgados de Menores: estudio de sus normas sustantivas y procesales”, cit., p. 189.

conducir no se puede obtener hasta los dieciocho años, la privación de este derecho a los menores de dieciséis no tiene razón de ser.

Por lo que respecta a los trabajos en beneficio de la comunidad⁹⁸⁰, parece ser que el legislador se olvidó de exigir el consentimiento del menor como requisito para imponer esta medida, dejando, pues, de cumplir con lo establecido en el artículo 25.2 de la Constitución, que prohíbe que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad consistan en trabajos forzados. En este sentido, el artículo 49 del vigente Código penal de 1995 establece que los trabajos en beneficio de la comunidad no pueden imponerse sin consentimiento del penado.

Siguiendo con la enumeración de las medidas, el apartado sexto va dirigido a menores que padezcan anomalías o alteraciones psíquicas del comportamiento, estados de adicción a estupefacientes, bebidas alcohólicas u otras sustancias o drogas tóxicas. El tratamiento ambulatorio es una medida nueva en materia de menores infractores, y tiene por finalidad evitar que el ingreso pueda resultar contraproducente en aquellos casos en los que existe una menor necesidad de tratamiento⁹⁸¹.

⁹⁸⁰ Respecto a los problemas que puede plantear la aplicación de esta medida, se han advertido los siguientes: “¿dónde están los servicios sociales municipales, los programas concretos con el personal auxiliar?”. Cfr. De La CUESTA ARZAMENDI, J. L./GIMENEZ-SALINAS i COLOMER, E.: “Situación actual y perspectivas de futuro del tratamiento de los infractores juveniles en España”, cit., p. 12.

Finalmente, el último apartado recoge los ingresos en centros de régimen abierto, semiabierto o cerrado. Aunque la Ley no menciona nada al respecto, ni que decir tiene que el internamiento en régimen cerrado es la medida más dura y, por consiguiente, su aplicación debe limitarse y reservarse a los hechos delictivos de mayor gravedad, para lo que también se valorará la personalidad y circunstancias del menor.

Respecto de la revisión de la medida impuesta, el artículo 23 prescribe:

Las medidas adoptadas en las Resoluciones de los Jueces de Menores, excepto las del número 1 del artículo 17, pueden ser reducidas y aún dejadas sin ulteriores efectos por el Juez que las haya dictado, a instancia del representante legal del menor o del Ministerio Fiscal, a la vista de los informes que se emiten sobre su cumplimiento y el desarrollo del menor.

Así, pese a que el citado precepto regula la posibilidad de reducir la duración de la medida o dejarla sin efecto, siempre que sea aconsejable a la vista de los informes emitidos; sin embargo el legislador se ha olvidado de la posibilidad de sustituir la medida impuesta por otra.

⁹⁸¹ Cfr. GRACIA MARTIN, L./BOLDOVA PASAMAR, M. A./ALASTUEY DOBON, M. C.: *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 363.

El artículo 17 de la LORCPJM hay que ponerlo en relación con el artículo 16.1 de la misma Ley, que establece:

“El acuerdo del Juez de Menores que se designará “Resolución” (...) valorará las circunstancias y gravedad de los hechos, así como la personalidad, situación, necesidades del menor y su entorno familiar y social. Si impusiere alguna de las medidas a que se refiere el artículo 17 expresará su duración, que no excederá de dos años, salvo lo previsto en su número 1º.

Por consiguiente, las medidas no sólo se van a aplicar en base a los hechos, sino también a la personalidad y circunstancias del menor, lo que pone de manifiesto la singularidad de este proceso, llegando a constituir, en palabras de PANTOJA GARCÍA, “una novedosa aportación del legislador español al sistema procesal penal”⁹⁸². Así, la valoración de la gravedad del injusto típico y la personalidad del menor son exponentes, como ha destacado VARGAS CABRERA, “del fundamento de responsabilidad en el que se asientan las medidas de reforma”⁹⁸³.

⁹⁸² Cfr. PANTOJA GARCIA, F.: “Particularidades en el caso de los menores de edad penal”, cit., p. 245.

⁹⁸³ Cfr. VARGAS CABRERA, B.: “La Ley Orgánica 4/1992 sobre competencia y procedimiento de los Juzgados de Menores: estudio de sus normas sustantivas y procesales”, cit., p. 191.

Por otro lado, el artículo 16.1, en cuanto obliga a expresar la duración de las medidas, señalando dos años como límite máximo de duración de las mismas, es respetuoso con el régimen de garantías que para las medidas de seguridad prevé el Código penal.

5.5. Aspectos procesales. El Procedimiento

La LORCPJM configura un procedimiento manifiestamente acusatorio⁹⁸⁴, recogiendo el artículo 15.1 las reglas que se deben cumplir en la tramitación de los expedientes⁹⁸⁵ relativos a los hechos cometidos por mayores de doce años y menores de dieciséis tipificados como delitos o faltas en las Leyes penales. En realidad, regula un sólo proceso para cualquier hecho delictivo con independencia de su gravedad.

5.5.1. La fase de investigación

⁹⁸⁴ Así lo ha reconocido también la STC 60/1995, de 17 de marzo.

⁹⁸⁵ Como manifiesta VARGAS CABRERA, la palabra “expediente”, que abarca todas las fases procesales, indica la intención del legislador de singularizar este procedimiento, pese a su proximidad a los cauces procesales penales. *Ibidem*, p. 172.

En cuanto a la función a desempeñar por el Ministerio Fiscal⁹⁸⁶, la LORCPJM introduce una importante reforma otorgándole un destacado protagonismo. Al respecto, el artículo 15.1 regla 2º, extraordinariamente significativo, preceptúa:

Corresponde al Ministerio Fiscal la defensa de los derechos, la observancia de sus garantías, el cuidado de la integridad física y moral del menor, por lo que dirigirá la investigación de los hechos, ordenando que la Policía Judicial practique las actuaciones que estime pertinentes para su comprobación y la de la participación del menor en los mismos, impulsar el procedimiento, así como solicitar del Juzgado de Menores la práctica de las diligencias que no pueda efectuar por sí mismo⁹⁸⁷. En este procedimiento no cabrá el ejercicio de acciones por particulares.

Esta importante novedad en la sustanciación del procedimiento de menores, que contrasta vivamente con la anterior regulación de la LTTM e incluso con la actual de la jurisdicción penal ordinaria, donde la instrucción corresponde al Juez⁹⁸⁸,

⁹⁸⁶ Cfr., en general, GONZALEZ SOLER, O. E.: “El Ministerio Fiscal en los procesos que afectan a la infancia”, en *la protección del menor en el Código penal*, en CDJ, núm. XII, CGPJ, 1998, pp. 213-270; DOLZ LAGO, M. J.: El Fiscal y la reforma de menores: balance de experiencias tras la Ley Orgánica 4/1992”, en *La Ley*, 1996-1, pp. 1593-1604; DIAZ MARTIN, R.: “Tratamiento procesal de la delincuencia de menores”, en *La Ley*, núm. 4908, 19 de octubre 1999, pp. 4 y 5.

⁹⁸⁷ Como ha precisado POZO VILLEGAS, J. L.: *Guía básica de los procedimientos penales*, Madrid, 1996, p. 186, el precepto se refiere a medidas limitativas de derechos o medidas cautelares.

⁹⁸⁸ De ahí que se haya afirmado que “se ha dado un paso trascendental en el establecimiento de las bases de lo que puede constituir el diseño del futuro modelo procesal a seguir”. Cfr. MARTIN OSTOS, J.: “El nuevo proceso de menores. Comentarios a la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio”,

merece nuestra aprobación⁹⁸⁹, ya que al ser el Ministerio Fiscal el competente para la investigación e iniciativa procesal se consigue preservar la imparcialidad del Juzgador, al que corresponden las facultades de enjuiciamiento y resolución⁹⁹⁰.

Ahora bien, no podemos dejar de plantearnos las dificultades prácticas que conlleva este artículo, toda vez que el Fiscal asume diferentes posiciones procesales: por un lado, adopta el ejercicio de la acción punitiva frente al menor infractor; y, por otro, se erige en defensor del mismo. Como señala la Fiscalía General del Estado, para ejercer estas competencias el Ministerio Público debe contar “con un amplio

cit., p. 1146. En términos parecidos, ha destacado PANTOJA GARCIA, F.: “Particularidades en el caso de los menores de edad penal”, cit., p. 255, que esta reforma puede servir para ensayar “nuevos modelos, a fin de configurar otro proceso en el que el Fiscal juegue un papel instructor más relevante que el que actualmente le reserva la Ley de Enjuiciamiento”.

⁹⁸⁹ En sentido divergente, para RIOS MARTIN, J. C.: *El menor infractor ante la Ley penal*, cit., p. 237, es una grave irregularidad otorgar al Ministerio Fiscal funciones jurisdiccionales, “al originar una disfunción de la Ley. Mientras el Juez es el que decreta el internamiento, el expediente se va tramitando a sus espaldas, y hasta el momento de la comparecencia, o de la elevación del expediente al juzgado, desconoce la marcha de las diligencias. Por tanto, el Juez desconoce con la exactitud y cercanía imprescindible la necesidad de mantener o no el internamiento”. En la misma línea crítica, para PANTOJA GARCIA, F.: “Particularidades en el caso de los menores de edad penal”, cit., p. 255, tal y como resulta configurada la posición del Ministerio Fiscal, “se le otorga un difícil papel, casi esquizofrénico”, lo que origina una compleja relación de situaciones procesales.

⁹⁹⁰ Como ya hemos destacado, al Ministerio Fiscal le corresponde la investigación de los hechos; sin embargo no puede realizar determinadas diligencias (art. 15.1 regla 2º), como la adopción de medidas cautelares (art. 5 del Estatuto del Ministerio Fiscal). Así, la adopción por el Juez de Menores de una medida de protección o de internamiento en centro cerrado, o la colaboración con el Fiscal en la práctica de diligencias de investigación no ejecutables por este último ha llevado a TAPIA PARREÑO J. J.: “El Derecho al juez imparcial, en su aspecto objetivo, en la Ley Orgánica reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores. Su posible inconstitucionalidad y la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de marzo de 1995”, cit., pp. 1110 y ss., a afirmar que “los perjuicios y prevenciones que el Juzgador tiene le imposibilitan ser imparcial, de forma objetiva, en el momento de la audiencia”. A nuestro juicio, no se puede afirmar categóricamente que toda intervención del Juez de Menores antes de la vista tiene carácter instructor, y, por ello, vulnera el derecho al Juez imparcial consagrado en el artículo 24 de nuestra Constitución. Para poder sostener semejante aseveración sería necesario analizar, caso por caso, las

principio de oportunidad, reglado y también orientado por los Equipos Técnicos en interés del menor y acorde con el reproche social de la conducta infractora”⁹⁹¹.

La atribución al Fiscal de funciones tuitivas sobre el menor, diferenciadas del mero velar por el respeto de las garantías procesales del imputado, esto es, “(...) la defensa de los derechos (...), el cuidado de la integridad física y moral del menor”, ha permitido afirmar, una vez más, que “estamos ante un procedimiento personalizado en el que el principal protagonista es el menor”⁹⁹².

Por otra parte, la regla 2º del citado artículo 15.1, en cuanto otorga en exclusiva al Ministerio Fiscal el ejercicio de la acción penal, excluye todo tipo de acusación, ya sea popular, particular, o privada⁹⁹³.

diligencias practicadas por el Juez de Menores para determinar si, efectivamente, se ha producido una vulneración de dicho derecho.

⁹⁹¹ Cfr. FISCALIA GENERAL DEL ESTADO: *Memoria elevada al Gobierno de S.M.*, 1997, p. 104.

⁹⁹² Cfr. VARGAS CABRERA, B.: “La Ley Orgánica 4/1992 sobre competencia y procedimiento de los Juzgados de Menores: estudio de sus normas sustantivas y procesales”, cit., p. 173.

⁹⁹³ Discrepa de la exclusión de los acusadores, particular o privado, MARTIN OSTOS, J.: “El nuevo proceso de menores. Comentarios a la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio”, cit., p. 1146, sobre la base de que los argumentos en pro del mantenimiento de éstos en el proceso penal de mayores son igualmente válidos para la jurisdicción de menores. También se cuestiona qué sucedería en aquellos supuestos por delitos que requieren previa denuncia, y en los perseguibles sólo a instancia de parte. En su opinión, para este tipo de delitos debe mediar denuncia. Por nuestra parte, toda vez que la Ley no distingue expresamente entre delitos o faltas perseguibles de oficio o a instancia de parte, entendemos que el Ministerio Fiscal debe actuar de oficio, sin exigir denuncia previa.

El proceso ante los Juzgados de Menores se inicia con la incoación del expediente por el Ministerio Fiscal, que lo acordará, en su caso⁹⁹⁴, tras la comunicación de los que por razón de su cargo tuvieren noticias de algún hecho que pudiera estar comprendido en el número 1º del artículo 9, o cuando tenga noticia del hecho por denuncia o publicidad del mismo⁹⁹⁵. De ello dará cuenta al Juez de Menores (art. 15.1 regla 1º).

Desde el momento en que pueda resultar la imputación al menor de un hecho incluido en el número 1 del artículo 9, el Fiscal requerirá al Equipo Técnico que elabore un informe⁹⁹⁶, para lo que dispondrá de diez días, prorrogables hasta un mes, en supuestos de gran complejidad, a cerca de la situación psicológica, educativa y

⁹⁹⁴ Según se desprende del texto de la Ley, el Ministerio Fiscal no siempre estará obligado a incoar el expediente ante una denuncia, pues, de otro modo, no se entendería el inciso “en su caso”.

⁹⁹⁵ Al respecto, ha señalado la FISCALIA GENERAL DEL ESTADO: “Líneas generales de actuación del Ministerio Fiscal en el procedimiento de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio. Instrucción núm. 1/93, de 16 de marzo”, cit., p. 419, que los hechos no graves son hábiles para la iniciación de expedientes, al no contar con textos explícitos en la nueva Ley capaces de conducir a una interpretación restrictiva que condicione la apertura de expedientes a la realización de hechos especialmente graves. Esta interpretación de la FISCALIA GENERAL DEL ESTADO, a favor de la apertura de expedientes por supuestos no especialmente graves, evidencia una absoluta falta de previsión de los perjuicios que puede ocasionar a los menores una desmedida intervención de la Administración de Justicia. De hecho, tras la experiencia acumulada desde la entrada en vigor de la LORCPJM, la FISCALIA GENERAL DEL ESTADO se ha retractado, admitiendo la desproporción que supone que la Administración de Justicia trate asuntos de bagatela cometidos por niños de doce o trece años, desatendiendo a los perjuicios que se les ocasiona al someterles a un tratamiento jurisdiccional. Incluso ha precisado, que el cincuenta por ciento de este tipo de asuntos son archivados de plano por el Fiscal, por entender que el tratamiento más eficaz se halla en el ámbito educativo (colegio) y familiar. Cfr. este último razonamiento en FISCALIA GENERAL DEL ESTADO: *Memoria elevada al Gobierno de S.M.*, 1997, p. 103.

⁹⁹⁶ En cuanto a la naturaleza jurídica de este informe, como apunta PANTOJA GARCIA, F.: “Particularidades en el caso de los menores de edad penal”, cit., p. 259, no se trata de un informe pericial, puesto que no puede considerarse un medio de prueba que pueda acordarse de oficio o a instancia de parte, sino que es un requisito legal e ineludible del procedimiento.

familiar del menor, así como sobre su entorno social y, en general, sobre cualquier otra circunstancia que pueda haber influido en el hecho que se le imputa⁹⁹⁷ (art. 15.1 regla 4º). Conviene insistir, al respecto, en la importancia de que el Equipo Técnico⁹⁹⁸ elabore un correcto y profundo informe de la personalidad del menor infractor, no sólo en la medida que sirve para averiguar las causas o motivos que le llevaron a cometer el hecho que se le imputa, sino también porque ha de servir para elegir del elenco de medidas recogidas en el artículo 17 aquella que resulte más conveniente para su proceso educativo y formativo; de ahí que constituya una pieza clave en el proceso.

De otra parte, el informe del Equipo Técnico da noticia de la especialidad de este proceso, por lo que se ha afirmado que es “un procedimiento personalizado, a diferencia del regulado en los preceptos jurídicos procesales ordinarios”⁹⁹⁹.

⁹⁹⁷ Sobre este extremo, RIOS MARTIN, J. C.: *El menor infractor ante la Ley penal*, cit., p. 236, se muestra escéptico de los informes realizados por estos equipos de apoyo, por entender que los que mejor pueden conocer la realidad de los niños son los que viven con ellos y los servicios generales de los barrios. En su opinión, transcribir en diez días la biografía de un niño, sus aspectos sociales, educativos y familiares resulta muy difícil y, en todo caso, parcial.

⁹⁹⁸ Un estudio sobre la historia de los Equipos Técnicos, su definición, composición y funciones puede verse en GARCIA IDEAS, R.: “Los equipos técnicos de menores en la Administración de Justicia”, en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, t. VIII, enero 1996, cuaderno 1, pp. 63-72

⁹⁹⁹ Cfr. VARGAS CABRERA, B.: “La Ley Orgánica 4/1992 sobre competencia y procedimiento de los Juzgados de Menores: estudio de sus normas sustantivas y procesales”, cit., p. 173. También la FISCALIA GENERAL DEL ESTADO: *Memoria elevada al Gobierno de S.M.*, 1997, p. 105, ha advertido esta diferencia respecto de otra Ley de naturaleza estrictamente penal.

A petición del Fiscal y valorando, en todo caso, el interés del menor, el Juez podrá acordar las medidas cautelares que estime necesarias para la protección y custodia del menor¹⁰⁰⁰. También podrá acordar, a solicitud del Fiscal, el internamiento del menor en un centro cerrado¹⁰⁰¹ “a la vista de la gravedad de los hechos, su

¹⁰⁰⁰ Respecto de la adopción de medidas cautelares en el proceso de menores cfr., por todos, TAPIA PARREÑO, J. J.: “Medidas de protección del menor en la fase de instrucción y de ejecución del proceso penal”, en *la protección del menor en el Código penal*, cit., pp. 103-152; TIRADO ESTRADA, J.: “Violencia en el hogar y medidas cautelares en el proceso penal”, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1820, pp. 5-13; y SANTOLARIA FERNANDEZ, J.: “Las medidas cautelares personales en la LO 4/1992, 5 de junio”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. 48, 1997, pp. 465-479.

¹⁰⁰¹ Sobre este extremo, resulta de interés comentar la STC 233/1993, de 12 de julio (*BOE* núm. 192, de 12 agosto de 1993), que examinó la constitucionalidad del internamiento provisional del menor recurrente en amparo, resolviendo en su Fundamento jurídico tercero: “El Texto refundido que regía tal sector en el momento de dictarse el Auto ahora en tela de juicio, contemplaba la posibilidad de utilizar la prisión o internamiento del menor con carácter cautelar, pero también con una función correctiva, en el procedimiento específico así denominado al tiempo que reformador (art. 17.a). Esta medida ha sido mantenida por LO 4/92, de 5-6 (art. 17.7º), que le ha dotado del rango exigible a las normas dictadas para el desarrollo de derechos fundamentales (art. 81 CE) aún cuando no lo sea de aquellas vigentes antes de la Constitución, si se acomodaban al sistema de producción normativa vigente en su época. La llamada “prisión preventiva” está contemplada en las Reglas mínimas de Beijing, si bien como “último recurso y durante el plazo más breve posible” y siempre que no fuere viable adoptar otras medidas sustitutorias (arts. 13.1 y 2) para evitar “influencias corruptoras” en la expresión del “comentario” adicional. Por su parte, también la Convención de los Derechos del Niño permite el internamiento en instituciones (art. 40.4). Las Leyes españolas y los acuerdos internacionales que han de servir para su interpretación o mejor comprensión contemplan, pues, la posibilidad de la privación de la libertad personal de los menores a quienes se impute la comisión de hechos tipificados como delitos en los respectivos Códigos penales. Estos son los casos y la forma no puede ser otra que una resolución judicial adoptada en el procedimiento *ad hoc*. Ahora bien, tanto las Reglas antedichas, (17.1.a), como la Convención sobre los Derechos del Niño, más atrás citada (art. 40.4), exigen que la prisión preventiva guarde la necesaria proporcionalidad con las circunstancias personales del menor y con la infracción que se le imputa, sin olvidar las necesidades de la sociedad o interés general, elementos a tener en cuenta igualmente según el Texto refundido (art. 16). Aquí está el *quid* de la cuestión, pues en esa ponderación de circunstancias, así como en la individualización del internamiento, que ha de hacerse a la medida del destinatario, va de suyo también la finalidad objetiva (...). Lo dicho hasta aquí pone de manifiesto que la privación de libertad en el caso que nos ocupa se produjo con respecto a la legislación sobre la materia y a las normas supranacionales, sin menoscabo alguno del derecho fundamental invocado. En efecto, la limitación que implicaba fue obra de una decisión judicial adoptada en atención a las circunstancias concurrentes en íntima relación con la función tuitiva y reformadora atribuida por el Ordenamiento jurídico a los Jueces de Menores”.

repercusión y las circunstancias personales y sociales del menor”, en cuyo caso se le designará Abogado. Esta medida sólo durará el tiempo imprescindible y deberá ser modificada o ratificada transcurrido un mes como máximo (art. 15.1 regla 5º)¹⁰⁰². En este sentido, llama clamorosamente la atención que en la adopción de una medida tan grave como es el internamiento en un centro cerrado la Ley no contemple la audiencia al menor, a su representante legal, al representante o miembro del Equipo Técnico¹⁰⁰³ y, fundamentalmente, a su Abogado¹⁰⁰⁴.

Emitido el informe del Equipo Técnico el Fiscal lo remitirá al Juez de Menores, quien, a propuesta del Fiscal, podrá dar por concluido la tramitación del expediente¹⁰⁰⁵, “atendiendo a la poca gravedad de los hechos, a las condiciones o

¹⁰⁰² Para el internamiento en centro cerrado y para la adopción de las medidas cautelares, en general, ha señalado VARGAS CABRERA que la regla 5º del artículo 15.1 configura la petición del Fiscal como condición *sine qua non*, reforzándose así el principio acusatorio y las garantías del menor infractor. No obstante, dicha petición no es vinculante para el Juez, que, sólo, lo acordará si lo estima necesario, resolviéndose las discrepancias a través del sistema de recursos. *Ibidem*, p. 178.

¹⁰⁰³ Tampoco ha pasado inadvertida para TAPIA PARREÑO, J. J.: “El Derecho al juez imparcial, en su aspecto objetivo, en la Ley Orgánica reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores. Su posible inconstitucionalidad y la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de marzo de 1995”, cit., p. 1114, la necesidad de que el Equipo Técnico elabore un informe para adoptar una medida de protección o de internamiento.

¹⁰⁰⁴ Obsérvese que la designación de Abogado no se produce hasta el momento en que el Juez adopta la medida cautelar de internamiento en centro cerrado (art. 15.1 regla 5º). A nuestro juicio, esto constituye un lamentable error, pues si lo que de verdad pretende la Ley es salvaguardar el interés del menor, éste debería estar asistido de Abogado desde el mismo momento en que tenga lugar la incoación del expediente.

¹⁰⁰⁵ Sobre el particular, ha destacado la FISCALIA GENERAL DEL ESTADO: “Líneas generales de actuación del Ministerio Fiscal en el procedimiento de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio. Instrucción núm. 1/93, de 16 de marzo”, cit., p. 436, “el archivo siempre se acordará a propuesta del Ministerio Fiscal, de modo que sin ella el Juez no puede archivar; ¿pero puede el Juez apartarse de la solicitud de archivo y decidir que continúe el expediente? La expresión “podrá dar por concluido la tramitación” carece de valor imperativo por lo que la discrepancia es posible, y que, de modo

circunstancias del menor, a que no se hubiese empleado violencia o intimidación, o que el menor haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado a la víctima” (art. 15.1 regla 6º)¹⁰⁰⁶.

La citada regla 6º del artículo 15.1 constituye un claro ejemplo del principio de intervención mínima, que, como es sabido, debe regir y limitar el poder punitivo del Estado. Así, el legislador ha considerado, acertadamente, que no es necesario ni útil dar una respuesta al menor infractor cuando el hecho que se le imputa es de escasa entidad, o cuando el menor ha reparado o se compromete a reparar el daño causado a la víctima. Esta última y novedosa circunstancia, introducida por primera vez en nuestro Ordenamiento jurídico por la LORCPJM, es merecedora de elogio, en la medida que se trata de una actuación extrajudicial de importante contenido educativo¹⁰⁰⁷; de ahí que haya alcanzado una gran aceptación social: el menor reconoce que ha causado un daño, realizando posteriormente la reparación a la

análogo a lo prevenido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, deberá resolverse consultando al superior jerárquico del Fiscal”.

¹⁰⁰⁶ Al respecto, precisa RIOS MARTIN, J. C.: *El menor infractor ante la Ley penal*, cit., p. 237, que dado que la Ley utiliza la conjunción “o”, parece lógico que pueda solicitarse el archivo de las actuaciones con la concurrencia de una sólo de las circunstancias expresadas. En sentido discrepante, para VARGAS CABRERA, B.: “La Ley Orgánica 4/1992 sobre competencia y procedimiento de los Juzgados de Menores: estudio de sus normas sustantivas y procesales”, cit., p. 180, estos requisitos deben darse acumulativamente, atendiendo el Juez a la existencia conjunta de todos ellos. En nuestra opinión, para que el Juez pueda dar por concluida la tramitación de las actuaciones debe concurrir, al menos, una de las dos circunstancias siguientes: poca gravedad de los hechos, condiciones o circunstancias del menor, y que no se hubiese empleado violencia o intimidación; o bien, que el menor haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado a la víctima.

víctima bajo el control del educador¹⁰⁰⁸. Además, la citada regla 6 del artículo 15.1 da cumplimiento a la Exposición de Motivos de la Ley, donde señala que se otorgan amplias facultades al Juez “en orden a acordar la terminación del proceso con el objetivo de evitar, dentro de lo posible, los efectos aflictivos que el mismo puede llegar a producir”¹⁰⁰⁹.

5.5.2. La fase de comparecencia

Si no concurren las circunstancias expresadas en la regla 6 del artículo 15.1, o si, aún en el caso de darse, el Juez de Menores decide no dar por concluida la tramitación de la actuaciones señalará fecha y hora para una comparecencia en la que serán convocados el Fiscal, el Equipo Técnico, el menor, que podrá asistir acompañado de Abogado, el representante legal, y aquellas personas que el Juez estime oportuno, a la vista del informe del Equipo Técnico¹⁰¹⁰.

¹⁰⁰⁷ Partiendo del principio de intervención mínima del Derecho penal, la desjudicialización tiene por finalidad dejar al menor al margen de la Justicia penal, evitando, de este modo, los efectos estigmatizantes del proceso.

¹⁰⁰⁸ En opinión de PANTOJA GARCIA, F.: “Particularidades en el caso de los menores de edad penal”, cit., p. 266 este supuesto representa: a) un reconocimiento previo de que se ha causado un daño (una confesión); b) una obligación de hacer, asumida por una persona que carece de capacidad civil de obligarse; c) la realización de una actividad sujeta a muchas contingencias; d) su práctica con criterios educativos en interés del menor.

¹⁰⁰⁹ No obstante, no hay que olvidar que estamos ante una norma discrecional, toda vez que el tenor de la regla 6 del artículo 15.1 establece “el Juez a propuesta del Fiscal podrá (...)”.

En la comparecencia el Juez deberá informar al menor en lenguaje claro y sencillo, adecuado a su edad, de los hechos objeto de la diligencia, así como de sus derechos constitucionales: derecho a no prestar declaración; a no reconocerse autor de los hechos; y a ser asistido por un Abogado. Si el menor presta declaración deberá responder a las preguntas del Ministerio Fiscal, su Abogado, el miembro del Equipo Técnico o el propio Juez. (art. 15.1 regla 6°).

De conformidad con la regla 7° del artículo 15.1, a la vista del desarrollo de la comparecencia y a petición del Fiscal, el Juez podrá acordar la medida de amonestación, o una de las decisiones contenidas en la regla undécima del tan reiterado artículo 15.1¹⁰¹¹.

Así, pues, la especialidad del proceso de menores radica en que, a la vista del desarrollo de la comparecencia y de la propuesta del Fiscal, el Juez podrá finalizar la comparecencia acordando, bien una de las decisiones a que se refiere la regla

¹⁰¹⁰ Sobre este extremo, ha resaltado con acierto RIOS MARTIN, J. C.: *El menor infractor ante la Ley penal*, cit., p. 238, la importancia de la comparecencia del menor en todos los casos, y no sólo en los que estime que el expediente puede finalizar con una amonestación. El legislador ha querido que el Juez siempre, antes de decidir sobre la apertura de la Audiencia, haya oído, al menos, una vez al menor.

¹⁰¹¹ Estas decisiones son: *la celebración de la audiencia; el sobreseimiento motivado de las actuaciones; la remisión del menor a las Instituciones administrativas correspondientes para la adopción de las medidas educativas y formativas si los hechos imputados no revistan especial trascendencia, siempre que en su comisión no se hubiesen empleado grave violencia o intimidación, incluso aunque el Fiscal no hubiese formulado petición en este sentido; remisión al Juez competente, cuando estime que no le corresponde el conocimiento del asunto.*

undécima del artículo 15.1, bien adoptar, si procede, la medida de amonestación mediante acuerdo, dándose por concluido el expediente. En este sentido, la regla 9º del artículo 15.1 establece que *si el Fiscal solicitara en el escrito de alegaciones la adopción de la medida de amonestación, el Juez de Menores, sin necesidad de abrir la audiencia y oído el menor, dictará el acuerdo que proceda*. Esto significa que la comparecencia, la audiencia y la resolución concurren a la vez en un mismo acto, dándose, pues, los requisitos del principio de economía procesal¹⁰¹².

Ahora bien, puede suceder que con la terminación de la comparecencia no concluya el expediente. En este sentido, el segundo párrafo de la regla 7º del artículo 15.1 preceptúa que *si los hechos o circunstancias del menor no estuviesen suficientemente esclarecidos, el Fiscal propondrá la continuación del expediente*.

Concluido definitivamente el expediente, como señala la regla 8º del artículo 15.1, el Fiscal lo elevará al Juez de Menores, junto con un escrito de alegaciones, solicitando una de las siguientes decisiones: apertura de audiencia, en cuyo caso formulará la calificación jurídica de los hechos imputados al menor, la solicitud de práctica de prueba que desee para la audiencia y la adopción de las medidas que procedan (regla 10º del artículo 15.1); sobreseimiento; adopción de la medida de

¹⁰¹² Sagazmente ha advertido RIOS MARTIN, J. C.: *El menor infractor ante la Ley penal*, cit., p. 241, la dificultad de adoptar la medida de amonestación si el menor niega los hechos y no existe, por consiguiente, respaldo probatorio para fundamentar la imputación.

amonestación; y remisión de las actuaciones al Órgano judicial competente o a las Instituciones administrativas de protección del menor.

5.5.3. La fase de audiencia

Si el Fiscal solicita la apertura de la audiencia, formulará en el escrito de alegaciones la calificación jurídica de los hechos imputados al menor, la solicitud de práctica de prueba en la audiencia y la adopción de las medidas que procedan. La audiencia se celebrará la con asistencia de los mismos intervinientes relacionados para la comparecencia. El Juez informará de las medidas solicitadas por el Ministerio Fiscal y, en caso de ser procedente, tras la práctica y valoración de la prueba¹⁰¹³, oirá las alegaciones que quiera formular el menor.

¹⁰¹³ Sobre el particular es de interés mencionar la sentencia del TC 211/1993, de 28 de junio, cit., que estimó el amparo constitucional del menor recurrente, al ser condenado en un procedimiento de menores sin práctica de prueba en el acto de la vista oral. En definitiva, la sentencia examinaba “(...) si (...) es posible considerar que, por la especialidad, naturaleza y finalidad del procedimiento de menores, que no puede tener la misma rigidez y formalismo del proceso penal, se puede respetar el derecho a la presunción de inocencia sin necesidad de que la actividad probatoria se desarrolle y concentre en el juicio oral”. El Tribunal Constitucional falló en el Fundamento jurídico 5º: “(...) habiéndose dictado una sentencia condenatoria sin existir prueba que pueda ser considerada de cargo a efectos de la ruptura de la presunción de inocencia, en la medida que no ha sido practicada en el acto de la vista oral, y debiendo considerar esta exigencia del artículo 24 de la Constitución de aplicación a los procedimientos de reforma de menores, no cabe sino concluir que las sentencias impugnadas han vulnerado la presunción de inocencia del recurrente, debiendo en consecuencia ser anuladas, sin que resulte preciso efectuar pronunciamiento alguno en relación a las restantes vulneraciones de derechos fundamentales alegadas”.

Abierto el trámite de Audiencia se designa Abogado defensor al menor si no lo tuviera; dándosele traslado del expediente para que conste y proponga la prueba. ¿A quién debe indicar el Juez que designe Abogado?, ¿al menor o al representante legal conjuntamente, como se deduce del texto legal (“requerir al menor y su representante legal que designe Abogado que le defienda si no lo hubiere hecho antes”)? Es importante reseñar que la Ley, sobre este punto, adopta distintos criterios, según los diferentes momentos procesales. Así, si se adoptó en su momento procesal una medida cautelar de internamiento, el Letrado lo designarán los padres o representantes legales del menor. En la comparecencia el menor podrá “asistir acompañado de Abogado de su elección”. Cualquiera de ella puede adoptarse.

La Audiencia se celebrará con la asistencia del Fiscal, del responsable del Equipo Técnico de apoyo, del Abogado defensor y del menor, que podrá estar acompañado, si el Juez lo considera oportuno, oído el Fiscal, de sus representantes legales. El Juez podrá acordar en interés del menor que las sesiones no sean públicas. En nuestra opinión, hubiese sido más lógico el principio contrario: la no publicidad de las sesiones, salvo en los casos en que así se acuerde en atención a las circunstancias existentes. El Ministerio Fiscal, según la Instrucción 1/93, “pedirá siempre la celebración de la audiencia sin publicidad, salvo que en algún supuesto singular pueda optarse por tal publicidad”.

Cabe, al igual que en el procedimiento abreviado, la fórmula de consenso¹⁰¹⁴. La conformidad se sitúa exclusivamente al comienzo de la audiencia, pero ¿podría tener lugar antes de ese momento al modo previsto en la LECrim? La conformidad en el momento del emplazamiento del menor daría rapidez al procedimiento y evitaría trámites y la comparecencia de testigos.

El juicio se desarrollará de forma contradictoria de forma similar al juicio oral en el enjuiciamiento de mayores: interrogatorio¹⁰¹⁵, pruebas, informes, etc. En el acto de la audiencia el Ministerio Fiscal puede modificar las medidas del escrito de alegaciones e incluso retirarlas.

5.5.4. La resolución

Además, y resaltando la especialidad del procedimiento, el Juez podrá dictar la resolución de viva voz en el acto de la audiencia y sin perjuicio de una posterior documentación.

¹⁰¹⁴ En el artículo 15 se establece que *se preguntará al menor, con asistencia del Abogado, si se manifiesta autor de los hechos que le imputa el Fiscal. Si se manifiesta autor se le preguntará si se muestra conforme con la medida solicitada por el Ministerio Fiscal. Si diese su conformidad con asistencia de su Abogado, el Juez, oído si lo considera pertinente el responsable del Equipo técnico, dictará acuerdo de conformidad con la petición del Ministerio Fiscal.*

¹⁰¹⁵ Un estudio sobre el polémico tema del interrogatorio del menor en ROMERO COLOMA, A. M.: “Problemática del interrogatorio del menor”, en *AP*, núm. 32, 3-9 de septiembre de 1990, pp. 349-358.

Los acuerdos del Juez se denominan resoluciones, y pueden dictarse oralmente en el acto de la audiencia o por escrito en la forma que para las sentencias establece el artículo 248.3 en la LOPJ. Ahora bien, no se trata de dictar oralmente la resolución, sino de la anticipación oral, de viva voz, del fallo.

En atención a la naturaleza de los hechos, el Juez de Menores de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del Abogado, podrá decidir la suspensión del fallo por tiempo determinado y máximo de dos años siempre que, de común acuerdo, el menor debidamente asistido y los perjudicados acepten una propuesta de reparación extrajudicial. No obstante, podrá acordarse, si los perjudicados debidamente citados no expresaran su oposición o ésta fuera manifiestamente infundada. En el caso de que el menor incumpla la reparación propuesta y aceptada por él, se revocará la suspensión del fallo, y, por tanto, se dará cumplimiento a la resolución. Los términos que, consciente o inconscientemente, ha utilizado el legislador, conducen a entender que estamos ante una nueva institución anglosajona (suspensión del fallo) y no ante la clásica remisión condicional.

Hubiese sido más útil incluir esta propuesta de reparación en un momento anterior. O configurarla más como una medida que como un sustitutivo de otras posibles medidas. Porque, tal y como está configurada es un medio de coacción para aceptar la resolución reparadora. Y si la medida, según el legislador, es educativa

beneficiosa para el menor, no se entiende por qué no se adopta en todo caso. Y si no lo es, no tiene razón de ser. Aquí subyace, una vez más, la contradicción interna de la Ley que trata de conciliar un teórico afán tuitivo, con un mal disimulado espíritu sancionador¹⁰¹⁶.

5.5.5. La impugnación

Contra los autos y resoluciones del Juez de Menores podrá interponerse recurso de apelación ante la Audiencia Provincial¹⁰¹⁷. Contra las providencias el recurso a interponer es el de reforma.

5.5.6. La ejecución de las medidas

En materia de ejecución de medidas, la Disposición Adicional Tercera de la LORCPJM señala de forma genérica:

¹⁰¹⁶ Cfr. PANTOJA GARCIA, F.:, p. 154.

¹⁰¹⁷ En opinión de BLANCO GARCIA, la resolución judicial ha de denominarse sentencia. Esta afirmación se basa en el articulado de la LOPJ, en concreto en el artículo 244, que expresa que las decisiones que revistan cuestión gubernamental se denominarán acuerdos, y las de carácter jurisdiccional se llamarán sentencias. Por ello, las decisiones de los Juzgados de Menores que prevé la LORCPJM, debían haberse llamado sentencias y no acuerdos. Cfr. MANZANA LAGUARDA, M.: “Notas acerca del proyecto de Ley sobre Reforma urgente del procedimiento de Menores”, en *Revista General de Derecho*, núm. 571, abril 1992, pp. 2525-2546.

La ejecución de las medidas adoptadas por los Juzgados de Menores corresponde a las entidades públicas competentes en la materia.

Ni que decir tiene que la redacción legal es ciertamente escasa, pues no hace referencia ni a la forma, ni a la organización, ni al régimen de ejecución de las medidas¹⁰¹⁸. Desde luego, se echa en falta, entre otros aspectos esenciales, la regulación de las funciones que debe cumplir el Juez de Menores, la delimitación de las competencias de la Administración, y el reconocimiento de los derechos que deben asistir a los menores internados.

En cualquier caso, pese a que la Ley no lo declara expresamente, entendemos que está implícita la función del Juez de Menores de velar por una correcta ejecución de las medidas por parte Administración.

Llegados a este punto, es de señalar que en la aplicación práctica del procedimiento es necesario acumular el trámite de alegaciones con el de la comparencia como

¹⁰¹⁸ Sobre este extremo, una de las conclusiones del informe elaborado por el Defensor Del Pueblo en 1991 denunciaba la inexistencia de una legislación uniforme para todo el Estado que estableciese un régimen disciplinario común para los distintos centros de cumplimiento de la medida de internamiento, lo que generaba un alto grado de inseguridad jurídica y una disparidad entre Comunidades Autónomas e, incluso, entre provincias de una misma comunidad. Cfr. DEFENSOR DEL PUEBLO: “Estudio sobre la situación del menor en centros asistenciales y de internamiento y recomendaciones sobre el ejercicio de las funciones protectora y reformadora”, cit., p. 20.

forma de simplificarlo. Se parte así de la acumulación o concentración de los trámites de comparecencia y audiencia con lo que puede celebrarse esta última inmediatamente después de la primera (a continuación) si las partes así lo solicitan y se reúnen los requisitos legales¹⁰¹⁹.

5.6. VALORACIÓN GENERAL DE LA LEY

La LORCPJM vino a paliar, aunque parcialmente, una necesidad apremiante: la reforma en profundidad de la Justicia de Menores. La declaración de inconstitucionalidad del artículo 15 del Texto Refundido de la LTTM por la 36/1991, de 14 de febrero, y el carácter provisional, parcial y, más que “urgente”, precipitado de una reforma que llega tardía, ha permitido afirmar que esta legislación se halla “en permanente crisis”¹⁰²⁰. Y es que resulta inconcebible que hasta la entrada en vigor de la LORRPM haya permanecido la obsoleta legislación de 1948, salvo en los artículos suprimidos y modificados por la LORCPJM¹⁰²¹.

¹⁰¹⁹ Vid. *Fiscalía General del Estado*, Instrucción núm. 1/93, cit.

¹⁰²⁰ Cfr. DOLZ LAGO, M. J.: “Algunos aspectos de la legislación penal de menores”, en *La Ley*, núm. 4540, 14 de mayo de 1998, p. 1.

¹⁰²¹ Recordemos que la LORCPJM, sólo, modificó de la antigua LTTM la redacción de los artículos 9, 15, 16, 17 y 23, y dejó sin contenido los artículos 5, 12, 21 y 22. En consecuencia, tras la entrada en vigor de la citada Ley las fuentes del Derecho penal de menores en nuestro país eran: la propia LORCPJM; con carácter supletorio, y de conformidad con su Disposición Adicional Segunda, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Código penal; el Reglamento para la ejecución de la LTTM de 1948; la Constitución española; la LOPJ; y, por último, la Ley de 28 de diciembre de Demarcación y Planta Judicial.

Si bien, como ya hemos destacado en los apartados anteriores, la LORCPJM representa el abandono definitivo de la filosofía positivista-correccionalista subyacente en la antigua LTTM, y el reconocimiento al menor de todas las garantías derivadas de nuestra Constitución, lo que permite hablar, a la vez, de un modelo procesal de menores flexible, rápido y garantista; sin embargo, hay que insistir en que la reforma que introduce no llega a ser suficiente, pues su carácter es, como señala su propia Exposición de Motivos, “el de una reforma urgente que adelanta parte de una renovada legislación sobre reforma de menores, que será objeto de medidas legislativas posteriores”. Lo que significa que, una vez más, la Justicia de Menores ha tenido que esperar otros nueve años hasta que ha visto la luz la LORRPM.

Pese a las anteriores críticas, y a las ya expuestas en los apartados anteriores, no se puede dejar de reconocer lo laudable que resulta el que, por fin, se rompa con la situación anterior, al adaptar el proceso de menores a la Constitución y garantizar el principio de legalidad, exigiendo, no ya la realización de conductas irregulares como preveía la LTTM, sino la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código penal o en las Leyes penales especiales.

En resumen, se reconoce al procedimiento todas las garantías derivadas de nuestro Ordenamiento constitucional, de conformidad con lo establecido por la Sentencia

del Tribunal Constitucional 36/1991, de 14 de febrero, y el artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por otro lado, la LORCPJM establece un marco flexible, al objeto de que el Juez de Menores pueda imponer a éstos, en cuanto infractores penales, las medidas más eficaces sobre la base de valorar especialmente el interés del menor. Igualmente, otorga al Ministerio Fiscal amplias facultades para acordar la terminación del procedimiento, en orden a evitar, dentro de lo posible, los efectos aflictivos que el mismo pueda llegar a ocasionar al menor. También resulta positivo la configuración del Equipo Técnico como elemento imprescindible para que las medidas alcancen el objetivo que persiguen.

Ahora bien, con todo, el procedimiento de menores que, no obstante su proximidad con el ordinario de adultos, introduce especiales características por razón de los sujetos, resulta imperfecto y ha sido objeto de numerosas críticas¹⁰²², por nuestra parte merecen ser destacadas las siguientes:

¹⁰²² A título de ejemplo, a juicio de GIMENEZ-SALINAS la LORCPJM intenta combinar, con escaso acierto, tres modelos difícilmente conciliables: el modelo más tutelar, centrado en la educación (sanción) en interés del menor, que no necesita una protección especial de sus derechos; el más judicial-penal-sanción (educación) dirigido a educar al menor y a atender a sus necesidades, pero, sobre todo, a responder a la infracción cometida, con pleno reconocimiento de todos los derechos y garantías involucrados; y un tercero, que intenta retrasar al máximo la intervención penal sobre los jóvenes, sin que esto suponga su desresponsabilización. En consecuencia, llega a la conclusión de que se ha optado por un sistema contradictorio, con incoherencias ideológicas, mezcla de aspectos penales, y educativos, de flexibilidad y proporcionalidad. Cfr. De La CUESTA ARZAMENDI, J. L./GIMENEZ-SALINAS i COLOMER, E.: “Situación actual y perspectivas de futuro del tratamiento de los infractores juveniles en España”, cit., p. 10. Para TAPIA PARREÑO,

- . El tope mínimo de edad, establecido en doce años, no coincide con el propuesto por, prácticamente, la totalidad de la doctrina, que lo sitúa en los trece o catorce años. Igualmente, el límite máximo, fijado en dieciséis, tampoco coincide ni con el propuesto por la doctrina, ni con el establecido en la mayoría de los Ordenamientos jurídicos europeos¹⁰²³. Consecuentemente, la LORCPJM deja de incluir a los jóvenes infractores, para los que no se prevé una legislación específica. Además, no diferencia distintos tramos de edad, englobando dentro de un mismo grupo a sujetos cualitativamente distintos por razón de su diferente edad.

- . El catálogo de medidas a imponer a los menores infractores es escaso. En este sentido, la crítica más grave que se puede hacer a la LORCPJM es la falta de

J. J.: “El Derecho al juez imparcial, en su aspecto objetivo, en la Ley Orgánica reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores. Su posible inconstitucionalidad y la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de marzo de 1995”, cit., pp. 1110 y ss., la LORCPJM no garantiza el derecho del menor a un proceso respetuoso con los derechos fundamentales consagrados en el artículo 24 de la Constitución española, especialmente, el derecho al Juez imparcial. Esto dio lugar a una cuestión de inconstitucionalidad, pero, aunque fue admitida a trámite, sin embargo el Tribunal Constitucional falló reconociendo la constitucionalidad de la Ley. En opinión de RIOS MARTIN, J. C.: *El menor infractor ante la Ley penal*, cit., p. 234, la LORCPJM introduce un procedimiento de carácter marcadamente sancionador y punitivo, pero encubriéndolo con un lenguaje camuflado. En este sentido, desde una posición muy crítica, considera que la Ley crea “un auténtico proceso penal a imagen y semejanza del proceso penal de mayores (por más que se le pretenda camuflar de etiquetas distintas), para enjuiciar a los menores”. Esta mismas observaciones también se encuentran recogidas en su artículo: “Críticas a la reforma “penal” de la Ley Orgánica 4/92 reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores”, en *Actualidad y Derecho*, núm. 33, semana del 14 al 20 de septiembre de 1992, pp. 1-7. Siguiendo con las críticas a la LORCPJM, ha denunciado la FISCALIA GENERAL DEL ESTADO: *Memoria elevada al Gobierno de S.M*, 1995, p. 887, que la aplicación de la LORCPJM ha sido en la práctica “engorrosa, repetitiva y problemática”.

¹⁰²³ Al respecto, véase GIMENEZ-SALINAS i COLOMER, E.: “Menores: España entre la CEI y Turquía”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 15, Madrid, 1992, pp. 8-10, donde realiza una

unas reglas específicas para la aplicación de estas medidas, lo que ha permitido, en alguna ocasión, imponer a un menor una medida más grave o de duración superior a la que correspondería por los mismos hechos si se tratase de un adulto¹⁰²⁴. Obsérvese, por demás, que la LORCPJM instaura un modelo penal asimilable al proceso penal de adultos, aunque con especiales características, por lo que expresamente se debería haber reconocido el principio de proporcionalidad, propio del Derecho penal, al objeto de evitar posibles excesos en la aplicación de las medidas.

- En materia de ejecución de las medidas, la redacción legal de la Disposición Adicional Tercera es sinceramente escueta y desafortunada, pudiendo llegar a ser, incluso, inconstitucional si la interpretamos de conformidad con el tenor literal del artículo 117.3 de nuestra Constitución española, que exigiría que el control de la ejecución de la medida impuesta se ejerciese por el Juez de Menores. Tampoco recoge la LORCPJM otros aspectos esenciales como son: las competencias del Juez de Menores en el ejercicio de dicho control; las

comparación internacional de la minoría de edad penal, mayoría de edad penal y mayoría de edad civil.

¹⁰²⁴ Esta vulneración del principio de proporcionalidad ha sido apreciada por nuestro Tribunal Constitucional en sentencia 61/1998, de 17 de marzo (*BOE* de 22 de abril de 1998), declarando: “(...) debemos, a la vista del régimen legal vigente, seguir manteniendo la estricta interpretación de lo declarado en su día por el Pleno de este Tribunal en la reiterada STC 36/1991 acerca de la “imposibilidad de establecer medidas más graves o de una duración superior a la que correspondería por los mismos hechos si de un adulto se tratase” (Fundamento jurídico séptimo), procediendo, en consecuencia, la estimación del amparo”.

competencias de la Administración; el régimen disciplinario; el régimen de visitas; los derechos y deberes de los menores internados etc.

- La designación de Abogado se produce demasiado tarde, justo en el momento en que el Juez adopta la medida cautelar de internamiento en centro cerrado. En realidad, en orden a salvaguardar el interés del menor, que es, en definitiva, el principio que singulariza y diferencia el proceso de menores del proceso penal de adultos, el menor debería haber estado asistido de Abogado desde el mismo momento de la incoación del expediente.

- Frente al menor infractor, al que se reconocen todas las garantías derivadas de nuestro Ordenamiento constitucional, la víctima es la gran ausente de la LORCPJM, al prohibirse expresamente el ejercicio de acciones por particulares (art. 15.1.2º). Es decir, ni la acción penal ni la civil que corresponden al perjudicado en el procedimiento penal de adultos, conforme establecen los artículos 100 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pueden ejercitarse en el procedimiento penal de menores. Y ello en orden a evitar que el interés del menor resulte lesionado por la aparición de otro interés distinto, como puede ser el interés perseguido por el perjudicado al ejercer la acción penal y civil.

- Pese a que el objetivo que persigue la Ley otorgando al Fiscal la función instructora no es otro que el conseguir la imparcialidad del Juez de Menores, lo que,

desde luego, merece nuestra aprobación, no se puede dejar de mencionar, sin embargo, las dificultades que resultan de la asunción por el Fiscal de posiciones procesales contradictorias y ambivalentes: por un lado, la investigación y la iniciativa procesal¹⁰²⁵; y, por otro, la defensa del menor.

- . De otra parte, alguna de las novedades introducidas por la LORCPJM requerían de una dotación de medios materiales y personales para que se pudiesen aplicar de una manera efectiva. Pues, bien, muchos de sus preceptos no han llegado a aplicarse convenientemente, años después de su entrada en vigor, por falta de medios necesarios¹⁰²⁶.

- . En definitiva, la LORCPJM no llega a ser una Ley penal y procesal del menor, tan sólo, responde a un intento de adaptar al proceso constitucional una anacrónica y obsoleta Ley que data de 1948, por lo que representa un mero parche que en modo alguno ha servido para reformar en profundidad la Justicia de Menores.

¹⁰²⁵ Al respecto, se ha comentado que esta novedad es, en realidad, un ensayo para una empresa más ardua: atribuir al Fiscal la instrucción en los procedimientos de adultos. Cfr. GOROSTIZA JIMENEZ, I. M.: ¿Se necesita un procedimiento penal del menor?, en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, t. VIII, enero 1996, cuaderno 1, p. 36. En el mismo sentido, cfr. DIAZ MARTIN, R.: “Tratamiento procesal de la delincuencia de menores”, cit., p. 2007.

¹⁰²⁶ En este sentido, ha denunciado De La CUESTA ARZAMENDI, J. L.: “La Justicia juvenil en España: regulación actual y proyectos en curso”, *Azpilcueta*, núm. 11, 1998, p. 14, las dificultades que resultan de la aplicación de las medidas alternativas de servicio a la comunidad, y, respecto de

las medidas de internamiento parcial, la ausencia de personal suficiente en los Centros, especialmente los fines de semana.

CAPITULO SEXTO

**ANÁLISIS DE LA LEY ORGÁNICA 5/2000, DE 12 DE ENERO, REGULADORA
DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES**

1. PREMISA

En el último pleno de la legislatura 1996-2000, y después de casi cuatro años de trabajo en Anteproyectos y Proyectos, se aprobó, sorpresivamente y a marchas forzadas, la LORRPM¹⁰²⁷, que representa una profunda reforma en materia de Justicia de Menores¹⁰²⁸.

¹⁰²⁷ BOE núm. 11, de 13 de enero de 2000.

¹⁰²⁸ En general, sobre el contenido de la Ley véase: ORNOSA FERNANDEZ, 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*, Barcelona, 2001; DOLZ LAGO, M. J.: *La nueva responsabilidad penal del menor. (Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero)*, Valencia, 2000. Del mismo: *Derecho transitorio penal de menores. Comentarios al Derecho transitorio de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal del menor*, Madrid, 2001; CUELLO CONTRERAS, J.: *El nuevo Derecho penal de menores*, Madrid, 2000; POLO RODRIGUEZ, J. J./HUELAMO BUENDIA, A. J.: *La nueva Ley penal del menor*, Madrid, 2000; VIDAL MARTINEZ, F.: *La nueva responsabilidad penal del menor según la Ley Orgánica 5/2000*, Barcelona, 2000; GOMEZ RIVERO, M. C.: “Algunos aspectos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor”, en *AP*, núm. 10, 5 al 11 de marzo de 2001, pp. 163-187; GIMENEZ-SALINAS i COLOMER, E.: “La nueva Ley de Justicia juvenil en España: un reto para el 2000”, cit., pp. 130 y ss.; SANCHEZ GARCIA, M. I.: “La nueva Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor”, cit., pp. 704 y ss.; CRUZ BLANCA, M. J.: *El menor como sujeto activo del delito*, cit., pp. 506 y ss.; VENTURA FACI, R./PELAEZ PEREZ, V.: *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Comentarios y jurisprudencia*, cit.; LANDROVE DIAZ, G.: “La Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, en *La Ley*, núm. 5083, 26 de junio de 2000, pp. 1-5. Del mismo: “Marco operativo de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor”, cit., pp. 1-5; RICHARD GONZALEZ, M.: “El nuevo proceso de menores”, en *La Ley*, núm. 5085, 28 de junio de 2000, pp. 1-8; BUENO ARUS, F.: “Líneas fundamentales sobre la reinserción de los menores delincuentes”, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núms. 1836-37, 15 de enero, 1999, pp. 7-18; GARCIA PEREZ, 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”, cit., pp. 682 y ss.; RAMON FERNANDEZ, F.: “Notas sobre el Proyecto de Ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, en *Revista General de Derecho*, año LV, núm. 661-662, octubre-noviembre 1999, Valencia, pp. 12439-12463; VVAA: *La nueva Ley de responsabilidad penal del menor. (Aspectos técnico-jurídicos)*, documento mecanografiado, presentado en el curso celebrado en la Universidad Pontificia Comillas, cit., pp. 1-214; VVAA: *Un Proyecto alternativo a la regulación de la responsabilidad penal de los menores*, Grupo de Estudios de Política-criminal, Valencia, 2000; FISCALIA GENERAL DEL ESTADO: “Circular 1/2000, de 18 de diciembre. Criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores”, en *La Ley*, núm. 5224, de 12 de enero de 2001, pp. 5-32;

Como veremos seguidamente al referirnos a los Textos prelegislativos, en contraposición a la tradicional normativa española, el correcto tratamiento jurídico de los menores infractores exigía regular sistemáticamente en un único Texto legal los aspectos sustantivos, procesales y de ejecución, por razones de economía legislativa, conexión temática, y, principalmente, para conseguir un efectivo tratamiento de los menores, como señalaba la Memoria Explicativa del ALOPJM. En definitiva, lo fundamental es evitar reglamentaciones parciales que permitan entre los distintos ámbitos territoriales un tratamiento desigual para los menores infractores, lo que atentaría contra el principio de igualdad consagrado por un Estado social y democrático de Derecho.

Por otro lado, la promulgación de la LORRPM, como señala su propia Exposición de Motivos, “era una necesidad impuesta por lo establecido en la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores, en la moción aprobada por el Congreso de los Diputados el 10 de mayo de 1994, y en el artículo 19 de la vigente Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal”. En definitiva, era

GOMEZ ARROYO, J. L.: “Consideraciones sobre el Secretario judicial en la Sección de Menores de la Fiscalía (I)”, en *La Ley*, núm. 5270, de 19 de marzo de 2001, pp. 1-5. Del mismo: “Consideraciones sobre el Secretario judicial en la Sección de Menores de la Fiscalía (y II)”, en *La Ley*, núm. 5271, de 20 de marzo de 2001, pp. 1-7.

imprescindible una nueva Ley que revisase los límites de edad establecidos por la LORCPJM, ampliando, a la vez, las respuestas.

En cuanto a las cuestiones de fondo, procederemos a exponer en este Capítulo los aspectos fundamentales de la Ley, haciendo previamente un esbozo de las líneas maestras de los dos principales Textos prelegislativos: el ALOPJM; y la Proposición de Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor (en lo sucesivo, PRLORRPM), indispensable para que pueda operarse un juicio de valor comparativo. También destacaremos las modificaciones introducidas en la LORRPM por dos Leyes recientes: la LO 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, y de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en relación con los delitos de terrorismo¹⁰²⁹ (en lo sucesivo, LO 7/2000); y la 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 Judicial¹⁰³⁰ (en lo sucesivo, LO 9/2000).

Y puesto que, como analizaremos seguidamente, nos hallamos más que ante un problema de imputabilidad, ante un problema de política-criminal, esto es, de

¹⁰²⁹ BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 2000.

¹⁰³⁰ BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 2000. Concretamente, el Cap. II de esta Ley está destinado a adaptar la LOPJ a las previsiones de la LORRPM.

tratamiento¹⁰³¹, nos detendremos principalmente en analizar las medidas previstas en la Ley, y las reglas para su determinación. Y ello porque, además de constituir el contenido más novedoso, es a través de la aplicación de las medidas cuando se deben conseguir los objetivos de reinserción y socialización del menor.

Por último, hemos destacado los aspectos procesales y de ejecución que hemos considerado de mayor interés, quizá en términos algo descriptivos y asépticos, para poder finalizar, desde una posición crítica, con una valoración general de la Ley, que tiene por objeto poner de relieve los principales problemas o cuestiones que, en definitiva, suscita.

2. ANTECEDENTES PRELEGISLATIVOS

Podemos afirmar que la legislación de menores ha tenido en nuestro país un carácter de provisionalidad¹⁰³², prueba de ello es, además del reconocimiento

¹⁰³¹ En efecto, como ha puesto de relieve, entre otros, LANDROVE DIAZ, G.: Marco operativo de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor”, cit., p. 3, lo trascendental no es tanto la edad del destinatario, sino el propio sistema.

¹⁰³² Como destaca DOLZ LAGO, M. J.: “Algunos aspectos de la legislación penal de menores”, cit., p. 2, una prueba de la provisionalidad que caracteriza a la legislación penal juvenil es la sucesión de varios Anteproyectos de nuevas regulaciones, que parecen responder más a los criterios técnicos-políticos de los encargados de redactarlos, sobre todo Catedráticos de Universidad y algún que otro Juez o Fiscal, que a una verdadera filosofía política sobre cómo afrontar la regulación del tratamiento de los menores y jóvenes infractores . También desde un punto de vista crítico, para BONET ESTEVA, M.: “Algunas pautas constitucionales para la reinterpretación de un Derecho

expreso de tal carácter en la propia Exposición de Motivos de la LORCPJM, la redacción, desde la promulgación del Código penal de 1995, de hasta ocho Textos¹⁰³³ que no han llegado finalmente a convertirse en Derecho positivo, a excepción del último, el Proyecto de Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en lo sucesivo, PLORRPM¹⁰³⁴), convertido en Ley tras su aprobación definitiva por el Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión del día 22 de diciembre de 1999¹⁰³⁵.

penal de menores”, cit., p. 1060, el principal problema de fondo en esta materia es la ausencia de una línea de actuación, o modelo, a partir del cual estructurar todo el sistema de reacción de los poderes públicos. Esto ha venido provocando una serie de problemas, agudizados desde la entrada en vigor de la Constitución, en cuanto a la determinación del concreto tratamiento jurídico que debe dispensarse a los menores infractores.

¹⁰³³ Muchos han sido los Anteproyectos y Proposiciones que han precedido a la LORRPM sin llegar a convertirse en Ley: 1. *Anteproyecto de Ley Orgánica penal juvenil y del menor, de 27 de abril de 1995*, (ALOPJM), redactado por el Ministerio de Justicia e Interior del Gobierno del Partido Socialista durante la legislatura 1992-1996; 2. *Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia juvenil, de 30 de octubre de 1996*, redactado por el Ministerio de Justicia del Gobierno del Partido Popular en la legislatura 1996-2000; 3. *Proposición de Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor*, presentado el 20 de noviembre de 1996 por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso (*Vid. BOCG. Congreso de los Diputados*, VI legislatura, serie B, núm. 71-1, de 29 de noviembre de 1996); 4. *Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia juvenil, de 30 de enero de 1997*, redactado por el Ministerio de Justicia del Gobierno del Partido Popular en la legislatura 1996-2000; 5. *Anteproyecto de Ley Orgánica reguladora de la Justicia de Menores, de 1 de julio de 1997*, redactado por el Ministerio de Justicia del Gobierno del Partido Popular en la legislatura 1996-2000; 6. *Proposición de Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor, (PRLORRPM)*, presentado el 12 de junio de 1998 por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso (*Vid. BOCG. Congreso de los Diputados*, VI legislatura, serie B, núm. 206-1, de 23 de junio de 1998); 7. *Anteproyecto de Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores, de 10 de septiembre de 1998*, redactado por el Ministerio de Justicia del Gobierno del Partido Popular en la legislatura 1996-2000.

¹⁰³⁴ *Vid. BOCG. Congreso de los Diputados*, VI legislatura, serie A, núm. 144-1, de 3 de noviembre de 1998.

2.1. El Anteproyecto de Ley Orgánica penal juvenil y del menor, de 27 de abril de 1995. Principales aspectos

El ALOPJM presenta como novedad la regulación de los aspectos sustantivos, procesales y de ejecución en un sólo texto legal¹⁰³⁶. Así, su estructura se compone de tres Títulos distintos: el Primero dedicado a las “Disposiciones generales”; el Segundo al “Enjuiciamiento del menor o joven”; y el Tercero a “Ejecución de las penas y medidas”.

En términos generales, este Anteproyecto supone importantes innovaciones frente a la LORCPJM. Entre los aspectos más relevantes merecen ser destacados los siguientes:

- En cuanto a su naturaleza jurídica, en la medida que el tenor del artículo 9 dispone que “la aplicación de la presente Ley tendrá como fin esencial la integración del joven y del menor en la sociedad, así como la reparación del daño causado y el restablecimiento del Orden jurídico”, es lógico considerar que el Anteproyecto está

¹⁰³⁵ Vid. *BOCG. Congreso de los Diputados*, VI legislatura, serie A, núm. 144-18, de 30 de diciembre de 1999.

¹⁰³⁶ Como se hace constar en la Memoria explicativa del ALOPJM, frente a la tradición española en la elaboración de normas, que contemplaba en textos separados el Derecho penal sustantivo, el Derecho procesal y la regulación penitenciaria, se opta por “razones de economía legislativa, armonía, unidad, conexión temática y, sobre todo, la efectiva protección de los menores”, por una Ley Orgánica única que englobe, de forma coherente y completa, las fases de disuasión, aplicación y ejecución que conforman el Derecho penal de menores.

orientado a satisfacer simultáneamente consideraciones de prevención especial y de prevención general¹⁰³⁷.

- Desjudicialización por debajo de los trece años. Por consiguiente, se eleva un año el límite de edad respecto del fijado por la LORCPJM, pasando los infractores menores de dicha edad, para los que rige una presunción *iuris et de iure* de ausencia de responsabilidad penal, a depender de las instituciones administrativas de protección de menores.

- Distinción de distintos tramos de edad: “menor”, de trece a dieciséis años; y “joven”, de dieciséis a dieciocho¹⁰³⁸.

Pese a que desde el Código penal de 1932 se ha mantenido el tradicional criterio cronológico, o fórmula biológica pura, el ALOPJM retoma la fórmula psicológica. Concretamente, el artículo 6 exige expresamente que en el momento de la comisión de la infracción los menores y jóvenes tengan *capacidad suficiente para comprender la ilicitud del hecho y actuar conforme a esa comprensión*.

¹⁰³⁷ Así lo han declarado, entre nuestros doctrinarios, SANCHEZ GARCIA, M. I.: *Minoría de edad penal y Derecho penal juvenil*, cit., pp. 125 y 126; CARMONA SALGADO, C.: “La delincuencia de jóvenes y menores: hacia una nueva regulación jurídica”, cit., p. 148; PORTILLA CONTRERAS, G.; “Fundamentos teóricos de una alternativa al concepto tradicional de inimputabilidad del menor”, cit., pp. 131 y 132.

¹⁰³⁸ El artículo 2 del ALOPJM señala: “a los efectos previstos en esta Ley tiene consideración de menor quien en el momento de la comisión del hecho tuviera más de trece y menos de dieciséis años de edad, y la de joven el que tuviera más y no hubiera cumplido los dieciocho años de edad”.

Así, pues, quedan excluidos del ámbito de aplicación del Anteproyecto los menores de trece años¹⁰³⁹ y los mayores de esta edad y menores de dieciocho declarados irresponsables, en tanto carezcan de capacidad para comprender la ilicitud del hecho y actuar conforme a ello.

Por nuestra parte, no podemos sustraernos a la crítica ineludible que comporta el citado precepto, en la medida que pone en peligro los principios inspiradores de nuestro Ordenamiento punitivo. Ni qué decir de los serios problemas interpretativos que se plantearían en los Juzgados a la hora de determinar, para cada caso concreto, si en el momento de la comisión de la infracción el menor o joven poseía la capacidad suficiente exigida por el artículo 6¹⁰⁴⁰.

-. Con carácter excepcional, se incluye otra categoría de edad, los denominados “jóvenes-adultos”, a quienes también se puede aplicar las

¹⁰³⁹ Al respecto, el artículo 3.1 preceptúa: “cuando el autor de los hechos presuntamente delictivos sea un menor de trece años será puesto, en su caso, a disposición de las instituciones administrativas de protección de menores”, y, de conformidad con el artículo 39.2, “el Juez dictará auto de sobreseimiento libre, oídos el Ministerio Fiscal y la defensa, remitiendo la información necesaria a la Autoridad administrativa responsable de la protección del menor. Dicho auto será apelable”.

¹⁰⁴⁰ Con fecha 27 de abril de 1995 tuvo entrada en el CGPJ el ALOPJM, al objeto de emitir el correspondiente informe. Pues bien, en dicho informe el CGPJ se mostró a favor de un criterio de edad puramente cronológico, en la medida que, como se recoge textualmente, “confiar absolutamente el examen de comprensión, volición y desarrollo intelectual a los Tribunales en cada caso concreto, como en la legislación anterior a 1932, sería introducir un margen de apreciación incompatible con los principios de predeterminación normativa y seguridad jurídica que inspiran el

disposiciones de la Ley¹⁰⁴¹, cuando el Juez competente así lo declare expresamente mediante resolución motivada, atendiendo fundamentalmente a la naturaleza y gravedad del hecho, y a las circunstancias especiales del autor, con especial atención a su grado de madurez¹⁰⁴² (art. 3.2).

Las condiciones de las que se hace depender la aplicación de la norma contenida en el artículo 3.2, concretamente la naturaleza y gravedad del hecho, responde a auténticas consideraciones de prevención general o defensa social, sin dar cabida a la idea de prevención especial, que es, en definitiva, sobre la que debe girar la Justicia de Menores. En este orden de cosas, la naturaleza y gravedad del hecho cometido no debería constituir un criterio determinante de la aplicación o exclusión de la Ley para esta franja de edad, tan sólo, debería servir, en aras a la prevención especial y al interés del menor y joven, como criterio de elección de la medida o consecuencia jurídica que pueda resultar de mayor efectividad para el joven¹⁰⁴³.

Ordenamiento punitivo”. Cfr. *Informe emitido al Anteproyecto de Ley Orgánica penal juvenil y del menor de 1995*, documento mecanografiado, Madrid, 25 de julio de 1995, p. 6.

¹⁰⁴¹ Al respecto, ha precisado CARMONA SALGADO, C.: “Comentario al artículo 19”, en *Comentarios al Código penal*, t. II, dirigidos por COBO DEL ROSAL, M., Madrid, 1999, pp. 41 y 44, que esta categoría de edad ha sido extraída de la Ley penal juvenil alemana, toda vez que en nuestro Ordenamiento jurídico no existe precedente alguno.

¹⁰⁴² Al objeto de evitar posteriores reiteraciones, nos remitimos a la crítica efectuada a este criterio en el apartado 5.1.2.3 del presente Cap.

¹⁰⁴³ En la misma línea, cfr. CARMONA SALGADO, C.: “Comentario al artículo 19”, cit., p. 45 y CHOCLAN MONTALVO, J. A.: “Hacia un nuevo Derecho penal juvenil en España. A propósito

- En cuanto a las consecuencias jurídicas, el ALOPJM distingue en función de la restricción de derechos que comportan: pena juvenil¹⁰⁴⁴; medidas disciplinarias (art. 12)¹⁰⁴⁵; y medidas educativas¹⁰⁴⁶ (art. 11). La pena juvenil se define como la privación de libertad del condenado mediante su internamiento en un centro cerrado para jóvenes. Su duración, que en principio oscila entre un mínimo de seis meses y un máximo de cinco años, puede ser ampliada, proporcionalmente, hasta diez años, siempre que el hecho delictivo cometido esté castigado en el Código penal con pena de prisión igual o superior a quince años (arts. 14.1 y 2). Junto a dicha sanción, el Juez puede aplicar, conjuntamente, cuando lo considere adecuado y conveniente para su educación, medidas disciplinarias y educativas, así como otro tipo de medidas, siempre que sea posible su cumplimiento simultáneo (arts. 27.2 y 3).

del Anteproyecto de la Ley Orgánica penal juvenil y del menor”, en *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, núm. 1771, 1996-4, p. 14.

¹⁰⁴⁴ Respecto de la pena juvenil, puede ser de interés consultar KAUFMANN, H.: *Delinquentes juveniles. Diagnósis y juzgamiento*, traducido al castellano por BUSTOS RAMIREZ, J., Buenos Aires, 1983, pp. 13 y ss., donde realiza una investigación sobre la selección de esta consecuencia jurídica en el Derecho penal juvenil alemán.

¹⁰⁴⁵ Estas medidas, previstas para aquellos delitos que no son lo suficientemente graves como para aplicar una pena juvenil, se clasifican en: ingreso en un centro abierto o semiabierto; arresto de fin de semana; privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores ; privación del derecho a uso de armas; inhabilitación especial y suspensión para empleo o cargo público, derecho de sufragio activo o pasivo, derecho, profesión, oficio, industria o comercio, o ejercicio de los derechos de patria potestad, tutela, guarda, curatela o acogimiento familiar; los servicios en beneficio de la comunidad.

¹⁰⁴⁶ Estas medidas están previstas para aquellos casos en los que la infracción constituye falta (art. 28.4). Se subdividen, a su vez, en las siguientes: tratamiento ambulatorio o ingreso en un centro

Así, pues, el ALOPJM traslada, con toda suerte de dureza penal, al ámbito de las infracciones cometidas por menores o jóvenes un arsenal de penas que más bien correspondería a infracciones cometidas por adultos. Llama la atención, por nuestra parte, que el prelegislador haya establecido como sanción el internamiento en centros cerrados hasta diez años de duración para menores que pueden tener, tan sólo, catorce años de edad, sustrayéndose, de este modo, a la normativa internacional, que obliga a utilizar la privación de libertad como último recurso y durante el tiempo más breve posible¹⁰⁴⁷, y a la trascendental STC 36/1991, de 14 de febrero, que declara la imposibilidad de establecer medidas más graves o de una duración superior a la que correspondería por los mismos hechos si se tratase de un adulto. Ni que decir tiene que la pena juvenil responde a criterios de corte eminentemente retributivo.

- . Se establece la posibilidad de aplicar medidas alternativas, en virtud del principio de oportunidad. Así, se otorga al Juez la facultad de sustituir, desde el primer momento, la pena juvenil de hasta cinco años de duración por una medida disciplinaria o educativa, atendiendo para ello, fundamentalmente, a la naturaleza y gravedad del hecho, a las circunstancias personales del autor, y a su conducta, así como a la reparación del daño causado (art. 31.1 y 2).

sociosanitario o de educación especial; asistencia educativa en libertad; reprobación; y obligación de vivir con determinada persona, familia, comunidad o institución.

¹⁰⁴⁷ Vid. art. 37.b de la *Convención sobre los Derechos del Niño*, de 20 de noviembre de 1989, que forma parte de nuestro Derecho positivo y, por consiguiente, es de obligado cumplimiento.

- El proceso se califica como penal especial (art. 41.1). La instrucción corresponde al Ministerio Fiscal, que ejercerá la función de desarrollar el procedimiento preliminar, pero es el Juez quien incoa y concluye formalmente la instrucción.

- Se reconocen como garantías procesales, el derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, la integridad física y moral, y la restricción de publicidad del proceso (art. 42). También se reconoce al menor o joven imputado el derecho a designar un Abogado defensor de su libre elección o la de su representante legal o guardador (art. 46.1).

- Se introduce la suspensión condicional de la pena juvenil, aplicable siempre y cuando el menor o joven sean delincuentes primarios, la duración de la pena aplicable no exceda de cinco años, y, además, exista un pronóstico favorable de no volver a cometer otro nuevo delito en el futuro (arts. 32 a 34).

- Se admite la acusación particular, dando al ofendido por el delito la oportunidad de intervenir en el proceso, lo que, a nuestro juicio resulta positivo (art. 43.2).

- La denominada por la LORCPJM “Resolución” pasa a denominarse “Sentencia”. Contra ella cabe interponer ante la Audiencia Provincial Recurso de apelación (art. 63).

2.2. La Proposición de Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor, de 23 de junio de 1998. Principales aspectos

Siguiendo el mismo tratamiento que en el anterior apartado de nuestro estudio, destacamos como aspectos de mayor interés de la PRLORRPM, que difieren considerablemente del Texto prelegislativo de 1995, los siguientes:

- A diferencia del ALOPJM, que daba cabida expresamente a las consideraciones de prevención general y especial, la PLORRPM consagra solamente esta última, al señalar el artículo 6 que “la aplicación de la presente Ley tendrá como fin esencial la integración social del menor, así como la reparación del daño causado, si éste se hubiere producido”. No obstante, esta declaración no es la única finalidad que persigue la Proposición de Ley. A título de ejemplo, en las reglas para la determinación de las medidas se valora más la naturaleza y gravedad del hecho que las circunstancias personales del autor (26.1 y 2)¹⁰⁴⁸.

¹⁰⁴⁸ El artículo 26.1. de la PLORRPM A obliga al Juez a imponer la medida de internamiento en un centro en régimen cerrado a los mayores de dieciséis años dieciocho años que hayan cometido

- En contraposición al ALOPJM, que diferencia entre “menor” y “joven”, la PRLORRPM no establece distintas categorías de edad, englobando bajo el término “menores” a quien en el momento de la comisión del hecho tenga catorce años cumplidos y no haya alcanzado todavía la mayoría de edad penal (art. 2). Así, pues, la PRLORRPM eleva un año el límite mínimo de edad establecido por el Anteproyecto.

Respecto de los infractores menores de catorce años, se observa una disfuncionalidad entre la Exposición de Motivos y el texto articulado, así mientras la Exposición declara que “la Ley parte de establecer la posibilidad de responsabilidad penal únicamente en el tramo que va de los catorce a los dieciocho años. Los menores de catorce años quedarán exentos de responsabilidad penal y sólo sometidos a las competencias administrativas de educación y protección que hoy residen en la Administración autonómica”, sin embargo el artículo 3.1., tan sólo, señala que “la presente Ley no se aplicará ni a personas ni en supuestos diferentes de los indicados en los dos artículos anteriores”, sin especificar, por tanto, si estos menores son competencia de la Administración autonómica.

algún delito grave que tenga señalada pena de prisión en el Código penal. El apartado 2º del mismo artículo prevé también la posibilidad de imponer, excepcionalmente, la misma medida a los menores de dieciséis años que hayan cometido con violencia o intimidación algún delito grave al que el Código penal señale pena de prisión, siempre y cuando hayan sido condenados por sentencia firme por dos o más delitos cometidos con violencia o intimidación, y el delito cometido estuviere sancionado en la legislación penal con un pena de prisión que comprenda o supere los diez años.

- . Frente a las duras críticas vertidas, tanto por la doctrina como por el CGPJ al criterio psicológico recogido por el ALOPJM, la PRLORRPM vuelve a acoger, de nuevo, el tradicional criterio cronológico.

- . Excepcionalmente la PRLORRPM puede también aplicarse a los mayores de dieciocho años y menores de veintiuno por la comisión de un delito o falta, cuando el Juez encargado de la investigación lo estime conveniente, y así lo acuerde en resolución motivada, atendiendo, fundamentalmente, a su grado de madurez (art. 3.2). Por consiguiente, las condiciones de las que depende la aplicación de la Ley para este segmento de edad son: la naturaleza del hecho, la potestad discrecional del Juez, y el grado de madurez. A nuestro juicio, si bien la PRLORRPM acierta al no incluir la gravedad del hecho como criterio determinante para su aplicación, sin embargo no advierte la importancia de valorar las circunstancias personales del imputado, ni el informe que sobre las mismas debe realizar el Equipo Técnico; datos que, por otra parte, deberían ser, incluso, vinculantes para el Juez.

Respecto del informe del Equipo Técnico, una vez más, la PLORRPM vuelve a ser disfuncional, toda vez que mientras la Exposición de Motivos señala que el Juez “deberá contar con informe favorable del Equipo Técnico del Juzgado de Menores”, sin embargo el artículo 3.2 se olvida de incluir este dato tan trascendental.

- Las medidas, que se regulan en el Capítulo I, del Libro III, bajo la rúbrica, “Las consecuencias jurídicas: sus clases”¹⁰⁴⁹ (arts. 11, 12 y 13), se clasifican en: 1°. Medidas privativas de libertad (internamiento en un centro en régimen cerrado, semiabierto o abierto, arresto de fin de semana, internamiento en un centro socio-sanitario o de educación especial); 2°. Medidas privativas de otros derechos (privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, privación del derecho a la tenencia y uso de armas, las de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, o de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela, derecho de sufragio pasivo o de cualquier otro derecho, la suspensión de empleo o cargo público, los servicios en beneficio de la comunidad, sumisión a tratamiento externo en centro médico o establecimiento de carácter socio-sanitario, la asistencia en libertad, la obligación de vivir con determinada persona, familia, comunidad o institución); 3°. Multa; 4°. Amonestación. (Los efectos de cada una de estas medidas se regulan en el Capítulo II, bajo la rúbrica, “las consecuencias jurídicas: sus efectos”, arts. 14 a 24).

- Se consagran expresamente las garantías criminal (arts. 1¹⁰⁵⁰ y 3.1¹⁰⁵¹), penal (art. 5¹⁰⁵²) y jurisdiccional (art. 4.2¹⁰⁵³).

¹⁰⁴⁹ Puesto que la PLORRPM establece medidas y no penas juveniles, habría sido más acertado titular el Cap. I, “De las medidas”.

¹⁰⁵⁰ “La presente Ley se aplicará a los menores a quienes se impute la comisión de un hecho castigado como delito o falta en las Leyes penales”.

- . Se recogen una serie de reglas para la aplicación de las medidas, evitando, de este modo, que la determinación de la medida a aplicar quede al arbitrio del Juez (arts. 25 a 30).

- . Siguiendo la misma línea que el ALOPJM, la acción penal puede ser ejercitada por el acusador particular (art. 42)¹⁰⁵⁴.

3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA LEY

Tras una lectura detenida de los debates parlamentarios sobre PLOCP de 1994, podemos afirmar que, si bien existió acuerdo por parte de todos los Grupos

¹⁰⁵¹ “La presente Ley no se aplicará ni a las personas ni en supuestos diferentes de los indicados en los dos artículos anteriores”.

¹⁰⁵² “Los delitos y faltas realizadas por menores no tendrán otras consecuencias jurídicas penales que las previstas en la presente Ley”.

¹⁰⁵³ *No se impondrá medida alguna como consecuencia de hechos punibles cuyo enjuiciamiento corresponda a la jurisdicción de menores, sino de conformidad con las disposiciones de la presente Ley y en virtud de sentencia dictada por el Juez de Menores competente. Las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se aplicarán como supletorias en lo no previsto expresamente en la misma.*

¹⁰⁵⁴ El tenor literal del artículo 42 de la PLORRPM reza: “Puede ejercitar la acción penal como acusador particular: 1. El agraviado por el delito como titular de los intereses que la Ley penal protege al tipificar la conducta. 2. Si el agraviado por el delito hubiere fallecido, su cónyuge o persona con la que mantuviese de forma estable análoga relación de afectividad, sus ascendientes, descendientes, hermanos, consanguíneos por naturaleza, adopción o afines, y los herederos por este

Parlamentarios de elevar el límite de edad penal a dieciocho años¹⁰⁵⁵, sin embargo hubo importantes discrepancias en cuanto a la naturaleza jurídica de la Ley a que hacía referencia el artículo 20 del Proyecto (en la actualidad, artículo 19)¹⁰⁵⁶.

En efecto, los cambios semánticos en la denominación de la Ley no respondían a meras casualidades, sino a dos tendencias divergentes¹⁰⁵⁷: la mayoritaria, a la que nos adherimos, que apuesta por las garantías criminales y el tratamiento jurídico-penal del menor; y la minoritaria, de corte correctivo-asistencial, y radicalmente opuesta a un trato penal¹⁰⁵⁸.

orden. 3. Si carecieren de las condiciones necesarias para comparecer en juicio, podrá ejercitar por ellos la acción penal su representante legal”.

¹⁰⁵⁵ Con la excepción del Grupo Parlamentario Vasco y el Grupo Mixto (EuE), que interesaron mantener el límite de edad penal en dieciséis años, por faltar en los Juzgados los medios materiales y personales necesarios para dar respuesta a los menores de dieciséis a dieciocho años.

¹⁰⁵⁶ *Vid. supra* apartado 11.2.1. del Cap. II.

¹⁰⁵⁷ Como ha destacado LANDROVE DIAZ, G.: “La Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, cit., p. 3, los redactores de la LORRPM se debatían entre dos opciones: el modelo correctivo-asistencial, de larga vigencia en España; y el sistema penal juvenil, alternativo y paralelo al de los adultos. Véase la misma conclusión en RIOS MARTIN, J. C.: “Valoración crítica de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, cit., p. 80.

¹⁰⁵⁸ Esta segunda tendencia minoritaria es defendida por: RIOS MARTIN, J. C.: *El menor infractor ante la Ley penal*, cit., p. 248. Del mismo: “Críticas a la reforma “penal” de la Ley Orgánica 4/92 reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores”, cit., pp. 1-7; RIOS MARTIN, J. C./SEGOVIA BERNABE, J. L.: *La infancia en conflicto social. Tratamiento sociojurídico*, cit., pp. 62-87; y URRRA PORTILLO, que propone una Ley de naturaleza sancionadora-educativa, no penal, y que lleve por título “Ley de Justicia Juvenil”. Cfr. URRRA PORTILLO, J.: “Respuesta social al joven infractor. Metalegislación”, en *Política Criminal comparada, hoy y mañana*, cit., p. 217. Especialmente crítico a esta denominación se ha mostrado De La CUESTA ARZAMENDI, J. L.: “La Justicia juvenil en España: regulación actual y proyectos en curso”, *Azpilcueta*, núm. 11, 1998, p. 23, manifestando, con toda razón, que en la medida que el sistema sigue siendo mixto, esto es, punitivo-educativo, este “cambio de etiquetas” en la denominación de la Ley no determina una verdadera transformación del sistema, sino, al contrario, una peligrosa manifestación de buenas intenciones. Sobre este extremo, llama nuestra atención,

La propia Exposición de Motivos de la LORRPM es fiel reflejo de las divergencias entre los especialistas encargados de su redacción, en cuanto declara:

“ (...) la presente Ley Orgánica tiene ciertamente la naturaleza de disposición sancionadora, pues desarrolla la exigencia de una verdadera responsabilidad jurídica a los menores infractores, aunque referida específicamente a la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas por el Código penal y las restantes Leyes penales especiales. Al pretender ser la reacción jurídica dirigida al menor infractor una intervención de naturaleza educativa, aunque desde luego de especial intensidad”.

Sobre este particular, llama nuestra atención, por un lado, que se hable de *responsabilidad jurídica*, en términos eufemísticos, cuando en realidad nos hallamos ante una verdadera responsabilidad penal, aunque esté ubicada dentro de un Derecho

como no podía ser de otro modo, que la denominación de “Ley Orgánica reguladora de la Justicia de Menores” otorgada al Anteproyecto de 1 de julio de 1997, se justificase, inicialmente, en base “a que hay que exigir al menor infractor una auténtica responsabilidad sancionadora (aunque no sea penal)”. Cfr. BUENO ARUS, F.: “Anteproyecto de Ley Orgánica reguladora de la Justicia de Menores elaborado por el Ministerio de Justicia”, en *Eguzkilo*, núm. 11, San Sebastián, 1997, p. 160, y en cambio, un par de años más tarde, se afirme que la consideración de la naturaleza penal de la Ley “se presenta como la más satisfactoria y coherente desde una perspectiva constitucional, porque la Constitución atribuye a las penas aplicadas a los adultos una finalidad de reeducación, y porque los principios propios del Derecho penal (legalidad, imparcialidad judicial, derecho a la defensa, intervención mínima, control judicial de la ejecución) aseguran, mejor que los de cualquier otra rama del Derecho, las garantías atribuidas por la Constitución a los derechos fundamentales”. Cfr. BUENO ARUS, F.: “Líneas fundamentales sobre la reinserción de los menores delincuentes”, cit., p. 10.

penal específico, y, por otro, que bajo un aparente reconocimiento de la idea de prevención especial se esconda, subliminalmente, una finalidad de prevención general, bajo la frase *intervención de naturaleza educativa, aunque, desde luego, de especial intensidad*.

Desde luego, no parece razonable prescindir en materia de Justicia de Menores de las finalidades de prevención general, ni tampoco se puede huir de los efectos intimidatorios que comporta toda Ley, por ello, habría sido justo, en orden a evitar el, denominado por la doctrina, “fraude de etiquetas”, conjugar, sin pudor, las consideraciones de prevención general y especial, declarando expresamente en la Exposición de Motivos, que es, en definitiva, donde reside la filosofía de la norma, la naturaleza penal de la Ley¹⁰⁵⁹, toda vez que este reconocimiento no implica una contradicción con la finalidad preventivo-especial a la que va dirigida.

¹⁰⁵⁹ También reconoce expresamente la naturaleza penal de la Ley, entre otros, ORNOSA FERNANDEZ, R.: “Valoración crítica de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, en *La nueva Ley de responsabilidad penal del menor. (Aspectos técnico-jurídicos)*, cit., p. 62; CRUZ BLANCA, M. J.: *El menor como sujeto activo del delito*, cit., p. 535. Resume apropiadamente cuanto queremos expresar la siguiente disquisición de DOLZ LAGO, M. J.: “Algunos aspectos de la legislación penal de menores”, cit., p. 1510, “el problema de la obsesión por la despenalización del tratamiento a la delincuencia de menores procede de una concepción no constitucional del Derecho penal. Si se pensara en clave constitucional sobre el Derecho penal cambiaría la perspectiva, y en uso de una coherencia conceptual inexcusable, no tendríamos pudor en llamar a las cosas por su nombre, y puesto que estamos ante menores que cometen infracciones penales, habrá que darles un tratamiento jurídico-penal, con las especialidades que se quiera en relación con los adultos, pero jurídico-penal, y no inventarse la denominación del tratamiento para esconder la realidad”.

En cualquier caso, nuestro legislador ha optado por la naturaleza penal de la Ley, con ello se pretende un procedimiento revestido de las garantías exigidas por la Constitución y por la moderna doctrina procesal, sin embargo no abandona su pudor a la hora de llamar a las cosas por su nombre, declarando expresamente en la Exposición de Motivos que es una Ley de “naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa”¹⁰⁶⁰.

En conclusión, la LORRPM vertebra un auténtico proceso de naturaleza penal, pero, eso sí, con importantes especialidades¹⁰⁶¹ que, como veremos a renglón seguido, lo apartan de los principios inspiradores del proceso penal de adultos.

4. PRINCIPIOS INFORMADORES¹⁰⁶²

¹⁰⁶⁰ Al respecto, señala CRUZ BLANCA, M. J.: *El menor como sujeto activo del delito*, cit., p. 537, que esta denominación implica otorgar a la Ley un carácter mixto, que le hace cabalgar entre dos tendencias completamente antagónicas: una de corte clásico, referida al reconocimiento de los valores garantistas de nuestro Ordenamiento penal, y, otra, heredera del pensamiento positivista. En opinión de DOLZ LAGO, M. J.: “Justicia de Menores: aspectos de un procedimiento en crisis ante la crisis de los procedimientos penales”, cit., p. 953 y ss, la Ley debería haberse denominado Ley de responsabilidad social del menor. Esta propuesta ha sido aceptada por DIAZ MARTIN, R.: “Tratamiento procesal de la delincuencia de menores”, cit., p. 2014, en cuanto considera que los menores delincuentes no nacen, sino que los hace la sociedad. No obstante, propone como alternativa, en base a los postulados de la Justicia de Menores, la denominación, a nuestro juicio correcta, de Ley de la Jurisdicción de Menores, toda vez que éste constituye un nuevo orden jurisdiccional.

¹⁰⁶¹ Cfr., por todos, FABIA MIR, P.: “Comunicación. Las especialidades del procedimiento de menores con relación a los principios del Proceso penal”, en *Los principios del Proceso penal y la presunción constitucional de inocencia*, en CDJ, núm. V, CGPJ, 1992, pp. 500-510. Asiste la razón a FABIA MIR cuando afirma que el proceso penal para enjuiciar a los menores es especial en tanto es especial el sujeto al que se refiere, y especiales son las medidas susceptibles de aplicarse, dada su finalidad esencialmente educativa y resocializadora. *Ibidem*, p. 501.

Como la propia Exposición de Motivos de la LORCPJM disponía que su carácter era el “de una reforma urgente que adelanta parte de una renovada legislación sobre reforma de menores, que será objeto de medidas legislativas posteriores”, era de esperar que la LORRPM respetase sus principios básicos: interés del menor; reconocimiento de las garantías de nuestro Ordenamiento constitucional; principio de legalidad; principio de intervención mínima; principio de flexibilidad; principio de proporcionalidad; las indicaciones del Tribunal Constitucional en su sentencia 36/1991, de 14 de febrero; así como las normas de Derecho internacional, en particular, la Convención sobre los Derechos del Niño).

Consecuentemente, la LORRPM incorpora los principios básicos inspiradores de la reforma urgente y parcial de 1992, declarando expresamente su Exposición de Motivos los siguientes: el principio del superior interés del menor; las garantías de nuestro Ordenamiento constitucional; y las normas de Derecho internacional, con especial atención a la Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989. A estos principios se unen los propios del moderno Derecho procesal: el principio de oportunidad y el de mínima intervención.

¹⁰⁶² Al respecto, ha destacado POLO RODRIGUEZ, J. J./HUELAMO BUENDIA, A. J.: *La nueva Ley penal del menor*, cit., p. 11, que la LORRPM recoge los postulados de la Unión Europea, vigentes desde el Tratado de Amsterdam y consolidados en el Plan de Acción sobre el espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, aprobado por el Consejo de Ministros de Justicia e Interior de la Unión Europea de diciembre de 1998, y posteriormente incluidos en la Reunión de Madrid de los Ministros de Justicia de España, Francia e Italia, de 25 de enero de 1999.

También recoge la Exposición de Motivos de la Ley los principios expuestos en la moción aprobada unánimemente por el Congreso de los Diputados el 14 de mayo de 1994, sobre medidas para mejorar el marco jurídico de protección del menor¹⁰⁶³, y como criterios orientadores en su redacción, los contenidos recogidos en la doctrina del Tribunal Constitucional, singularmente en los fundamentos jurídicos de las sentencias 36/1991, de 14 de febrero, y 60/1995, de 17 de marzo, relativos, una vez más, a “ (...) las garantías y el respeto a los derechos fundamentales que necesariamente han de imperar en el procedimiento seguido ante los Juzgados de Menores, sin perjuicio de las modulaciones que, respecto del procedimiento ordinario, permiten tener en cuenta la naturaleza y finalidad de aquel tipo de proceso (...)”.

Asimismo, el artículo 1.3 de la LORRPM, al exigir que las personas destinatarias de esta Ley gocen de todos los derechos reconocidos en la Constitución y en el Ordenamiento jurídico y, en especial, en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, así como en la Convención sobre los Derechos del Niño, y en todas aquellas normas sobre protección de menores contenidas en los Tratados válidamente celebrados por España, vuelve a poner de relieve la necesidad de respetar los derechos y garantías del menor a lo largo del proceso.

¹⁰⁶³ *Vid. supra* apartado 10 del Cap. II.

En definitiva, entre los principios a los que parece responder la Ley es de interés destacar los siguientes: la naturaleza penal de la Justicia de Menores, sin perjuicio de sus especialidades; la sujeción del procedimiento a principios del proceso penal; los principios educativo, de publicidad restringida, de oportunidad de control judicial y de intervención mínima, teniendo siempre en cuenta el interés superior del menor; el sometimiento a la Justicia de los menores comprendidos entre catorce y dieciocho años; y la delimitación de un amplio catálogo de medidas que el Juez puede modificar.

Ahora bien, pese a que todos estos principios gozan de una correcta base educativa, sin embargo, como veremos, entre la Exposición de Motivos y el texto articulado existen numerosas contradicciones e incoherencias.

4.1. El interés superior del menor¹⁰⁶⁴

Este importante principio, conforme establece la *Convención sobre los Derechos del Niño* y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹⁰⁶⁵, debe informar la

¹⁰⁶⁴ Para el estudio de este principio véase lo ya expuesto en el apartado 5.2.2. del Cap. V, al analizar el interés del menor en la LORCPJM.

¹⁰⁶⁵ SSTC 36/1991, de 14 de febrero y 60/1995, de 17 de marzo, fundamentalmente.

legislación de menores¹⁰⁶⁶. En este sentido, como ya hemos expuesto en otro apartado de nuestro estudio, *la Convención*¹⁰⁶⁷ reconoce como principio fundamental “el interés superior del niño”, disponiendo en su artículo 3.1 que las medidas que adopten las Instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las Autoridades administrativas o los Órganos legislativos han de atender, como consideración primordial, al interés superior del menor¹⁰⁶⁸.

En cumplimiento del citado artículo 3.1 de la *Convención sobre los Derechos del Niño*, la LORRPM señala que se deberá atender al interés del menor: para la elección de la medida o medidas adecuadas, tanto por el Ministerio Fiscal y por el letrado del menor en sus postulaciones, como por el Juez en la sentencia (art. 7.3); para la modificación de la medida impuesta, ya sea de oficio por el Juez, o a instancia del Ministerio Fiscal, o del letrado del menor (art. 14.1); para la propuesta

¹⁰⁶⁶ El origen de su formulación se encuentra en el instrumento denominado Declaración de los Derechos del Niño, adoptado por la liga de Naciones en 1924, de donde pasó a la Declaración de Derechos del Niño de 1959. Los antecedentes legislativos en los que ya aparece consagrado este principio son: La ley de 13 de mayo de 1981 de Reforma de la Patria Potestad, en la nueva redacción que reciben los arts. 154 y 172 del CC; la Ley 13/1983, de 24 de octubre, que modificó el CC en materia de tutela, en la nueva redacción que recibe el art. 216; la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de reforma del CC y la LEC, en materia de adopción, tutela y otra forma de protección de menores en la nueva redacción de los arts. 172.4, 176.1 y 180.1 del CC; y en la LO 1/1996, de 15 de enero. Cfr. FERNANDEZ CASADO, M. D.: “Una aproximación al principio del interés superior del menor”, en *Protección jurídica del menor*, 1997, pp. 250 y 251. A los anteriores textos legislativos hay que añadir, por nuestra parte, la LORCPJM.

¹⁰⁶⁷ *Vid. supra* apartado 3 del Cap. VI, donde se recoge la normativa internacional que debe inspirar esta materia, además de la *Convención sobre los Derechos del Niño*, las *Reglas mínimas para la administración de Justicia (Reglas Beijing)*, de 29 de noviembre de 1985, y las *Reacciones sociales ante la delincuencia juvenil*, de 7 de septiembre de 1987.

de las medidas por parte del Ministerio Fiscal en su actuación instructora (art. 23.1); en la elaboración del informe del Equipo Técnico (art. 27.3 y 4); en la adopción de las medidas cautelares por parte del Juez (art. 28.1); para el traslado del menor a un centro alejado de su entorno familiar y social (art. 46.3); para que el Juez, de oficio, o a instancia del Ministerio Fiscal, valore si una vez cumplida la medida impuesta son necesarios los mecanismos de protección del menor, conforme a las normas del Código civil.

Así, pues, en la medida que el interés del menor siempre ha de prevalecer¹⁰⁶⁹, pues, en definitiva, es lo que otorga singularidad al proceso de menores, en muchos casos, puede llegar a determinar la improcedencia de una medida ante su falta de efectividad o necesidad.

Este principio también aparece expresamente reconocido en la propia Exposición de Motivos de la Ley, que declara: “(...) en el Derecho penal de menores ha de primar, como elemento determinante del procedimiento y de las medidas que se adopten, el superior interés del menor. Interés que ha de ser valorado con criterios

¹⁰⁶⁸ Este principio también aparece recogido en los arts. 9, 18, 20, 21, 37 y 40 de *la Convención sobre los Derechos del Niño*.

¹⁰⁶⁹ Sobre la importancia de este principio, cfr. PANTOJA GARCIA, F./MUÑOZ MARIN, A./PARAMO y De SANTIAGO, C./Del MORAL GARCIA, A.: “La Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores. (Anotaciones tras ocho meses de aplicación)”, cit., p. 136.

técnicos y no formalistas por equipos de profesionales especializados en el ámbito de las Ciencias no jurídicas (...).”.

Aún cuando este principio representa el reconocimiento y protección jurídico-positiva de los Derechos fundamentales del menor, sin embargo también ha sido objeto de crítica debido a su indeterminación¹⁰⁷⁰. En opinión de URRRA PORTILLO la mejor forma de dar cumplimiento a este principio es a través de una doble vía: permitir que el menor exprese su parecer; y tener presente sus opiniones en todas aquellas diligencias que le afecten¹⁰⁷¹.

4.2. El principio de oportunidad

La LORRPM ha introducido el principio de oportunidad¹⁰⁷², en virtud del cual se ofrece al titular de la acción penal, esto es, el Ministerio Fiscal, la posibilidad de no ejercitarla en los supuestos previstos en el artículo 18, siempre y cuando *los hechos*

¹⁰⁷⁰ Al respecto, destaca FERNANDEZ CASADO, M. D.: “Una aproximación al principio del interés superior del menor”, cit., p. 248, que junto a la indeterminación se ha unido otra crítica sobre la base de que los valores empleados para dar contenido al principio del interés superior del niño han sido amenudo inapropiados, incluso se han levantado otras críticas por su posible inadecuación en algunos ambientes culturales.

¹⁰⁷¹ Cfr. URRRA PORTILLO, J.: *Niños y no tan niños*, Madrid, 1998, p. 74.

¹⁰⁷² Un estudio detallado sobre las fórmulas basadas en el principio de oportunidad en GONZALEZ CANO, M. I.: “Nuevas manifestaciones del principio de oportunidad en la Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores”, en *Tribunales de Justicia* 2000/7, pp. 827-844.

denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas, o faltas, tipificados en el Código penal o en las Leyes penales especiales. En tal caso, el Ministerio Fiscal dará traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para la aplicación de lo establecido en el artículo 3 de la presente Ley (...).

Asimismo, la Ley cumple con los mecanismos necesarios para que el Ministerio Fiscal pueda sobreseer el expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima¹⁰⁷³, atendiendo, como señala el artículo 19, (...) *a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos (...). El desistimiento en la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta.*

También puede el Equipo Técnico informar, *si lo considera conveniente y en interés del menor, sobre la posibilidad de que éste efectúe una actividad reparadora o de conciliación con la víctima, de acuerdo con lo dispuesto en el citado artículo*

¹⁰⁷³ Un estudio sobre los mecanismos de reparación del daño causado y de conciliación con la víctima, como cauce para la realización de los principios de superior interés del menor e intervención mínima, en PERIS RIERA, J.: “El modelo de mediación y reparación en el nuevo marco de la responsabilidad penal de los menores previsto por la Ley Orgánica 5/2000”, en *La Ley*, núm. 5250, pp. 1-4.

19 de esta Ley, con indicación expresa del contenido y finalidad de la mencionada actividad (art. 27.3).

Respecto del principio de oportunidad, podemos afirmar que la LORRPM cumple la recomendación de *las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing)*, recogida en el artículo 6.1, que dispone:

“habida cuenta de las diversas necesidades de los menores, así como de la diversidad de medidas disponibles se facultará un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en los distintos niveles de la Administración de Justicia de Menores, incluidos los de investigación, procesamiento, sentencia y de las medidas complementarias de las decisiones”.

Igualmente, se da cumplimiento a la Recomendación núm. (87) 20, de 17 de septiembre de 1987, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre *Reacciones sociales ante la delincuencia juvenil*, que en su Regla II recomienda:

“ Alentar el desarrollo de procedimientos de desjudicialización y de mediación (...) a fin de evitar a los menores la asunción por el sistema de Justicia penal y las consecuencias derivadas de ello (...).

En efecto, el principio de oportunidad es la vía que permite poner en práctica el mecanismo de la desjudicialización, evitando el proceso penal formal. Sin embargo, pese a sus indudables ventajas¹⁰⁷⁴, esta técnica no está exenta de críticas. Así, se ha planteado como principales inconvenientes, por un lado, que la renuncia a una intervención formal, acompañada de medidas alternativas, conlleva el riesgo de someter al control social a menores acusados de delitos de escasa relevancia que, en caso de no existir esta estrategia, habrían quedado al margen de la Administración de Justicia. Y, por otro, que con este mecanismo se puede llegar a imponer al menor medidas de mayor intensidad que las que se habrían podido adoptar en un procedimiento formal¹⁰⁷⁵.

En relación con la última consideración, toda vez que a través del principio de oportunidad se concede un amplio margen de discrecionalidad al Ministerio Fiscal, el mayor problema que puede plantear la introducción de la desjudicialización radica, a nuestro juicio, en una aplicación desigual de las medidas de intervención informales entre los distintos ámbitos territoriales e incluso dentro de uno mismo.

¹⁰⁷⁴ Este mecanismo, que persigue el sobreesimiento del proceso o desjudicialización plena, plantea como ventajas una actividad fuera del marco judicial, evitando, así, la entrada del menor en este circuito (diversión) mediante planes de actuación en el ámbito de la policía, la fiscalía y los tribunales, o bien a través de una desjudicialización parcial, aplicando planes de reparación obligatoria dentro del marco de la sanción judicial, ya sea como medida independiente o como instrucción adicional al cumplimiento de otra pena. Otra de las ventajas de las sanciones alternativas que permite la desjudicialización consiste en su enfoque directo a la víctima, como en el caso de la conciliación, o indirecto, mediante tareas de reparación a la sociedad, u otros servicios a la comunidad. Cfr., más ampliamente, en MARTINEZ GUIJARRO, J. L.: “La Ley del Menor de Castilla-La Mancha”, cit., pp. 153 y 154.

De ahí que se hayan planteado dudas sobre la compatibilidad de la desjudicialización con alguno de los principios consagrados por un Estado social y democrático de Derecho (principio de igualdad ante la Ley, principio de taxatividad o mandato de certeza)¹⁰⁷⁶.

Por nuestra parte, señalar que estas medidas de intervención informal¹⁰⁷⁷, previstas como posible motivo de sobreseimiento del expediente, pero no como medidas aplicables, merecen nuestra aprobación, de una parte, porque permiten dejar al menor que ha cometido un hecho de escasa importancia al margen de la Justicia penal, evitando, de este modo, los efectos estigmatizantes del proceso, y, de otra, porque constituyen actuaciones extrajudiciales de destacado contenido educativo, al gozar de una doble cualidad: proporcionar un elemento de satisfacción a la víctima; y, a la vez, facilitar una actuación resocializadora para el menor infractor. Por todo

¹⁰⁷⁵ Cfr. GARCIA PEREZ, O.: “Los actuales principios rectores del Derecho penal juvenil: un análisis crítico”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2º Epoca, núm. 3 (1999), pp. 49 y 50.

¹⁰⁷⁶ Acertadamente advierte GARCIA PEREZ que ante hechos idénticos cometidos por menores con una personalidad similar, no se puede predecir cuáles van a ser las consecuencias derivadas de los mismos. *Ibídem*, pp. 53 y 54.

¹⁰⁷⁷ La mediación nace en España a comienzos de los años noventa. Cfr. GIMENEZ-SALINAS i COLOMER, E.: “La mediación en el sistema de Justicia juvenil: una visión desde el Derecho comparado”, en *Eguzkilo*, núm. 10, San Sebastián, Diciembre 1996, p. 203, y persigue, como ha precisado un compromiso entre el menor y la víctima, a fin de solucionar el conflicto surgido. Para ello intervendrá una tercera persona que no pertenece al sistema de Justicia Penal; de ahí que la desjudicialización a través de la mediación se plantee como una etapa intermedia entre la prevención y la intervención de la Justicia penal. Cfr., al respecto, GIMENEZ-SALINAS i COLOMER, E.: “La reacción social a la delincuencia juvenil: la prevención, la desjudicialización, la Justicia de Menores”, cit., p. 57.

ello, es lógico entender que hayan alcanzado una gran aceptación entre nuestros doctrinarios.

Por último, baste decir que aunque la finalidad perseguida por la desjudicialización es sustituir el proceso penal formal por sanciones alternativas, como la reparación, conciliación o mediación, esto no debe significar, en ningún caso, prescindir de las garantías procesales básicas reconocidas al menor.

4.3. El principio de intervención mínima

Este principio, que aparece consagrado a lo largo de todo el articulado de la Ley¹⁰⁷⁸, otorga al Ministerio Fiscal, e incluso al Juez, la posibilidad de acabar con el proceso, acudiendo a otras vías para lograr la efectiva reinserción del menor, y reducir o dejar sin efecto las medidas adoptadas en la sentencia.

4.4. El principio de publicidad restringida

El principio de publicidad en el proceso, pese a ser un principio orientado a conseguir la objetividad y transparencia del mismo, es uno de los principios que

resultan más drásticamente alterados en el proceso de menores¹⁰⁷⁹, y donde con mayor claridad se observa la especialidad de este proceso, toda vez que prevalece el derecho del menor a su intimidad, a su propia imagen, y a su honor¹⁰⁸⁰.

4.5. El principio de proporcionalidad

Que duda cabe que la Justicia de Menores, al tener como objetivo la reinserción y rehabilitación del menor, no puede atender exclusivamente en el momento de elegir la medida aplicable a la gravedad del hecho cometido. Ahora bien, toda vez que nos hallamos ante un Derecho penal, aunque éste sea específico, pero al fin y al cabo es penal, el principio constitucional de prohibición de exceso o proporcionalidad debe ser respetado. En este sentido, no deja de ser significativo para comprender la filosofía subliminal de la Ley el hecho que la Exposición de Motivos rechace expresamente algunas finalidades propias del Derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción, y, sin embargo, como destacaremos en cada lugar oportuno, valore este principio en muchos de sus artículos. Esta contradicción es todo un síntoma de lo que la doctrina denomina “fraude de

¹⁰⁷⁸ *Vid.* arts. 14, 18, 19, 40 y 51.

¹⁰⁷⁹ Cfr. FABIA MIR, P.: “Comunicación. Las especialidades del procedimiento de menores con relación a los principios del Proceso penal”, cit., p. 505.

¹⁰⁸⁰ *Vid.* art. 35.

etiquetas”, o, tal vez, se trate de una manifiesta incapacidad o pudor por parte del legislador a la hora de llamar a las cosas por su nombre.

El principio de proporcionalidad aparece reflejado en el artículo 8.2 de la Ley que señala:

Tampoco podrá exceder la duración de las medidas privativas de libertad contempladas en el artículo 7.1.a), b), c), d) y g), en ningún caso, del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se le hubiere impuesto por el mismo hecho, si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable de acuerdo con el Código penal.

El párrafo segundo del citado artículo 8 se sitúa en la misma línea que la establecida por el vigente Código penal para las medidas de seguridad previstas para los adultos. Entendemos que esta solución es correcta, toda vez que la determinación de las medidas de seguridad debe estar informada por el principio de proporcionalidad y prohibición de exceso. Este es también el sentido recogido en el fallo de la STC 61/1998, de 17 de marzo, que sigue manteniendo la estricta interpretación de lo declarado en su día por la STC 36/1991, de 14 de febrero¹⁰⁸¹,

¹⁰⁸¹ Vid. *supra* apartado 4 del Cap. V.

acerca de la imposibilidad de establecer medidas más graves o de una duración superior a la que correspondería por los mismos hechos si se tratase de un adulto¹⁰⁸².

5. ASPECTOS SUSTANTIVOS

Como se ha señalado anteriormente, en tanto que la Ley tiene naturaleza jurídico-penal, regula conjuntamente tanto aspectos sustantivos, como procesales y de ejecución. A continuación, corresponde analizar los aspectos relativos a la normativa de carácter material que recoge el texto. A estos efectos, se hará referencia a los principios generales que han inspirado la elaboración y que deben presidir la interpretación de la Ley, así como a las clases y naturaleza de las consecuencias jurídicas que en la misma se prevén.

¹⁰⁸² Una opinión discrepante puede verse en SANCHEZ GARCIA, M. I.: “La nueva Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor”, cit., p. 718, para quien el principio de proporcionalidad debe atender, no a la gravedad del delito cometido, sino a la gravedad de los delitos cuya comisión se considera probable y a la peligrosidad del delincuente. Bajo esta perspectiva defiende la fórmula del principio de proporcionalidad de las medidas contenida en el artículo 133 del PLOCP de 1980, según el cual éstas debían guardar proporción “con la peligrosidad revelada por el hecho cometido y la gravedad de los que resulte probable que el sujeto pueda cometer”. Parece lógico, a la luz de lo expuesto, hablar de un Derecho penal de autor, y de una consecuente infracción del principio de legalidad, toda vez que parece resultar más importante la personalidad o forma de ser del menor, que los hechos delictivos que haya cometido. Más acertada es, a nuestro juicio, la postura de GARCIA PEREZ, O.: “Los actuales principios rectores del Derecho penal juvenil: un análisis crítico”, cit., p. 76, que propone, en atención al principio de proporcionalidad, que los hechos delictivos cometidos por menores se sancionen con medidas menos lesivas que las que le hubieren correspondido en caso de ser adultos. Por nuestra parte, tan sólo, añadir a esta última cita que, en la medida que el menor no ha alcanzado el grado de desarrollo que el adulto, es lógico que merezca una respuesta más leve, o, al menos, acorde con su grado de evolución.

El ámbito de aplicación material del texto se recoge en sus artículos 1 al 15, conformadores del Título Preliminar, que contiene una “declaración general”, el Título I rubricado “Del ámbito de aplicación de la Ley”, y, finalmente, el Título II rubricado “De las medidas”.

En términos generales, el Derecho penal sustantivo acogido por la LORRPM responde a los principios de la Ciencia penal moderna¹⁰⁸³ y a las orientaciones de la normativa internacional en esta materia.

5.1. Alcance de la Ley

5.1.1. Ámbito de aplicación objetivo

En cuanto a la competencia territorial, el artículo 2.3 de la LORRPM señala el lugar del delito, declarando su tenor:

¹⁰⁸³ Cfr., por todos, HERRERO HERRERO, C.: “La legislación del menor: Aspectos criminológicos”, cit., p. 55.

La competencia corresponde al Juez de Menores de lugar donde se haya cometido el hecho delictivo, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 20.3 de esta Ley.

Este último artículo introduce, en cambio, un nuevo criterio de competencia para los supuestos de conexidad: el domicilio del menor. Su redacción literal reza así:

En los casos en los que los delitos atribuidos al menor expedientado hubieran sido cometidos en diferentes territorios, la determinación del órgano judicial competente para el enjuiciamiento de todos ellos en unidad de expediente, así como de las Entidades públicas competentes para la ejecución de las medidas que se apliquen, se hará teniendo en cuenta el lugar del domicilio del menor y, subsidiariamente, los criterios expresados en el artículo 18 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Qué duda cabe que las medidas deben ejecutarse en el propio medio del menor, pues, de lo contrario, si la Entidad pública competente de la ejecución está fuera de la zona o domicilio donde reside el menor, las medidas, sobre todo si son privativas de libertad, perderán la finalidad que persiguen, esto es, la reinserción del menor infractor, al propiciar los procesos de exclusión social¹⁰⁸⁴.

5.1.2. Ámbito de aplicación subjetivo

El artículo 1.1. de la LORRPM establece, con carácter general, su propio ámbito de aplicación subjetivo, al señalar:

Esta Ley 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.

Además, el artículo 1.2 de la Ley prevé también la posibilidad de aplicar sus disposiciones *a las personas mayores de dieciocho y menores de veintiuno, en los términos establecidos en el artículo 4 de la misma.*

Al efecto de referirse a las personas destinatarias de la Ley, el artículo 1.4 establece que *se utiliza el término menores para referirse a las que no han cumplido dieciocho años, y el de jóvenes para referirse a las mayores de dicha edad.*

¹⁰⁸⁴ Una opinión similar en POLO RODRIGUEZ, J. J./HUELAMO BUENDIA, A. J.: *La nueva Ley penal del menor*, cit., p. 21.

Así, pues, a los efectos de aplicación de la Ley, se distingue hasta tres categorías, en base a la edad del sujeto¹⁰⁸⁵: 1. menores de catorce años; 2. menores de catorce a dieciocho años; 3. y, excepcionalmente, jóvenes de dieciocho a veintiún años.

5.1.2.1. Régimen de los menores de catorce años

El artículo 3 de la LORRPM, bajo la rúbrica “régimen de los menores de catorce años”, señala:

Cuando el autor de los hechos mencionados en los artículos anteriores sea menor de catorce años, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la presente Ley, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes. El Ministerio Fiscal deberá remitir a la entidad pública de protección de menores testimonio de los

¹⁰⁸⁵ Al respecto, la Psicología y Psiquiatría actual del desarrollo humano diferencian tres etapas correspondientes a la infancia, adolescencia y edad semiadulta, que, como ha destacado SANCHEZ GARCIA M. I.: *Minoría de edad penal y Derecho penal juvenil*, cit., pp. 131-152, no deja de tener relevancia en el ámbito jurídico-penal. En efecto, como señala la Exposición de Motivos de la LORRPM “se diferencian, en el ámbito de aplicación de la Ley y de la graduación de las consecuencias por los hechos cometidos, dos tramos, de catorce a dieciséis y de diecisiete a dieciocho años, por representar uno y otro grupo diferencias características que requieren, desde un punto de vista científico y jurídico, un tratamiento diferenciado”. En definitiva, como señala ABELLA i FERRAN, M.: “La intervención educativa en el ámbito judicial en jóvenes de dieciséis a dieciocho años”, en *Studia Iuridica*, 8, editado por el CGPJ y el CEJFE de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1994, p. 44, se trata de adecuar la respuesta penal a la fase evolutiva del menor-joven, adaptando las sanciones a sus condiciones personales y familiares, teniendo en cuenta, además, la gravedad de los hechos cometidos.

*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 aquél conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero*¹⁰⁸⁶.

En la medida que las ciencias de la Psicología y la Psiquiatría no pueden afirmar con carácter general cuando las capacidades de comprensión y dirección están totalmente desarrolladas en el ser humano¹⁰⁸⁷, la determinación de los catorce años como límite mínimo¹⁰⁸⁸ ha respondido, más que a cuestiones científicas¹⁰⁸⁹, a

¹⁰⁸⁶ Recordemos que la LORCPJM declaraba la competencia de los Jueces de Menores respecto 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 (art. 9.1). Así, pues, fijaba el tope mínimo de edad en doce años, mientras que la LORRPM lo estable en catorce, lo que significa que se ha retrasado en dos años la edad para alcanzar la responsabilidad penal, conforme a la citada Ley.

¹⁰⁸⁷ Cfr. CRUZ BLANCA, M. J.: *El menor como sujeto activo del delito*, cit., p. 540. Así, se da el caso de sujetos con características del nivel inferior y otros con la misma edad cronológica con rasgos típicos de una edad superior. Cfr. VVAA.: *Psicología jurídica del menor*, coordinado por URRA PORTILLO, J. y CLEMENTE, M., Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1997, p. 421.

¹⁰⁸⁸ El tope mínimo propuesto por, prácticamente, la generalidad de la doctrina, a partir del cual interviene el Derecho penal juvenil, comprende el segmento de edad de los doce a los quince años. Así, entre nuestros doctrinarios, se muestran partidarios de los doce años: URRA PORTILLO, J.: *Menores, la transformación de la realidad. Ley Orgánica 4/1992*, cit., p. 205; GOMEZ BENITEZ, J. M.: *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*, cit., p. 483; MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ, J. M.: “La imputabilidad”, cit., p. 1610; HERRERO HERRERO, C.: “La legislación del menor: Aspectos criminológicos”, cit., p. 55. A favor de los trece años: BUSTOS RAMIREZ, J.: “Imputabilidad y edad penal”, cit., p. 482; CANTARERO, R.: *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación: Derecho penal y procesal de menores*, cit., p. 229. Entre los trece o catorce años, SANCHEZ GARCIA, M. I.: *Minoría de edad penal y Derecho penal juvenil*, cit., p. 154; De La CUESTA ARZAMENDI, J. L.: “Líneas directrices de un nuevo Derecho penal juvenil y de menores”, cit., pp. 63 y 68. A partir de los catorce, SILVA SANCHEZ, J. M.: “El régimen de la minoría”, cit., p. 185, si bien también ha propuesto que la Ley penal juvenil englobe a los sujetos de edad superior a doce años, por la comisión de hechos antijurídicos, pudiendo, incluso, rebajar este límite hasta los diez años, o más, pero siempre diferenciando al menor abandonado, desprotegido o agredido, del menor que comete hechos antijurídicos. Entre catorce y dieciséis años

acuerdos transaccionales o políticos entre los distintos Grupos Parlamentarios¹⁰⁹⁰.

En este sentido, en un reciente debate en las jornadas de Jueces de Menores

SERRANO GOMEZ, A.: *Delincuencia juvenil en España. Estudio criminológico*, cit., p. 33. Sobre el particular, ha precisado SERRANO GOMEZ que el joven se inicia en el delito a edad temprana, teniendo gran importancia a partir de los catorce años. *Ibidem*, p. 182. A los dieciséis GARCIA PEREZ, O.: “Los actuales principios rectores del Derecho penal juvenil: un análisis crítico”, cit., p. 70.

¹⁰⁸⁹ En efecto, el DSM-III-R: *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*, Barcelona, 1988, pp. 31-118, y el DSM-IV-R: *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*, Barcelona, 1995, pp. 39-128, manuales que constituyen una guía útil para la práctica clínica, siendo ampliamente aceptados en los Estados Unidos como lenguaje común entre los profesionales de la salud mental, si bien diferencian entre infancia, niñez y adolescencia para describir una serie de trastornos que suelen diagnosticarse por primera vez en estas etapas, en cambio, precisan que “no existe una edad límite arbitraria que permita definir el periodo de la niñez y la adolescencia”. Así también lo ha interpretado GARCIA-PABLOS, A.: “Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores”, cit., p. 257, al señalar que la diferenciación entre menor y joven responde a enfoques evolutivos y no a criterios biológicos rígidos y apriorísticos como el de la edad.

¹⁰⁹⁰ Así, mientras el Grupo Parlamentario Popular abogó inicialmente, durante el decurso de la tramitación del Código de 1995, porque el límite mínimo de edad penal se fijase en catorce años, lo que se plasmó en su Anteproyecto de Ley Orgánica reguladora de la Justicia de menores, sin embargo en el PLORRPM rebajó dicho tope hasta los trece años. En este sentido, interesaron la elevación de la edad a catorce años las enmiendas núms. 4 (Grupo Parlamentario Vasco-PNV), 27 (Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida), y 69, 89 y 111 (Grupo Parlamentario Mixto). *Vid. BOCG. Congreso de los Diputados*, VI legislatura, serie A, núm. 144-11, de 13 de abril de 1999. En este sentido, el diputado Cuesta Martínez, por el Grupo Parlamentario Socialista, manifestaba en sesión plenaria ante el Congreso de los Diputados: “(...) No entendemos, señora Ministra, por qué se establece la edad mínima para la aplicación de esta Ley en los trece años. Y no lo entendemos a la vista, sobre todo, de la legislación comparada. Es mayoritario un umbral mínimo en los catorce años y no en los trece, con las especificidades de los sistemas anglosajones. No entendemos de dónde viene esa previsión de los trece años. Unicef, por ejemplo, en sus recientes recomendaciones apuesta por los catorce años. Y el manifiesto del grupo de estudios de política criminal acerca de la Justicia juvenil también apuesta por ese umbral de los catorce años (...)”. *Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno y Diputación Permanente, VI legislatura, núm. 217, sesión plenaria núm. 209, de 25 de febrero de 1999, p. 11613. La elección de los trece años por el PLORRPM fue justificada en la misma sesión plenaria por la entonces Ministra de Justicia, Mariscal De Gante, indicando que “corresponde al límite que sugiere el Libro Blanco de la Justicia, aprobado por el CGPJ en 1997, y además coincide precisamente con otros antecedentes como el ALOPJM, elaborado en 1995. También debe recordarse que este límite es coherente con otros criterios de madurez, como el que ostenta, por ejemplo, en la reforma del Título VIII del libro II del Código penal recientemente aprobado por esta Cámara y actualmente en trámite en el Senado”. La Ponencia en el informe emitido sobre el PLORRPM propuso a la Comisión la aceptación de estas cinco enmiendas, elevándose así la edad a partir de la cual se puede exigir responsabilidad a los menores con arreglo a esta Ley. *Vid. BOCG. Congreso de los Diputados*, VI

celebradas en el CGPJ, se llegó a la conclusión de que el límite inferior era una cuestión de política-criminal y no del grado de madurez del menor.

Consecuentemente, el binomio minoría-mayoría de edad penal se establece, no en base a que las conductas delictivas cometidas por menores son necesariamente irrelevantes, como reza la Exposición de Motivos de la Ley, sino porque no parece conveniente que por debajo de una determinada edad, que se fija en función de la tolerancia de la sociedad¹⁰⁹¹, los menores entren en contacto con las instancias de control y sufran las incidencias de un proceso¹⁰⁹².

En efecto, la Exposición de Motivos de la LORRPM justifica la fijación del límite en catorce años¹⁰⁹³ “en base a la convicción de que las infracciones cometidas por los niños menores de esta edad son en general irrelevantes y que, en lo escasos supuestos en que aquéllas pueden producir alarma social, son suficientes para darles

legislatura, serie A, núm. 144-12, de 15 de octubre de 1999, p. 257, y *BOCG. Congreso de los Diputados*, VI legislatura, serie A, núm. 144-13, de 27 de octubre de 1999, p. 288.

¹⁰⁹¹ Cfr. GIMENEZ-SALINAS i COLOMER, E.: “La nueva Ley de Justicia juvenil en España: un reto para el 2000”, cit., p. 118.

¹⁰⁹² Cfr. GONZALEZ ZORRILLA, C.: “Minoría de edad penal. Imputabilidad y responsabilidad”, cit., p. 178.

¹⁰⁹³ Respecto del límite mínimo de edad a partir del cual surge la responsabilidad de los menores, como señala el ATC núm. 286/ 1991, de 1 de octubre, desestimatorio de la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1094/1991, formulada por el Juez de lo Penal núm. 11 de Barcelona, “(...) el que de acuerdo al artículo 1 de la Convención de los Derechos del Niño, sea niño todo ser humano menor de dieciocho años, no empece para que esta Convención en su artículo 40.3.a) reconozca a los Estados firmantes la potestad de fijar por Ley una edad por debajo de la cual se presuma la inimputabilidad del niño”.

una respuesta igualmente adecuada los ámbitos familiares y la asistencia civil, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado”. Esta justificación que ofrece Exposición de Motivos no parece muy ajustada a la realidad española, en la medida que las estadísticas policiales referentes a los años 1996-1998 apuntan a un amplio volumen de menores de entre doce y catorce años detenidos por delitos graves¹⁰⁹⁴.

Por otro lado, que el menor de catorce años quede excluido del ámbito de aplicación de la Ley no quiere decir que los hechos delictivos cometidos por él dejan de tener relevancia para el Derecho penal, toda vez que, desde una perspectiva dogmática, estas infracciones cometidas por menores pueden ser significativas, por ejemplo, para depurar la responsabilidad penal del inductor o cómplice mayor de edad.

Ahora bien, puede parecer a algunos que los catorce años es una edad muy temprana para que empiece a surtir efecto la responsabilidad penal¹⁰⁹⁵; sin embargo,

¹⁰⁹⁴ Cfr., por todos, HERRERO HERRERO, C.: “La legislación del menor: Aspectos criminológicos”, cit., p. 39, donde llega a la conclusión, tras analizar las estadísticas policiales relativas a los años 1996-1998, si bien no son del todo fidedignas al excluir la “cifra negra”, que, al igual que sucede en los países de nuestro entorno, los infractores son cada vez más jóvenes (entre diez y doce años) y violentos.

¹⁰⁹⁵ Algunos de nuestros doctrinarios echan en falta que el Código penal de 1995 no recoga en el artículo 20, como causa de exclusión de la responsabilidad criminal conforme a la totalidad del Ordenamiento jurídico, el tope mínimo de edad a partir del cual se exige responsabilidad al menor. Así, por ejemplo, advierte MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ, J. M.: “La imputabilidad”, cit., p. 1610, que hace más de cuarenta años que muchos países europeos fijaron un límite inferior de edad, por debajo del cual no debía intervenir la Justicia. Esta observación también ha sido recogida por

hay que tener en cuenta, como señala QUINTERO OLIVARES, que este límite, sólo, determina la aplicación del tratamiento penal específico para menores y jóvenes¹⁰⁹⁶. Otro dato a tener en cuenta es que en la mayoría de los países de nuestra área cultural la responsabilidad penal se adquiere, de forma escalonada, a partir de los trece o catorce años¹⁰⁹⁷. En el mismo sentido, señala GIMENEZ-SALINAS, que el Código penal de 1995 ha optado por la línea implantada en Derecho comparado, que excluye la franja de edades comprendida entre los doce y los catorce años¹⁰⁹⁸.

5.1.2.2. Menores de catorce a dieciocho años

El artículo 5.1 de la Ley parte de una presunción de responsabilidad respecto de los menores de edad comprendida entre los catorce y los dieciocho años, en los siguientes términos:

RUIZ VADILLO, E.: “Comentario al artículo 19”, cit., p. 576. También son partidarios de establecer un tope mínimo de edad en el propio Código penal BERISTAIN IPÍÑA, A.: *Jóvenes infractores en el tercer milenio*, compilado por GALVAN GONZALEZ, F. y VIDAURRI ARECHIGA, M., Universidad de Guanajuato, 1996, p. 111, y GARCIA PEREZ, O.: “Los actuales principios rectores del Derecho penal juvenil: un análisis crítico”, cit., p. 65.

¹⁰⁹⁶ Cfr. QUINTERO OLIVARES, G.: *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 433.

¹⁰⁹⁷ Cfr. GIMENEZ-SALINAS i COLOMER, E.: “Principios básicos para un nuevo Derecho penal juvenil”, en *Jornadas de estudio de la legislación del menor*, Consejo Superior de Protección de Menores, Ministerio de Justicia, 1985, p. 263.

¹⁰⁹⁸ Este es el caso de países como Alemania, Austria o Francia. Cfr. GIMENEZ-SALINAS y COLOMER, E.: “La nueva Ley de Justicia juvenil en España: un reto para el 2000”, cit., p. 118.

1. Los menores serán responsables con arreglo a esta Ley cuando hayan cometido los hechos a los que se refiere el artículo 1 y no concurra en ellos ninguna de las causas de exención o de extinción de la responsabilidad criminal previstas en el vigente Código penal.

2. No obstante lo anterior, a los menores en los quienes concurran las circunstancias previstas en los números 1º, 2º y 3º del artículo 20 del vigente Código penal les serán aplicables, en caso necesario, las medidas terapéuticas a las que se refiere el artículo 7.1, letras d) y e) de la presente Ley.

Respecto de esta categoría de edad, hay que precisar que, si bien los dieciocho años marcan el fin de la adolescencia y el comienzo de la juventud, lo que suele faltar a esta edad no es tanto la inteligencia, que ya está desarrollada, como el carácter, la voluntad y, en definitiva, la madurez personal¹⁰⁹⁹.

Al respecto, se ha precisado que el concepto de adolescencia¹¹⁰⁰, cuyo fin, como acabamos de señalar, suele identificarse en los países de nuestro entorno hacia los

¹⁰⁹⁹ Cfr. MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ, J. M.: “La imputabilidad”, cit., p. 1610.

¹¹⁰⁰ Esta fase de desarrollo representa una compleja interacción entre los procesos biológicos, psicológicos y sociales. Para un completo estudio de este periodo, desde el punto de vista de las ciencias de la Psicología y Psiquiatría cfr. MARCHESI, A./CARRETERO, M/PALACIOS, J.: *Psicología evolutiva. 3. Adolescencia, madurez y senectud*, 5º reimpresión, Madrid, 1997, pp. 9-138.

dieciocho años, es un concepto fundamentalmente político-jurídico, amalgamado con algunos elementos psicológicos y sociológicos, que no siempre responde a la realidad de las cosas¹¹⁰¹. Y es que, en ningún otro ámbito se demuestra más claramente que la adolescencia es un fenómeno culturalmente sensible y mutable¹¹⁰², en función de cada sociedad¹¹⁰³, y no estrictamente delimitado por indicadores biológicos¹¹⁰⁴.

5.1.2.3. Jóvenes de dieciocho a veintiún años

El artículo 4 de la LORRPM, bajo la rúbrica “régimen de los mayores de dieciocho años”, establece la posibilidad de aplicar las disposiciones de la Ley a los sujetos mayores de dieciocho y menores de veintiún años¹¹⁰⁵, de conformidad con lo

¹¹⁰¹ Cfr. HERRERO HERRERO, C.: “La legislación del menor: Aspectos criminológicos”, cit., p. 36.

¹¹⁰² Cfr. KAPLAN, H. I./ SADOCK, B. J.: *Sinopsis de Psiquiatría*, Madrid, 1999, p. 48.

¹¹⁰³ En efecto, el paso de la adolescencia a la edad adulta presenta características diferentes según la cultura en que se desarrolla, pero lo que es indiscutible es que hoy día esta etapa de transición se alarga cada vez más. Cfr., al respecto, ABELLA i FERRAN, M.: “La intervención educativa en el ámbito judicial en jóvenes de dieciséis a dieciocho años”, cit., pp. 44.

¹¹⁰⁴ Cfr. DAVIDOFF, L. L.: *Introducción a la Psicología*, traducido por PÉREZ JAIMES, J. A., 3ª ed., Méjico, 1989, p. 473; GARCIA-PABLOS, A.: “Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores”, cit., p. 257.

¹¹⁰⁵ Véase, también, GOMEZ RECIO, F.: “La aplicación de la nueva Ley de responsabilidad penal de los menores a los jóvenes mayores de dieciocho años”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 437, 4 de mayo de 2000, pp. 1-5.

establecido en el artículo 69 del Código penal¹¹⁰⁶, cuando el Juez de Instrucción competente, oídos el Ministerio Fiscal, el Letrado del imputado y el Equipo Técnico a que se refiere el artículo 27 de esta Ley, así lo declare expresamente mediante auto¹¹⁰⁷. Para ello, deben darse las tres condiciones que declara el apartado segundo del artículo 4:

1º. Que el imputado hubiere cometido una falta o un delito menos grave sin violencia o intimidación en las personas, ni grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas, tipificados en el Código penal o Leyes penales especiales¹¹⁰⁸.

2º. Que no haya sido condenado en sentencia firme por hechos delictivos cometidos una vez cumplidos los dieciocho años. A tal efecto, no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos o faltas imprudentes, ni los anteriores antecedentes penales que hayan sido cancelados, o que debieran serlo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136 del Código penal.

¹¹⁰⁶ Vid. *supra* apartado 1.3 del Cap. III.

¹¹⁰⁷ EL artículo 4 del PLORRPM, cuya redacción ha sido modificada, señalaba que para la aplicación de las disposiciones de la Ley a los sujetos mayores de dieciocho y menores de veintiún años, el Juez de Instrucción debía atender a “la naturaleza y gravedad del hecho, a las circunstancias personales del autor y a su grado de madurez”. Obsérvese que estas condiciones responden a los mismos criterios que, para este extremo, exigía el ALOPJM.

¹¹⁰⁸ Esto permite, como señala CUELLO CONTRERAS, J. : *El nuevo Derecho penal de menores*, cit., p. 66, dejar fuera del ámbito de aplicación de la Ley muchos delitos que son indicativos de la falta de madurez de su autor, a título de ejemplo, la conducción temeraria.

3º. Que las circunstancias personales del imputado y su grado de madurez aconsejen la aplicación de la presente Ley, especialmente cuando así lo haya recomendado el Equipo Técnico en su informe.

En relación con la primera condición descrita en el artículo 4, la nueva Disposición Adicional Cuarta, introducida por la LO 7/2000, excluye de la aplicación de la LORRPM a los mayores de dieciocho años imputados en la comisión de los delitos previstos en los artículos 138, 139, 179, 180, 571 a 580¹¹⁰⁹, y en aquellos otros sancionados en el Código penal con pena de prisión igual o superior a quince años. Consecuentemente, se observan importantes cortapisas en la aplicación de esta Ley a los jóvenes de entre dieciocho y veintiún años¹¹¹⁰.

Muy interesante resulta la posibilidad de excluir a los jóvenes infractores de dieciocho a veintiún años del Código penal¹¹¹¹, novedad que, no obstante, llega

¹¹⁰⁹ Homicidio, asesinato, agresiones sexuales, y delitos de terrorismo.

¹¹¹⁰ Sin embargo, como precisa GIMENEZ-SALINAS i COLOMER, E.: “La nueva Ley de Justicia juvenil en España: un reto para el 2000”, cit., p. 121, esta posibilidad, que fue inicialmente concebida en Alemania como una excepción, llegó a convertirse en una práctica habitual, por lo que no sería de extrañar que sucediese lo mismo en nuestro país, siempre y cuando se den las condiciones exigidas.

¹¹¹¹ Hoy día asistimos a la era de la adolescencia indefinida, en la medida que las crisis sociales retrasan los procesos de maduración individual. Esta adolescencia, que muchas veces supera los veinte años, hace que la sociedad, y, dentro de esta, la Justicia, estudie profundamente la forma más adecuada de intervenir en esta etapa evolutiva. Cfr. ABELLA i FERRAN, M.: “La intervención educativa en el ámbito judicial en jóvenes de dieciséis a dieciocho años”, cit., p. 44.

tardía si lo comparamos con otros Ordenamientos jurídicos de nuestro entorno¹¹¹², donde, según CONDE-PUMPIDO¹¹¹³, ha sido abordado de modo más serio y eficaz. El hecho de aplicar al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno las disposiciones de la LORRPM no es suficiente para poder hablar de tratamiento específico de la delincuencia juvenil, ya que, por definición, ésta se diferencia de la delincuencia de menores tanto en su etiología, como en sus condicionantes, y en sus propios mecanismos de actuación. Esto nos lleva a criticar la ausencia de medidas específicas para el segmento de edad comprendido entre los dieciocho y veintiún años.

El Juez de Instrucción que está conociendo de las actuaciones, y no el Juez de Menores, es quien decide si se pueden aplicar a las personas mayores de dieciocho años y menores de veintiuno, imputadas en la comisión de hechos delictivos, las medidas previstas en la LORRPM, siempre y cuando se cumplan las condiciones anteriormente expuestas. Por consiguiente, el Juez de Instrucción goza de un destacado protagonismo, sin que se reconozca al Juez de Menores ningún tipo de facultad decisoria.

¹¹¹² Cfr. BERISTAIN IPIÑA, S. J.: “Juristas y psicólogos ante la delincuencia juvenil”, cit., pp. 25 y ss.; CUELLO CALON, E.: “El nuevo Derecho penal juvenil europeo y el tratamiento de los jóvenes delincuentes en España”, cit., pp. 492 y ss.; BARBERO SANTOS, M.: “Problemática de las nuevas formas del actuar delictivo de menores”, cit., p. 109; LUZON DOMINGO, D.: “Tratamiento penal de la delincuencia juvenil”, cit., pp. 387 y ss.; GONZALEZ CUSSAC, J. L.: “Artículo 69 y Ley penal del menor”, en *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. I, p. 403.

¹¹¹³ Cfr. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: “Comentario al artículo 69”, en *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, t. I, dirigido por CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., cit., p. 1146.

La tercera condición exigida por el artículo 4 otorga un amplio y excesivo margen de discrecionalidad al Juez de Instrucción, en la medida que ni las circunstancias personales del imputado, ni su grado de madurez, ni, siquiera, el informe realizado por el Equipo Técnico tienen carácter vinculante.

Respecto al criterio de la madurez, podemos afirmar que se ha revelado con la misma vaguedad, imprecisión e incertidumbre que el superado criterio del discernimiento. En realidad, se trata de un criterio indefinido científicamente y, por consiguiente, sometido a la más absoluta discrecionalidad judicial¹¹¹⁴. Como ha apuntado ALBRECHT¹¹¹⁵, es un concepto no computable, ni medible, en cuanto depende de las condiciones socio-culturales vigentes¹¹¹⁶.

¹¹¹⁴ Precisamente, por esa amplia discrecionalidad con que cuenta el Juez de Instrucción, y por ese concepto de madurez tan subjetivo e inconcreto, se ha formulado por ORNOSA FERNANDEZ una interesante crítica, digna de reproducir: en el caso, bastante frecuente, por cierto, de que un joven haya cometido varios hechos delictivos cercanos en el tiempo, el Juez de Instrucción competente puede tener respecto de cada uno de ellos un criterio diferente sobre la madurez del joven, o bien puede darse el supuesto de que unos se hayan realizado con violencia y otros no, esto determina que por algunos delitos sea remitido al procedimiento de menores para aplicar el régimen de la LORRPM, y por otros sea sometido al procedimiento ordinario. Cfr. ORNOSA FERNANDEZ, R.: “Valoración crítica de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, cit., p. 73.

¹¹¹⁵ Para un estudio más exhaustivo de este concepto, véase, por todos: ALBRECHT, P. A.: *El Derecho penal de menores*, cit., pp. 129 y 130.

¹¹¹⁶ Cfr. una opinión similar en PORTILLA CONTRERAS, G.: “Fundamentos teóricos de una alternativa al concepto tradicional de inimputabilidad del menor”, en *Protección jurídica del menor*, Granada, 1997, p. 108, y CARMONA SALGADO, C.: “Comentario al artículo 19”, cit., p. 30.

En definitiva, es potestad discrecional del Juez de Instrucción la remisión al régimen de la LORRPM o la aplicación de la atenuación del Código penal. En caso de que el Juez opte por esta segunda posibilidad, siguiendo a CUELLO CONTRERAS, la atenuación debe ser siempre reconocida como “muy cualificada”, en el sentido previsto en el artículo 66.4 (por analogía con lo establecido por el artículo 65 del Código penal de 1973)¹¹¹⁷.

A nuestro juicio, los jóvenes de dieciocho a veintiún años deberían haber quedado sujetos, sin excepción, al Código penal, pero, desde luego, reconociéndoles una responsabilidad atenuada¹¹¹⁸, en el sentido anteriormente expresado, y un régimen, en cierto modo especial, como el previsto en las normas recogidas en la Ley Orgánica General Penitenciaria (art. 68) y en el Reglamento Penitenciario (arts. 48 a 55). Y ello porque si se les aplica el régimen jurídico-penal previsto para los

¹¹¹⁷ Cfr. CUELLO CONTRERAS, J.: *El nuevo Derecho penal de menores*, cit., p. 72.

¹¹¹⁸ Entre nuestros doctrinarios, DOLZ LAGO, M. J.: “Algunos aspectos de la legislación penal de menores”, cit., p. 1511, propone la creación de una atenuante de edad inferior a veintiún años. A juicio de SANCHEZ GARCIA, M. I.: *Minoría de edad penal y Derecho penal juvenil*, cit., p. 171, la respuesta al joven debe ser una pena atenuada, en virtud del principio de proporcionalidad, ejecutada en establecimientos especiales cuando se trate de una pena privativa de libertad. CARMONA SALGADO, C.: “Comentario al artículo 19”, cit., p. 47, se muestra contraria al mantenimiento de esta franja de edad como categoría autónoma dentro de la LORRPM. Una opinión discrepante es la sostenida por BERISTAIN IPIÑA, A.: *Jóvenes infractores en el tercer milenio*, cit., p. 74, que se muestra partidario de excluir a los jóvenes de dieciocho a veintiún años del Derecho penal de adultos. En línea con esta última posición, para ORNOSA FERNANDEZ, R.: “Valoración crítica de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, cit., p. 74, la solución más segura habría sido, siguiendo la legislación alemana, aplicar a los jóvenes la LORRPM sin condiciones. En opinión de CUELLO CONTRERAS, J.: *El nuevo Derecho penal de menores*, cit., p. 73, la LORRPM debe aplicarse siempre que favorezca al joven, salvo en los casos en que la Ley no lo permita (art. 4).

menores se corre el riesgo de ampliar el comienzo de la mayoría de edad penal a criterio discrecional o potestativo de los Jueces¹¹¹⁹. También se ha ofrecido como solución aplicar a estos jóvenes, en el seno de un procedimiento penal ordinario, alguna de las medidas previstas en la LORRPM¹¹²⁰.

Ante la ausencia de suficientes dotaciones presupuestarias que hiciesen viable la efectiva puesta en marcha de la Ley¹¹²¹, no es de extrañar que la LO 9/2000 haya suspendido la entrada en vigor del artículo 4 de la LORRPM. El tenor literal de su Disposición Transitoria Única establece:

Se suspende la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en lo referente a los

¹¹¹⁹ Sobre este extremo, compartimos la opinión de ARROYO De Las HERAS, A./GOYENA HUERTA, J.: *Las circunstancias atenuantes en el Código penal de 1995*, ci., p.90, cuando afirman que la ampliación del régimen penal del menor hasta los veintiún años está ausente de una explicación razonable, desde un punto de vista estrictamente penal, sin perjuicio, no obstante, de las diferencias oportunas en relación con el régimen penitenciario.

¹¹²⁰ Así lo han señalado CARMONA SALGADO, C.: “Comentario al artículo 19”, cit., pp. 46 y 47; ORNOSA FERNANDEZ, R.: “Valoración crítica de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, cit., p. 73; LANDROVE DIAZ, G.: “Marco operativo de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor”, cit., p. 4.

¹¹²¹ Ya durante el desarrollo de los debates parlamentarios del PLORRPM se denunció que la memoria económica que acompañaba al Proyecto, y que no llegó a ser publicada, no realizaba un cálculo objetivo del coste que iba a suponer la dotación de personal, de equipos técnicos, psicólogos, trabajadores sociales y educadores. Además, frente a la citada memoria, que señalaba que el coste estimado por el Gobierno ascendía a 4.786 millones de pesetas, se aportó como dato importante que, sólo, la Comunidad Valenciana necesitaba una inversión superior a 6.000 millones de pesetas. *Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno y Diputación Permanente, VI legislatura, núm. 217, cit., p. 11612. Esto motivó que los Consejeros de Asuntos Sociales de las Comunidades Autónomas gobernadas por el Partido socialista pidiesen, a finales de mayo de 2000, una prolongación de la *vacatio* prevista en la LORRPM. Cfr. LANDROVE DIAZ, G.: “Marco operativo de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor”, cit., p. 2.

infractores de edades comprendidas entre los dieciocho y veintiún años, por un plazo de dos años desde la entrada en vigor de la misma.

A la espera de la entrada en vigor del régimen de los mayores de dieciocho años, esto es, el 13 de enero de 2003, hay que insistir en la necesidad de realizar un importante esfuerzo presupuestario¹¹²² dirigido a conseguir, de una vez por todas, la aplicación de la Ley de una forma global y sin excepciones, en los casos y con los requisitos que la misma disponga.

5.2. Medidas susceptibles de ser impuestas

Es por todos conocido que las penas sólo pueden legítimamente aplicarse a imputables, y que el fundamento de las medidas de seguridad se halla en la peligrosidad del autor. En este sentido, la LORRPM no hace referencia en ninguno de sus artículos a la peligrosidad del menor; de ahí que se haya comentado por la

¹¹²² Según señala el DEFENSOR DEL PUEBLO: *Informe anual 1997 y debates en las Cortes Generales*, documento mecanografiado, recogido en el curso celebrado en la Universidad Pontificia Comillas, cit., pp. 132 y 135, existen algunas Comunidades Autónomas que no cuentan con centros de régimen cerrado o que cuentan con un número de plazas insuficientes en el único centro de este tipo del que disponen. Ello supone que, en algunos casos, el cumplimiento de las medidas debe ser realizado lejos del entorno familiar del menor, supliendo la falta de plazas con la utilización de establecimientos de otras Comunidades Autónomas. En aquellas ciudades donde aún no se han creado los Juzgados previstos, las competencias pertenecientes a esta clase de Juzgados son asumidas en régimen de compatibilidad con las competencias sobre otras materias por los titulares de otros órganos judiciales, lo que repercute, sin duda, en la dedicación que estos Jueces pueden prestar a los menores infractores sometidos a algún tipo de medidas.

doctrina “que lo que la Ley llama escuetamente “medidas” sea una nueva consecuencia jurídico-penal diferente de éstas”¹¹²³. En cualquier caso, bajo nuestra propuesta de política-criminal, la distinción entre penas y medidas carece de importancia, en tanto que la diferenciación entre menores imputables e inimputables la entendemos superada.

En cualquier caso, las medidas constituyen la consecuencia jurídica aplicable, con carácter general, a 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 en las Leyes penales especiales. Sin embargo, no hay que ignorar que, pese a tratarse de medidas, éstas comportan un cierto contenido punitivo, en cuanto representan una restricción de derechos, de ahí que hayamos señalado en otro apartado de nuestro estudio que la naturaleza jurídica de la Ley es sancionadora, pero, no obstante, orientada a conseguir la reinserción del menor infractor.

En la misma línea que la LORCPJM, las medidas susceptibles de ser impuestas por el Juez de Menores, a las que necesariamente se ha de sujetar, se deben aplicar a través de un proceso rodeado de las mismas garantías que el proceso penal de adultos¹¹²⁴. Estas medidas aparecen recogidas en el artículo 7 de la Ley, que las

¹¹²³ Cfr. SANCHEZ GARCIA, M. I.: “La nueva Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor”, cit., p. 720.

ordena en función de la restricción de derechos que implican. Así, podemos clasificarlas en medidas privativas de libertad y medidas no privativas de libertad.

1. Medidas privativas de libertad¹¹²⁵, engloban los diferentes tipos de internamiento¹¹²⁶ (en régimen cerrado, semiabierto, abierto, e internamiento terapéutico) y la permanencia de fin de semana. El tenor literal del artículo 7 de la LORRPM, que define estas medidas, reza así:

a) Internamiento en régimen cerrado. Las personas sometidas a esta medida residirán en el centro y desarrollarán en el mismo las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio.

¹¹²⁴ Así, señala la Exposición de Motivos de la Ley que la aplicación de las medidas se debe adecuar “a principios garantistas generales tan indiscutibles como el principio acusatorio, el principio de defensa o el principio de presunción de inocencia”.

¹¹²⁵ La regulación de estas medidas evidencian, como señala BACIGALUPO, E.: *Estudios sobre la Parte especial del Derecho penal*, cit., p. 426, que nuestra sociedad no está dispuesta a renunciar a la utilización del castigo en el control social de los delitos cometidos por menores. En cualquier caso, de conformidad con la Resolución 62 del Consejo de Europa, de 29 de noviembre de 1978, sobre delincuencia juvenil, hay que insistir en la conveniencia de limitar al máximo las medidas que impliquen privación de libertad y desarrollar métodos alternativos de tratamiento. Como ha señalado MAURACH: *Tratado de Derecho penal*, t. II, cit., p. 593, únicamente, cuando los medios educativos resultan claramente insuficientes para asegurar la meta educativa, habrá que acudir a los “medios correctivos o a la pena juvenil”.

¹¹²⁶ Respecto de las medidas de internamiento, el apartado segundo del artículo 7 establece que *las medidas de internamiento constarán de dos periodos: el primero se llevará a cabo en el centro correspondiente, conforme a la descripción efectuada en el apartado anterior de este artículo; el segundo se llevará a cabo en régimen de libertad vigilada, en la modalidad elegida por el Juez. La duración total no excederá del tiempo que se expresa en el artículo 9. El equipo técnico deberá informar respecto del contenido de ambos periodos, y el Juez expresará la duración de cada uno en la sentencia.*

b) Internamiento en régimen semiabierto. Las personas sometidas a esta medida residirán en el centro, pero realizarán fuera del mismo actividades formativas, educativas, laborales y de ocio.

c) Internamiento en régimen abierto. Las personas sometidas a esta medida llevarán a cabo todas las actividades del proyecto educativo en los servicios normalizados del entorno, residiendo en el centro como domicilio habitual, con sujeción al programa y régimen interno del mismo.

d) Internamiento terapéutico. En los centros de esta naturaleza se realizará una atención educativa especializada o tratamiento específico dirigido a personas que padezcan anomalías o alteraciones psíquicas, un estado de dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad. Esta medida podrá aplicarse sola o como complemento de otra medida prevista en este artículo. Cuando el interesado rechace un tratamiento de deshabituación, el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias.

g) Permanencia de fin de semana. Las personas sometidas a esta medida permanecerán en su domicilio habitual y acudirán a un centro, plenamente integrado en la comunidad, a realizar actividades de apoyo, educativas, formativas, laborales o de ocio.

2. Medidas no privativas de libertad¹¹²⁷, las constituyen el tratamiento ambulatorio, la asistencia a un centro de día, la libertad vigilada, la convivencia con otra persona, familia o grupo educativo, las prestaciones en beneficio de la comunidad, la realización de tareas socio-educativas, la amonestación, la privación del permiso de conducir ciclomotores o vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o privación de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas. Estas medidas aparecen igualmente descritas en el citado artículo 7 de la LORRPM:

e) Tratamiento ambulatorio. Las personas sometidas a esta medida habrán de asistir al centro designado con la periodicidad requerida por los facultativos que las atiendan y seguir las pautas fijadas para el adecuado tratamiento de la anomalía o alteración psíquica, adición al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que padezcan. Esta medida podrá aplicarse sola o como complemento de otra medida prevista en este artículo. Cuando el interesado rechace un tratamiento de deshabituación, el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias.

¹¹²⁷ Al respecto, ha destacado GARCIA PEREZ, O.: “Los actuales principios rectores del Derecho penal juvenil: un análisis crítico”, cit., p. 56, que en los últimos tiempos las medidas que han pasado a un primer plano son la reparación del daño y la prestación de servicios en beneficio de la comunidad.

f) Asistencia a un centro de día. Las personas sometidas a esta medida residirán en su domicilio habitual y acudirán a un centro, plenamente integrado en la comunidad, a realizar actividades de apoyo, educativas, formativas, laborales o de ocio.

h) Libertad vigilada¹¹²⁸. En esta medida se ha de hacer un seguimiento de la actividad de la persona sometida a la misma y de su asistencia a la escuela, al centro de formación profesional o al lugar de trabajo, según los casos, procurando ayudar a aquélla a superar los factores que determinaron la infracción cometida. Asimismo, esta medida obliga, en su caso, a seguir las pautas socio-educativas que señale la entidad pública o el profesional encargado de su seguimiento, de acuerdo con el programa de intervención elaborado al efecto y aprobado por el Juez de Menores. La persona sometida a la medida también queda obligada a mantener con dicho profesional las entrevistas establecidas en el programa y a cumplir, en su caso, las reglas de conducta impuestas por el Juez, que podrán ser alguna o algunas de las siguientes:

¹¹²⁸ Sobre las ventajas de esta medida, en cuanto permite una plena individualización, acorde con las necesidades específicas de cada joven, cfr. GARCIA GENOVES, V.: “El papel de la Psicología en la comprensión, evaluación y tratamiento del menor infractor”, en *La nueva Ley de responsabilidad penal del menor. (Aspectos técnico-jurídicos)*, cit., pp. 24-26. Un estudio sobre esta medida, a propósito de la LORCPJM, en DIEGO ESPUNY, F.: “La libertad vigilada, ¿una medida educativa en la nueva legislación?”, en *Revista jurídica de Castilla-LaMancha*, núm. 17, 1993, pp. 147-165.

1°. Obligación de asistir con regularidad al centro docente correspondiente, si el interesado está en el periodo de la enseñanza básica obligatoria, y acreditar ante el Juez dicha asistencia regular o justificar, en su caso, las ausencias cuantas veces fuere requerido para ello.

2°. Obligación de someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, laboral, de educación sexual, de educación vial u otros similares.

3°. Prohibición de acudir a determinados lugares, establecimientos o espectáculos.

4°. Prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial previa.

5°. Obligación de residir en un lugar determinado.

6°. Obligación de comparecer personalmente ante el Juzgado de Menores o profesional que se designe, para informar de las actividades realizadas y justificarlas.

7°. *Cualesquiera otras obligaciones que el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, estime convenientes para la reinserción social del sentenciado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.*

i) Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo¹¹²⁹. La persona sometida a esta medida debe convivir, durante el periodo de tiempo establecido por el Juez, con otra persona, con una familia distinta a la suya o con un grupo educativo, adecuadamente seleccionados para orientar a aquélla en su proceso de socialización.

j) Prestaciones en beneficio de la comunidad. La persona sometida a esta medida, que no podrá imponerse sin su consentimiento, ha de realizar las actividades no retribuidas que se le indiquen, de interés social o en beneficio de personas en situación de precariedad. Se buscará relacionar la naturaleza de

¹¹²⁹ En cuanto a esta medida, el PLORRPM sólo hacía referencia en el artículo 7, letra j), a la “convivencia con una familia o grupo educativo (...)”, esto provocó en sesión plenaria ante el Congreso de los Diputados el siguiente argumento de la diputada Almeida Castro, en representación del Grupo Parlamentario Mixto: “en cuanto al acogimiento de estos menores en familia, referirse a la familia es poner limitaciones a muchas personas que hoy no son familia, que son personas solas, pero que pueden dar cariño y afecto y que tienen gran capacidad de ayuda. Hoy hay personas, hasta sacerdotes, que tienen pisos de acogida para menores. Y en esa expresión de acogimiento en familia queda esto limitado. Creo que deberíamos cambiarla por acogimiento de personas”. *Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno y Diputación Permanente, VI legislatura, núm. 217, cit., p. 11610. *Vid. enmienda núm. 115 de modificación del artículo 7, apartado 1, letra j) del PLORRPM, del Grupo Parlamentario Mixto, presentada por la diputada Almeida Castro. Vid. BOCG. Congreso de los Diputados, VI legislatura, serie A, núm. 144-10, de 16 de marzo de 1999, p. 210. En cumplimiento de lo anterior, la Ponencia propuso a la Comisión, “añadir la expresión “con otra persona”, tanto en la rúbrica como en el texto del artículo, tal como figura en el anexo, con la finalidad de dar cabida a la medida de convivencia con otra persona como vía de resocialización del menor”. Vid. BOCG. Congreso de los Diputados, VI legislatura, serie A,*

dichas actividades con la naturaleza del bien jurídico lesionado por los hechos cometidos por el menor¹¹³⁰.

k) Realización de tareas socio-educativas. La persona sometida a esta medida ha de realizar, sin internamiento ni libertad vigilada, actividades específicas de contenido educativo encaminadas a facilitarle el desarrollo de su competencia social.

l) Amonestación. Esta medida consiste en la reprensión de la persona llevada a cabo por el Juez de Menores y dirigida a hacerle comprender la gravedad de los hechos cometidos y las consecuencias que los mismos han tenido o podrían haber tenido, instándole a no volver a cometer tales hechos en el futuro.

m) Privación del permiso de conducir ciclomotores o vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas. Esta medida podrá imponerse como accesoria cuando el

núm. 144-12, cit., p. 258, y *BOCG. Congreso de los Diputados*, VI legislatura, serie A, núm. 144-13, cit., p. 289.

¹¹³⁰ Respecto de esta medida, se ha destacado, por un lado, la ausencia de efectos desocializadores de las sanciones privativas de libertad, en la medida que no aparta al menor de su ámbito social, y, por otro, la realización de actividades sociales constructivas, que implica acostumar al menor a un trabajo regular, estimulando, de este modo, su integración y responsabilidad social. Cfr. GARCIA PEREZ, O.: “Los actuales principios rectores del Derecho penal juvenil: un análisis crítico”, cit., p. 57.

delito o falta se hubiere cometido utilizando un ciclomotor o un vehículo a motor, o un arma, respectivamente.

En virtud de la LO 7/2000¹¹³¹ se ha añadido una nueva letra n) al apartado 1 del artículo 7 de la LORRPM, con la siguiente definición:

n) Inhabilitación absoluta. De conformidad con lo previsto en la Disposición Adicional Cuarta, la medida de inhabilitación absoluta produce la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos sobre el que recayere, aunque sean electivos; así como la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público durante el tiempo de la medida.

Tras un estudio comparativo entre la LORRPM y la LORCPJM, que se caracterizaba por su parquedad en la enumeración de las medidas, no llegando siquiera a describir su contenido, podemos afirmar que uno de los aspectos más novedosos, introducidos por la nueva legislación, es el amplio catálogo de medidas que se ofrecen como alternativas al internamiento.

¹¹³¹ La estructura de esta Ley es sencilla, consta de un primer artículo, que comprende todos los cambios relativos al Código penal, un segundo artículo, que contiene las modificaciones que afectan a la LORRPM, un tercer artículo, de modificación de la LOPJ, un cuarto artículo, de modificación de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial, una Disposición Adicional Unica y una Disposición Final Unica .

Respecto de la elección de las medidas¹¹³², se debe tener en cuenta el apartado tercero del artículo 7, que preceptúa:

Para la elección de la medida o medidas adecuadas, tanto por el Ministerio Fiscal y el letrado del menor en sus postulaciones como por el Juez en la sentencia, se deberá atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, puestos de manifiesto los dos últimos en los informes de los Equipos técnicos y, en su caso, de las entidades públicas de protección y reforma de menores emitidos conforme a lo dispuesto en el artículo 27 de la presente Ley. El Juez deberá motivar la sentencia, expresando con detalle las razones por las que aplica una determinada medida, así como el plazo de duración de la misma, a los efectos de la valoración del mencionado interés del menor.

En efecto, la respuesta penal se debe adecuar a la fase evolutiva del menor y del joven infractor, adaptándola a sus condiciones personales, familiares y sociales, sin olvidar, no obstante, la gravedad del hecho cometido¹¹³³. Conviene dejar sentado, al

¹¹³² Señala GARCIA GENOVES, V.: “El papel de la Psicología en la comprensión, evaluación y tratamiento del menor infractor”, en *La nueva Ley de responsabilidad penal del menor. (Aspectos técnico-jurídicos)*, cit., pp. 25 y 26, que, dado que hasta el momento la disponibilidad de las medidas es lo que determina cuál se va a concretar en la sentencia, uno de los grandes retos de la Psicología en el marco de la LORRPM es definir en un protocolo estandarizado el tipo de medida y las características de la intervención.

respecto, que la adecuación de las medidas a estas especiales circunstancias no supone una vulneración del principio de igualdad ante la Ley.

Por nuestra parte, es de interés destacar que el criterio recogido en el artículo 7.3, en la medida que atiende para elegir la medida aplicable “a la prueba y valoración jurídica de los hechos”, lo que a nuestro juicio es acertado, incurre, no obstante, en contradicción con el principio formulado en la propia Exposición de Motivos de la LORRPM, que excluye la proporcionalidad entre el hecho y la sanción.

Igualmente, en la imposición de las medidas se deberá respetar el principio acusatorio contenido en el artículo 8:

El Juez de Menores no podrá imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior a la medida solicitada por el Ministerio Fiscal.

Tampoco podrá exceder la duración de las medidas privativas de libertad contempladas en el artículo 7.1.a), b), c), d) y g), en ningún caso, del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se le hubiere impuesto por el mismo hecho, si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable de acuerdo con el Código penal.

¹¹³³ La importancia de este último dato para la elección de la medida también ha sido destacada por ABELLA i FERRAN, M.: “La intervención educativa en el ámbito judicial en jóvenes de

5.3. Reglas para la aplicación de las medidas

Como ya señalamos al hablar de la LORCPJM, uno de sus principales defectos era la ausencia de unas reglas específicas para la aplicación de las medidas. Este olvido del legislador permitía que la determinación de la medida a aplicar quedase al prudente arbitrio del Juez de Menores. Así, cabía la posibilidad de que el Juez aplicase a un menor por la comisión de una falta una medida más grave que si hubiese llegado a cometer un delito.

Consecuentemente, una de las novedades más importantes de la LORRPM, que viene a paliar, en este sentido, la omisión de la LORCPJM, es la sujeción en la aplicación de las medidas a las reglas recogidas en el artículo 9, que hacen referencia a las faltas, a la medida de internamiento en régimen cerrado, a la duración de las medidas, a las acciones u omisiones imprudentes, y a las eximentes. Así, el Juez de Menores, además de observar los criterios establecidos en los artículos 7.3 y 8, anteriormente transcritos, deberá también respetar el contenido del precitado artículo 9, cuyo tenor literal reza así:

dieciséis a dieciocho años”, cit., p. 44.

No obstante lo establecido en el artículo 7.3, la aplicación de las medidas se atenderá a las siguientes reglas:

1°. Cuando los hechos cometidos sean calificados de falta, sólo se podrán imponer las medidas de amonestación, permanencia de fin de semana, hasta un máximo de cuatro fines de semana, prestaciones en beneficio de la comunidad, hasta cincuenta horas, y privación del permiso de conducir o de otras licencias administrativas.

2°. La medida de internamiento en régimen cerrado sólo podrá ser aplicable cuando en la descripción y calificación jurídica de los hechos se establezca que en su comisión se ha empleado violencia o intimidación en las personas o actuado con grave riesgo para la vida o la integridad física de las misma.

3°. La duración de las medidas no podrá exceder de dos años, computándose, en su caso, a estos efectos el tiempo ya cumplido por el menor en medida cautelar, conforme a lo dispuesto en el artículo 28.5 de la presente Ley. La medida de prestaciones en beneficio de la comunidad no podrá superar las cien horas. La medida de permanencia de fin de semana no podrá superar los ocho fines de semana.

4°. *En el caso de personas que hayan cumplido los dieciséis años en el momento de la comisión de los hechos, el plazo de duración de las medidas podrá alcanzar un máximo de cinco años, siempre que el delito haya sido cometido con violencia o intimidación en las personas o con grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas, y el Equipo técnico en su informe aconseje la prolongación de la medida. En estos supuestos, la medida de prestaciones en beneficio de la comunidad podrá alcanzar las doscientas horas, y la permanencia de fin de semana dieciséis fines de semana.*

5°. *Excepcionalmente, cuando los supuestos previstos en la regla anterior revistieran extrema gravedad, apreciada expresamente en la sentencia, el Juez habrá de imponer una medida de internamiento de régimen cerrado de uno a cinco años de duración, complementada sucesivamente por otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de otros cinco años¹¹³⁴. Sólo podrá hacerse uso de lo dispuesto en los artículos 14 y 51.1 de esta Ley una vez transcurrido el primer año de cumplimiento efectivo de la medida de internamiento.*

Todo ello sin perjuicio de lo previsto en la Disposición Adicional Cuarta¹¹³⁵.

¹¹³⁴ La LORRPM establece, por primera vez, la exigencia de que en los supuestos de extrema gravedad toda medida de internamiento en régimen cerrado vaya acompañada de una medida de libertad vigilada. Como señala GARCIA GENOVES, V.: “El papel de la Psicología en la comprensión, evaluación y tratamiento del menor infractor”, en *La nueva Ley de responsabilidad penal del menor. (Aspectos técnico-jurídicos)*, cit., p. 24, esto hecho determina la necesidad de que los responsables de las medidas comunitarias trabajen en colaboración con los profesionales de los centros.

¹¹³⁵ Lo destacado en negrita ha sido introducido por la LO 7/2000.

La medida de libertad vigilada deberá ser ratificada mediante auto motivado, previa audiencia del Ministerio Fiscal, del Letrado del menor y del representante de la entidad pública de protección o reforma de menores, al finalizar el internamiento, y se llevará a cabo por las instituciones públicas encargadas del cumplimiento de las penas, conforme a lo establecido en el artículo 105.1 del vigente Código penal.

A los efectos de este artículo, se entenderán siempre supuestos de extrema gravedad aquellos en los que se apreciara reincidencia¹¹³⁶.

6º. Las acciones u omisiones imprudentes no podrán ser sancionadas con medidas de internamiento en régimen cerrado.

7º. Cuando en la postulación del Ministerio Fiscal o en la resolución dictada en el procedimiento se aprecien algunas de las circunstancias a las que se refiere el artículo 5.2 de esta Ley, sólo podrán aplicarse las medias terapéuticas descritas en el artículo 7.1, letras d) y e) de la misma.

¹¹³⁶ Lo señalado en negrita es la nueva redacción dada por la LO 7/2000. El párrafo tercero de la regla 5º del artículo 9 de la LORRPM que ha sido sustituido establecía que *a los efectos de este artículo, se entenderán supuestos de extrema gravedad aquellos en los que se apreciara reincidencia y, en todo caso, los delitos de terrorismo y los constitutivos de actos de favorecimiento, apoyo o reclamo de la actividad de bandas, organizaciones o grupos terroristas, así como los de asesinato o homicidio doloso, y la agresión sexual contemplada en los artículos 179 y 180 del Código penal.*

Tras una lectura del artículo 9, podemos afirmar que la LORRPM no sólo amplía el catálogo de medidas, sino que también las clasifica en función de su gravedad, esto es, de la restricción de derechos que comportan, relacionando el tipo de medida con su duración máxima y con la gravedad del hecho delictivo. Así, una vez más, cobra protagonismo el principio de proporcionalidad¹¹³⁷, lo que pese a dar cumplimiento al fallo de la STC 36/1991, de 14 de febrero, contradice, sin embargo, lo declarado en la Exposición de Motivos de la Ley, toda vez que excluye dicho principio.

Al margen de las reglas para la aplicación de las medidas recogidas en el artículo 9, también es de interés referirnos a los siguientes supuestos:

1º. En caso de concurso de infracciones, el artículo 11 señala:

1. Al menor responsable de una pluralidad de hechos se le impondrá una o varias medidas, teniendo en cuenta los criterios expresados en los artículos 7.3 y 9 de la presente Ley.

2. Sin embargo, cuando una misma conducta sea constitutiva de dos o más infracciones, o una conducta sea medio necesario para la comisión de otra, se tendrá en cuenta exclusivamente la más grave de ellas para la aplicación de la medida correspondiente.

¹¹³⁷ En opinión de SANCHEZ GARCIA, M. I.: “La nueva Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor”, cit., p. 720, las reglas descritas en el artículo 9 se aplican en base al principio de proporcionalidad con la gravedad del hecho y con la gravedad de la culpabilidad.

2°. En el supuesto de infracción continuada o con pluralidad de víctimas, el artículo 12 reza:

En los supuestos de infracción continuada o de una sola infracción con pluralidad de víctimas, el Juez impondrá a la persona sentenciada una sola medida, tomando como referencia el más grave de los hechos cometidos, en la máxima extensión de aquella conforme a las reglas del artículo 9, salvo cuando el interés del menor aconseje la imposición de la medida en una extensión inferior.

3°. En caso de imposición de varias medidas, el artículo 13 establece:

Cuando a la persona sentenciada se le impusieren varias medidas en el mismo procedimiento y no pudieran ser cumplidas simultáneamente, el Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal y del Letrado del menor, oídos el representante el Equipo técnico y la entidad pública de protección o reforma de menores, podrá sustituir todas o alguna de ellas, o establecer su cumplimiento sucesivo, sin que en este caso el plazo total de cumplimiento pueda superar el doble del tiempo por el que se le impusiere la más grave de ellas.

4°. En cuanto a la modificación de la medida impuesta, el artículo 14 dispone:

1. El Juez de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del Letrado del menor, previa audiencia de éstos e informe del Equipo técnico y, en su caso, de la entidad pública de protección o reforma de menores, podrá en cualquier momento dejar sin efecto la medida impuesta, reducir su duración o sustituirla por otra, siempre que la modificación redunde en el interés del menor y se exprese suficientemente a éste el reproche merecido por su conducta.

2. En los casos anteriores, el Juez resolverá por auto motivado, contra el cual se podrán interponer los recursos previstos en la presente Ley.

5°. Por último, en caso de mayoría de edad del condenado el artículo 15 señala:

Cuando el menor a quien se le hubiere impuesto una medida de las establecidas en esta Ley alcanzase la mayoría de edad, continuará el cumplimiento de la medida hasta alcanzar los objetivos propuestos en la sentencia en que se le impuso conforme a los criterios expresados en los artículos anteriores.

No obstante lo señalado en el párrafo anterior, cuando las medidas de internamiento sean impuestas a quien haya cumplido veintitrés años de edad o, habiendo sido impuestas, no haya finalizado su cumplimiento al alcanzar el joven dicha edad, el Juez de Menores, oído el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 14 y 51 de la presente Ley, ordenará su cumplimiento en

centro penitenciario conforme al régimen ordinario previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria.

Para finalizar este apartado sólo resta señalar que, respecto a la prescripción de las medidas, el apartado segundo del artículo 10 preceptúa:

Las medidas que tengan un plazo superior a los dos años prescribirán a los tres años. Las restantes medidas prescribirán a los dos años, excepto la amonestación, las prestaciones en beneficio de la comunidad, el arresto con tareas de fin de semana, que prescribirán al año.

6. LA NUEVA DISPOSICIÓN ADICIONAL CUARTA INTRODUCIDA POR LA LO 7/2000

La LO 7/2000, destinada especialmente al tratamiento de la *Kale borroka*¹¹³⁸, ha introducido una Disposición Adicional Cuarta en la LORRPM, con la siguiente redacción:

¹¹³⁸ En definitiva, con esta nueva Disposición se crea una “Jurisdicción antiterrorista de menores”. Cfr., al respecto, IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, J. M.: “La aplicación al menor de edad de la legislación procesal antiterrorista a la luz de la Ley de responsabilidad penal del menor”, en *La Ley*, núm. 5240, 5 de febrero de 2001, pp. 1-5.

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

1. Lo dispuesto en el artículo 4 de la presente Ley Orgánica no será de aplicación a los mayores de dieciocho años imputados en la comisión de los delitos a que se refiere esta disposición adicional.

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

a) La competencia para conocer de los delitos previstos en los artículos 571 a 580 del Código penal corresponderá al Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional, cuyos autos y sentencias podrán ser objeto de recurso de apelación ante la Sala correspondiente de la propia Audiencia. Las sentencias dictadas en apelación por la Audiencia Nacional serán recurribles en casación conforme a lo dispuesto en el artículo 42 de esta Ley Orgánica¹¹³⁹. El Gobierno promoverá la necesaria adecuación de la estructura de la Audiencia

¹¹³⁹ Vid. art. 42 de la LORRPM sobre el Recurso de Casación para unificación de doctrina.

Nacional conforme a lo previsto en la Disposición Final Segunda, apartado 1 de esta Ley Orgánica.

b) Los procedimientos competencia de la Audiencia Nacional no podrán ser objeto de acumulación con otros procedimientos instruidos en el ámbito de la Jurisdicción de Menores, sean o no los mismos los sujetos imputados.

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

Si los responsables de estos delitos son menores de dieciséis años, el Juez impondrá una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cuatro años complementada, en su caso, por otra medida de libertad vigilada hasta un máximo de tres años, con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el párrafo segundo de la regla 5ª del artículo 9 de esta Ley Orgánica.

No obstante lo previsto en los dos párrafos anteriores, la medida de internamiento en régimen cerrado podrá alcanzar una duración máxima de diez años para los mayores de dieciséis años y de cinco años para los menores de esa edad, cuando fueren responsables de más de un delito, alguno de los cuales esté calificado como grave y sancionado con pena de prisión igual o superior a quince años de los delitos de terrorismo comprendidos entre los artículos 571 a 580 del Código penal.

Cuando se trate de los delitos previstos en los artículos 571 a 580, el Juez, sin perjuicio de otras medidas que correspondan con arreglo a esta Ley Orgánica, también impondrá la medida de inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre cuatro y quince años al de la duración de la medida de internamiento en régimen cerrado impuesta, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el menor.

d) La ejecución de la detención preventiva, de las medidas cautelares de internamiento o de las medidas impuestas en la sentencia se llevará a cabo en los establecimientos y con el control del personal especializado que el Gobierno ponga a disposición de la Audiencia Nacional, en su caso, mediante convenio con las Comunidades Autónomas.

e) La ejecución de las medidas impuestas por el Juez Central de Menores o por la Sala correspondiente de la Audiencia Nacional será preferente sobre las impuestas, en su caso, por otros Jueces o Salas de Menores.

f) Los hechos delictivos y las medidas previstas en esta disposición prescribirán con arreglo a las normas contenidas en el Código penal.

g) La referencia del último inciso del apartado 4 del artículo 17 y cuantas otras se contienen en la presente Ley al Juez de Menores se entenderán hechas al Juez Central de Menores en lo que afecta a los menores imputados por cualquiera de los delitos a que se refieren los artículos 571 a 580 del Código penal.

Esta nueva disposición evidencia, por parte del legislador, un tremendo desinterés hacia las críticas que tanto la doctrina como el CGPJ realizaron en su momento a la Disposición Final Segunda del Anteproyecto de Ley Orgánica reguladora de la Justicia de Menores, de 1 de julio de 1997, que modificaba el artículo 19 del Código penal de 1995 en los siguientes términos:

1. Están exentos de responsabilidad penal los menores de dieciocho años.

2. (...)

3. *Se excluyen de lo dispuesto en los apartados anteriores los hechos constitutivos de los delitos previstos en la sección segunda del Capítulo V del Título XXII del Libro II de este Código, cometidos por mayores de dieciséis años.*

Así, pues, la citada Disposición Final Segunda excluía la competencia del Juez de Menores para los delitos de terrorismo cometidos por mayores de dieciséis y menores de dieciocho años, lo que constituía, sin duda, una manifiesta vulneración del principio de igualdad, consagrado en el artículo 14 de nuestra Constitución. Con toda seguridad, éste fue el aspecto más criticado¹¹⁴⁰, existiendo unanimidad por parte de la doctrina a la hora de reconocer un trasfondo inconstitucional¹¹⁴¹. Además resultaba ser desmedidamente defensiva, discriminadora y, por tanto, como se ha dicho reiteradamente, irracional; de ahí que, finalmente, no llegase a ser aprobada.

Es evidente que, con la apelación al menor como sujeto peligroso, que merece aislamiento, separación de la sociedad, y cumplimiento de unas medidas restrictivas de libertad de duración desmesurada se consigue garantizar la defensa social, pero ¿era éste el principio inspirador de la LORRPM?. Recordemos que su propia

¹¹⁴⁰ Vid. FISCALIA GENERAL DEL ESTADO: *Informe emitido al Anteproyecto de Ley Orgánica reguladora de la Justicia de Menores de 1 de Julio de 1997*, documento mecanografiado, Madrid, 2 de octubre de 1997, p. 18.

¹¹⁴¹ Véase a este respecto, VENTAS SASTRE, R.: “Comentario al artículo 19”, cit., pp. 95 y 95, y COBO Del ROSAL, M.: “Irracionalismo y minoría de edad penal”, cit., p. 1, donde se realiza una acertada crítica a la inconstitucionalidad que resulta de dispensar un tratamiento distinto a los sujetos menores de dieciocho años y mayores de dieciséis, que cometan un delito de terrorismo.

Exposición de Motivos exige que el proceso de menores vaya “encaminado a la adopción de unas medidas que, como ya se ha dicho, fundamentalmente, no pueden ser represivas, sino preventivo-especiales, orientadas hacia la efectiva reinserción y el superior interés del menor”. Ni que decir tiene que esta nueva Disposición supone una quiebra de los principios de la citada Ley, toda vez que responde a una política-criminal basada en una exacerbación de la idea de prevención general. De ahí que resulte cuanto menos sorprendente que la LO 7/2000, así como el Real Decreto 3471/2000, de 29 de diciembre, por el que se dispone la constitución del Juzgado Central de Menores correspondiente a la programación del año 2001¹¹⁴², señalen, con idéntico texto, que la modificación efectuada en la LORRPM, “ (...) tiene por finalidad reforzar la aplicación de los principios inspiradores de la citada Ley a los menores implicados en delitos de terrorismo, así como conciliar estos principios con otros bienes constitucionalmente protegidos (...)”.

Desde luego, la remisión al Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional de los delitos previstos en los artículos 571 a 580 del Código penal, choca de plano, no sólo, con la finalidad preventivo-especial que se dice informa toda la normativa, sino también con el principio de igualdad, consagrado en el artículo 14 de nuestra Constitución. Además, donde los Estados miembros se muestran especialmente insistentes es en evitar romper la relación con la familia durante el internamiento del

menor¹¹⁴³; de ahí que nos parezca un lamentable error que la LO 7/2000 haya establecido un Juzgado Central de Menores con sede en Madrid, que va a impedir que las medidas se ejecuten en el propio medio del menor o joven, lo que facilitaría su reinserción. Por el contrario, esta previsión legal va a propiciar los procesos de exclusión social.

Por otra parte, la obligación impuesta por la LO 7/2000 de cumplir la mitad de la medida antes de su modificación contraviene *las recomendaciones sobre la Justicia de Menores*, elaboradas en 1987 por el Comité restringido de expertos del Consejo de Europa, recogidas en el documento sobre la reacción social a la delincuencia juvenil¹¹⁴⁴, que reconoce al menor el derecho a pedir a la Autoridad judicial la revisión de las medidas en cualquier momento del proceso reeducativo, sin exigir que se haya cumplido parte de su duración.

También ha introducido la LO 7/2000 una nueva Disposición Adicional Quinta en la LORRPM, con la siguiente redacción:

¹¹⁴² BOE núm. 313, de 30 de diciembre. En virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de este Real Decreto, el Juzgado Central de Menores, con sede en Madrid, ha entrado en funcionamiento el 13 de enero de 2001.

¹¹⁴³ Vid. Recomendación núm. (87) 20, de 17 de septiembre de 1987, *sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil*, donde el Comité de Ministros del Consejo de Europa recomienda a los Estados miembros que la intervención de los menores se realice, con preferencia, en su medio natural de vida, comprometiendo a la colectividad, principalmente de ámbito local.

¹¹⁴⁴ Este documento está resumido en GIMENEZ-SALINAS i COLOMER, E.: “Jóvenes y cuestión penal en España”, cit., pp. 19 y 20. De la misma: “La reacción social a la delincuencia juvenil: la prevención, la desjudicialización, la Justicia de Menores”, cit., pp. 61-63.

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.

Esta última Disposición es, a nuestro juicio, acertada, en la medida que permitirá valorar las ventajas e inconvenientes de aplicar al menor y al joven una normativa discriminatoria por la comisión de los delitos descritos en la Disposición Adicional Cuarta.

Como consecuencia de los cambios introducidos en la LORRPM, relativos al Juzgado Central de Menores, la LO 7/2000 ha modificado los artículos 65 y 96 de la

LOPJ¹¹⁴⁵, así como los artículos 1, 6, 19 y 61 de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial¹¹⁴⁶.

Por último, la LO 7/2000, de conformidad con su Disposición Final Única, entró en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE, salvo lo dispuesto en su

¹¹⁴⁵ El artículo tercero de la LO 7/2000 establece *Primero. Se modifica el apartado 5º del artículo 65 que queda redactado de la siguiente manera: “De los recursos establecidos en la Ley contra las sentencias y otras resoluciones de los Juzgados Centrales de lo Penal, de los Juzgados Centrales de Instrucción y del Juzgado Central de Menores”. Segundo. Se introduce un segundo apartado en el artículo 96, con el contenido que a continuación se recoge, pasando el actual contenido de dicho artículo a constituir un nuevo apartado 1: “1. En cada provincia, con jurisdicción en toda ella y sede en su capital, habrá uno o más Juzgados de Menores. No obstante, cuando el volumen de trabajo lo aconseje, podrán establecerse Juzgados de Menores cuya Jurisdicción se extienda o bien a un partido determinado o agrupación de partidos, o bien a dos o más provincias de la misma Comunidad Autónoma. Tomarán su nombre de la población donde radique su sede”. 2. En la villa de Madrid, con jurisdicción en toda España, habrá un Juzgado Central de Menores que conocerá de las causas que le atribuye la legislación reguladora de la responsabilidad penal de los Menores.”*

¹¹⁴⁶ El artículo cuarto de la LO 7/2000, destinado a la modificación de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, preceptúa: *Primero. Se modifica el artículo 1, que queda redactado de la siguiente manera: “El Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional, los Juzgados Centrales de Instrucción, los Juzgados Centrales de lo Penal, los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo y el Juzgado Central de Menores tienen jurisdicción en toda España”. Segundo. Se modifica el artículo 6, que queda redactado de la siguiente manera: “El Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional, los Juzgados Centrales de Instrucción, los Juzgados Centrales de lo Penal, los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo y el Juzgado Central de Menores tienen su sede en la villa de Madrid”. Tercero. Se modifica el artículo 19, que queda redactado de la siguiente manera: “1. La planta del Juzgado Central de Menores y de los Juzgados de Menores es la establecida en el anexo XI de esta Ley. 2. El Juzgado Central de Menores y los Juzgados de Menores deberán ser revisados por Magistrados. 3. La provisión del Juzgado Central de Menores y de los Juzgados de Menores se hace mediante concurso, que se resuelve a favor de quienes acrediten la especialización correspondiente en la Escuela Judicial y tengan mejor puesto en el escalafón y, en su defecto, a favor de los Magistrados con mejor puesto en el escalafón”. Cuarto. Se modifica el artículo 61, que queda redactado de la siguiente manera: “1. Los Juzgados de Menores tendrán la competencia establecida en la legislación reguladora de la responsabilidad penal de los menores. 2. Las Audiencias Provinciales conocerán de los recursos interpuestos contra las resoluciones de los Juzgados de Menores en el ámbito de su respectiva provincia, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación reguladora de la responsabilidad penal de los menores para la Audiencia Nacional”. Quinto. Se modifica parcialmente el anexo XI de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, en el sentido de incorporar al mismo un Juzgado Central de Menores.*

artículo segundo, concerniente a la modificación de la LORRPM, que entró en vigor el mismo día que ésta última, esto es, el 13 de enero de 2001.

7. ASPECTOS PROCESALES

El contenido procesal-penal más relevante de la LORRPM puede sintetizarse en los siguientes apartados:

- Siguiendo la misma línea iniciada por la LORCPJM, que separaba las funciones de instrucción y enjuiciamiento, la LORRPM otorga la instrucción de las actuaciones al Ministerio Fiscal¹¹⁴⁷ (arts. 6 y 16)¹¹⁴⁸, reservando al Juez su auténtica función: juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117 CE).

Durante la instrucción del expediente, el Equipo Técnico, que depende funcionalmente del Ministerio Fiscal, elaborará un informe sobre la situación

¹¹⁴⁷ Véase FISCALIA GENERAL DEL ESTADO: “Instrucción 2/2000, de 27 de diciembre. Aspectos organizativos de las Secciones de Menores de las Fiscalías ante la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2000, de responsabilidad penal de los menores”, en *AP*, núm. 14, 2 al 8 de abril de 2001, pp. 703-713.

¹¹⁴⁸ Sobre este extremo, ha denunciado ORNOSA FERNANDEZ, R.: “Valoración crítica de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, cit., p. 65, que la LORRPM muestra una gran desconfianza hacia el Juez de Menores a lo largo de todo el articulado, prueba de ello es que no se exige al Fiscal un contenido mínimo en las diligencias propias de la instrucción, ni ningún plazo para su realización, a diferencia de lo que sucede con el Juez de Menores, para quien

psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social, y, en general, sobre cualquier otro aspecto relevante para la adopción de alguna de las medidas previstas en la LORRPM. En este sentido, a fin de evitar posibles dilaciones y dar una mayor celeridad al proceso, resulta positivo que la Ley haya establecido un plazo límite para la elaboración del informe por parte del Equipo Técnico, esto es, diez días, prorrogables a un mes en casos de gran complejidad.

En cuanto a la instrucción, la LORRPM vuelve a incurrir en contradicción, concretamente en el artículo 23, al señalar que la actuación instructora del Ministerio Fiscal tendrá como objeto “(...) proponer las concretas medidas de contenido educativo y sancionador adecuadas a las circunstancias del hecho y de su autor (...)”, con lo que de nuevo se hace uso del principio de proporcionalidad con la gravedad del hecho; principio que la Exposición de Motivos, sin embargo, declara excluido.

- . Existe una pleno reconocimiento a los menores de las garantías procesales y constitucionales (arts. 17 y 22). Así, por mandato expreso de la Ley, el Ministerio Fiscal no podrá practicar, por sí mismo, diligencias restrictivas de derechos fundamentales sin solicitud previa al Juez de Menores, que deberá resolver por auto

sí se establecen unos plazos en la fase de audiencia. Además sus decisiones deben ser siempre motivadas.

motivado sobre la práctica de las que sean precisas para el buen fin de las investigaciones (art. 23.3).

- Se garantiza la no contaminación del menor mientras dure la detención, siendo custodiados en dependencias adecuadas y separadas de las que se utilicen para los mayores de edad (art. 17.3), y, en todo caso, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas el menor detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición del Ministerio Fiscal (art. 17.4).

- Se garantiza la asistencia afectiva y psicológica del menor en cualquier estado y grado del procedimiento (art. 22.1.e).

- Se recoge el principio de intervención mínima en cuanto a la restricción de la iniciación y celebración del proceso. En efecto, cabe la posibilidad, como ya hemos apuntado en otro apartado del presente Capítulo, de no incoar el expediente cuando los hechos denunciados constituyan faltas o delitos menos graves cometidos sin violencia o intimidación en las personas (art. 18), así como sobreseer el expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima (art. 19).

También es posible acortar el proceso a través de la sentencia de conformidad. Así, cuando en el escrito de alegaciones el Ministerio Fiscal solicite la imposición de alguna o algunas de las medidas previstas en las letras e) a m) del

apartado 1 del artículo 7, y hubiere conformidad del menor y de su letrado, el Juez de Menores dictará sentencia sin más trámite imponiendo la medida solicitada (art. 32).

Igualmente, es posible la suspensión de la ejecución del fallo contenido en la sentencia, siempre que la medida impuesta no sea superior a dos años y se cumplan las siguientes condiciones: a) no ser condenado en sentencia firme por delito, si ha alcanzado la mayoría de edad, o no serle impuesta medida en sentencia firme en procedimiento regulado por esta Ley, ambas condiciones son de aplicación durante el tiempo que dure la suspensión; b) actitud y disposición del menor de reintegrarse a la sociedad, no incurriendo en nuevas infracciones; c) si lo establece el Juez de Menores, cumplir un régimen de libertad vigilada o realizar una actividad socio-educativa durante el plazo de suspensión de la medida.

En definitiva, el proceso que instaura la LORRPM da cumplimiento al pronunciamiento de, la tantas veces citada, STC 36/1991, de 14 de febrero, que deja sentado que “ (...) tanto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño resulta inequívocamente que ese procedimiento no es otra cosa que una variante del proceso penal, cuyos principios básicos debe respetar (...)”.

Siguiendo la misma línea que la citada sentencia del Tribunal Constitucional, *Las Reglas Mínimas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing)*, que constituyen, junto con otros instrumentos internacionales, una guía básica para interpretar correctamente la LORRPM, recogen la idea de un proceso penal para menores y jóvenes rodeado de todas las garantías, y recomiendan en su art. 2.3 a los Gobiernos de los Estados miembros realizar lo siguiente: “ (...) en cada Jurisdicción nacional se procurará promulgar un conjunto de Leyes, normas y disposiciones aplicables específicamente a los menores infractores, así como a los órganos e instituciones encargados de las funciones de Administración de Justicia de Menores (...)”.

8. ASPECTOS DE EJECUCIÓN

En materia de ejecución de medidas¹¹⁴⁹, el contenido más relevante de la Ley puede sintetizarse en los siguientes apartados:

¹¹⁴⁹ En este sentido, hay que poner de relieve la necesidad de introducir en las intervenciones educativas, al ejecutar las medidas, los avances conseguidos en el campo de la Psicología, Sociología y Pedagogía. Cfr. ABELLA i FERRAN, M.: “La intervención educativa en el ámbito judicial en jóvenes de dieciséis a dieciocho años”, cit., p. 44. Véase la misma opinión en RENAU I MANEN, D.: “Hacia una nueva Justicia para los menores”, en *Eguzkilo*, núm. 2, San Sebastián, 1988, pp. 37-40.

- La ejecución de las medidas acordadas corresponde a las Comunidades Autónomas, o ciudades, en su caso, de Ceuta y Melilla, conforme establece la Disposición Final Vigésimosegunda de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, si bien también podrán establecer convenios o acuerdos de colaboración con otras entidades, bien sean públicas, de la Administración del Estado, Local, o de otras Comunidades Autónomas, o privadas sin ánimo de lucro. Es competencia de dichas Entidades públicas, de acuerdo con sus respectivas normas de organización, la creación, dirección, organización y gestión de los servicios, instituciones y programas adecuados para garantizar una correcta ejecución (art. 45).

- La ejecución debe realizarse bajo el control del Juez de Menores que haya dictado sentencia, al que la Ley otorga un amplio elenco de competencias para que, mediante auto motivado, resuelva sobre las incidencias que puedan producirse durante el correspondiente iter ejecutivo (art. 44). Así, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, del Letrado del menor o de la Administración competente, oídas las partes, el Equipo Técnico, así como la representación de la Entidad pública de protección o reforma de menores, podrá dejar sin efecto las medidas impuestas o sustituirlas por otras que considere más adecuadas (art. 51.1). Igualmente, la conciliación del menor con la víctima podrá dejar sin efecto, en cualquier momento, la medida impuesta, cuando el Juez, a propuesta y previa audiencia de las partes expresadas anteriormente, considere que dicho acto y el tiempo de duración de la

medida ya cumplida expresan suficientemente el reproche que merece el menor (art. 51.2). También se ofrece al Juez de Menores la posibilidad de alterar el orden de cumplimiento de las medidas, cuando lo estime aconsejable en interés del menor (art. 47.3).

- . Se establece una regulación de los derechos y deberes del menor internado, que constituye una garantía inquebrantable durante el correspondiente transcurso ejecutivo (arts. 56 y 57).

- . En concordancia con el superior interés del menor, se reconoce expresamente el principio de resocialización, dirigido a reducir al máximo los efectos negativos que pueda comportar el internamiento para el menor o su familia, favoreciendo los vínculos sociales, el contacto con los familiares y allegados, así como la participación de las Entidades públicas y privadas en el proceso de integración social (art. 55).

- . Las medidas privativas de libertad, la detención y las medidas cautelares se deben cumplir en centros específicos para menores infractores, diferentes de los previstos en la legislación penitenciaria para los adultos. Estos centros, que deben estar divididos en módulos adecuados a la edad, madurez, necesidades y habilidades sociales de los menores internados, se deben regir por una normativa de funcionamiento interno, que tendrá por objeto conseguir una convivencia ordenada,

que permita la ejecución de los diferentes programas de intervención educativa y las funciones de custodia de los menores internados (art. 54).

9. VALORACIÓN GENERAL DE LA LEY

En términos globales, la LORRPM nos merece una valoración positiva, básicamente porque permite crear, por primera vez en nuestro país, un auténtico Derecho penal juvenil. Entre los aspectos positivos, merecen ser destacados los siguientes:

- Frente a la tradicional normativa española, se regula por primera vez en un sólo texto el Derecho penal sustantivo, el Derecho procesal y la regulación penitenciaria, lo que no sólo responde a razones de economía legislativa, sino también a una mayor conexión temática, y, sobre todo, a un mejor y más efectivo tratamiento de los menores infractores.

- La LORRPM, continuando el espíritu de la LORCPJM, introduce un modelo de Justicia basado en la responsabilidad. Este modelo presenta como ventajas el reconocimiento al menor de un tipo de responsabilidad que le hace responsable de sus propios actos, lo que permite la aplicación de un Derecho penal específico, y el reconocimiento al menor de las garantías mínimas legales en el

ámbito penal y procesal. De este modo, se supera la incorrecta filosofía subyacente en la anacrónica legislación tutelar de 1948, que consideraba al menor un sujeto incapaz, esto es, carente de las capacidades propias del adulto.

- En cuanto al límite mínimo de edad, fijado en catorce años, la LORRPM representa una mejora respecto de su antecesora, la LORCPJM, toda vez que descriminaliza el tramo de edad de doce a catorce años.

- Igualmente, diferencia distintos tramos de edad, de catorce a dieciséis, de dieciséis a dieciocho y de dieciocho a veintiuno, permitiendo adquirir una responsabilidad escalonada, a fin de que cada tramo sea objeto de medidas adecuadas a su respectivo periodo evolutivo.

- La designación de Abogado al menor desde el mismo momento de la incoación del expediente (art. 22.b), lo que viene a mejorar la derogada LORCPJM, que no preveía esta asistencia hasta el momento en que el Juez adoptaba la medida cautelar de internamiento en centro cerrado (art. 15.1 regla 5°).

- La LORRPM, supliendo el olvido de la LORCPJM, recoge en el artículo 9 unas reglas para la aplicación de las medidas. Estas se refieren a las faltas, a la medida de internamiento en régimen cerrado, a las acciones u omisiones imprudentes, a las eximentes, así como a la duración de las medidas, garantizándose,

pues, el principio de proporcionalidad o prohibición de exceso.. En este sentido, constituye un acierto que la Ley haya señalado, no sólo, el tipo de medidas que pueden adoptarse, sino también la duración de las mismas, su modificación o sustitución, y la posibilidad de adoptar medidas cautelares y su duración.

- La LORRPM mejora francamente la escueta redacción legal de la Disposición Adicional Tercera de la LORCPJM, al recoger los Capítulos II y III, bajo la rúbrica reglas para la ejecución de las medidas y reglas especiales para la ejecución de las medidas privativas de libertad, respectivamente, aspectos esenciales, como son el reconocimiento expreso del control de la ejecución de las medidas por el Juez de Menores, las funciones que le corresponden, el régimen disciplinario aplicable durante el cumplimiento de la medida, los derechos y deberes de los menores internados, el reconocimiento del principio de resocialización, el régimen de visitas, etc.

- Introducción de un Recurso de Apelación ante la Sala de Menores del Tribunal Superior de Justicia (art. 41), y de un Recurso de Casación para unificación de doctrina ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo (art. 42)¹¹⁵⁰.

¹¹⁵⁰ Con ello se da cumplimiento a la demanda de la Fiscalía General del Estado, que insistía en la implantación de un sistema de recursos, terminando la cúpula de la pirámide en un recurso de casación para unificación de doctrina. Cfr. FISCALIA GENERAL DEL ESTADO: *Memoria elevada al Gobierno de S.M.*, 1997, p. 105. Para un estudio detallado del régimen de recursos contra las resoluciones interlocutorias, cfr. De DIEGO DIEZ, L. A.: “Recursos interlocutorios en el enjuiciamiento penal de los menores. Primeras reflexiones acerca de la Ley Orgánica 5/2000”, en *La Ley*, núm. 5159, 11 de octubre de 2001, pp. 1-8.

- La exigencia de especialización de todos los implicados en el proceso, no sólo de los Jueces, Fiscales y Abogados (Disposición Final Cuarta), sino también de la Policía Judicial y del Equipo Técnico (Disposición Final Tercera). Sin embargo, la Ley se olvida de la especialización de los funcionarios encargados de hacer efectiva la finalidad de las medidas impuestas a los menores internados.

- En términos generales, el Derecho procesal acogido por la LORRPM hace posible una adecuada individualización de la medida.

- Para una efectiva aplicación de la LORRPM, en cumplimiento de su Disposición Final Segunda, sobre modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, se ha aprobado, dentro del marco previsto en la citada Disposición, la Ley 12/2000, de 28 de diciembre, de modificación de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal¹¹⁵¹, y la LO 9/2000.

Ahora bien, pese a sus numerosos aspectos positivos, la LORRPM no está exenta de defectos, entre otros, cabe señalar los siguientes:

¹¹⁵¹ *BOE* núm. 312, de 29 de diciembre de 2000. Como reza la Exposición de Motivos, “una efectiva aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, tal y como establece su Disposición Final Segunda, requiere la introducción de ciertos cambios en la organización del Ministerio Fiscal,

- Sin perjuicio de admitir que la finalidad primordial del Derecho penal juvenil gira entorno a la idea de prevención especial, sin embargo esta afirmación no debe ser óbice para dar cabida a la prevención general, pese a que la Exposición de Motivos de la Ley se empeñe en no reconocerlo explícitamente.

- Retomando la anterior consideración, la idea de prevención especial, que insistimos ha de presidir la Justicia de Menores, y que es perfectamente compatible con la naturaleza penal otorgada a la Ley, no se cumple en determinados artículos, cuya finalidad no es otra que la prevención general o defensa social. Así, por ejemplo, no es de recibo que la adopción de la medida cautelar de internamiento (art. 28.2) se haga depender, entre otros factores, de la “alarma social” producida, concepto claramente indeterminado¹¹⁵² y de corte preventivo general. Tampoco parece razonable que la naturaleza y gravedad del hecho constituya un requisito determinante para poder aplicar la Ley a los jóvenes de dieciocho a veintiún años, esto es, que la infracción sea una falta o delito menos grave cometido sin violencia o intimidación en las personas o sin grave riesgo para la vida o integridad física de las mismas. Pensemos que si el principio básico de la Ley es el interés superior del menor, y ésta ha optado por la posibilidad de ampliar su ámbito de aplicación a los

así como una especialización funcional, dirigida a permitir una adecuada actuación del Ministerio Fiscal en la instrucción de los procesos a los que es llamado por Ley”.

¹¹⁵² Cfr. PORTILLA CONTRERAS, G.: “Fundamentos teóricos de una alternativa al concepto tradicional de inimputabilidad del menor”, cit., p. 132.

jóvenes, este principio también debería hacerse extensivo al joven. Esto significa que, si de sus circunstancias personales, que deberían tener un carácter vinculante, como sucede tratándose de un menor, se deriva la necesidad de aplicar las disposiciones de la Ley, el dato de la naturaleza y gravedad del hecho cometido debería apreciarse, entre otros, como criterio orientativo en orden a determinar qué medida es más adecuada para el joven, tal y como sucede con los denominados “menores”, pero no como criterio que permite excluir la aplicación de la Ley.

- La finalidad reeducadora que anuncia la Exposición de Motivos se quiebra en numerosas ocasiones. Así, por ejemplo, con la modificación introducida por la LO 7/2000, la extrema gravedad de un hecho se hace depender de la reincidencia (párrafo tercero de la regla 5ª del art. 9). La utilización de este concepto introduce una suerte de dureza penal que poco se corresponde con los principios informadores que la propia Exposición de Motivos de la Ley dice reconocer.

- En reconocimiento del principio del interés del menor, habría sido acertado descriminalizar las faltas, condicionando la apertura del expediente, sólo, a la comisión de delitos. En este sentido, pese a que la Ley recoge, en virtud del principio de oportunidad, la posibilidad de desistir de la incoación del expediente tratándose de asuntos de bagatela (art. 18), sin embargo, el hecho de que se puedan criminalizar las faltas, que, por otro lado, no suponen un atentado contra los intereses más legítimos de la comunidad, representa un desconocimiento de los

efectos estigmatizantes que puede ocasionar a los menores un tratamiento jurisdiccional.

- La realización de la función instructora por el Ministerio Fiscal debería estar sujeta a plazos, a fin de evitar posibles dilaciones, y dar una mayor celeridad al proceso¹¹⁵³.

- El Ministerio Fiscal debería motivar su decisión de no ejercitar la acción penal en los supuestos previstos en el artículo 18, dada la importancia que significa desistir de la incoación del expediente. En este sentido, también debería el Juez de Instrucción motivar el auto en el que acuerde aplicar a los jóvenes de dieciocho a veintiún años las disposiciones de la Ley, siempre y cuando se den las condiciones descritas en su artículo 4.

- Frente al desinterés de la LORCPJM hacia la víctima, la LORRPM ha intentado darle una mayor participación¹¹⁵⁴, sin embargo resulta demasiado limitada,

¹¹⁵³ Como señalara DORADO MONTERO: *El derecho protector de los criminales*, cit., pp. 135 y 136, “los juicios socialmente automáticos (...), con la rapidez con que se ejecutan los actos reflejos, son los más eficaces de todos”.

¹¹⁵⁴ Cfr., al respecto, De LAMO RUBIO, J.: “La víctima en el actual proceso de menores: presencias y ausencias”, en *La Ley*, 1999-5, pp. 1913-1926; MARTI SANCHEZ, N.: “Protección de la víctima y responsabilidad civil en la Ley penal de los menores”, en *AP*, núm. 4, 22 al 28 de enero de 2001, pp. 65-82; RODRIGUEZ SOL, L.: “El Fiscal y la protección de las víctimas en el proceso de menores”, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia e Interior*, núm. 1750, 25 de julio de 1995, pp. 137-144.

ya que, como declara la propia Exposición de Motivos de la Ley, “no cabe reconocer a los particulares el derecho a constituirse propiamente en parte acusadora con plenitud de derechos y cargas procesales. No existe aquí ni la acción particular de los perjudicados por el hecho criminal, ni la acción popular de los ciudadanos, porque en estos casos el interés prioritario para la sociedad y para el Estado coincide con el interés del menor”.

Así, pues, al margen de las soluciones mediadoras que recoge el artículo 19, el artículo 25, bajo la rúbrica “Participación del perjudicado e inexistencia de acción particular y popular”, contempla la posibilidad de una tímida “participación del perjudicado”, sólo, para determinados supuestos, esto es, *cuando los hechos tipificados como delitos se atribuyan a personas que hayan cumplido los dieciséis años en el momento de la comisión de los hechos, con violencia o intimidación, o con grave riesgo para la vida o integridad física de las personas (...)*.

A nuestro juicio, la participación del perjudicado en el procedimiento no debería haber quedado condicionada por la edad del menor infractor, ni por la gravedad del delito cometido, puesto que esto constituye un trato discriminatorio hacia los otros perjudicados. En cualquier caso, se debería haber dado cabida a la acusación particular para todo tipo de delitos, sin excepción. Sin embargo, la exclusión de la acción popular sí constituye un acierto, en la medida que, de

admitirse, el procedimiento podría convertirse en vindicativo, pese a la legitimidad de dichas acciones.

Por último, sólo cabe señalar que el Título VIII de la LORRPM, bajo la rúbrica “de la responsabilidad civil”, destina los artículos 61 a 64 a la posibilidad de ejercitar la acción civil en una pieza separada de responsabilidad civil con los requisitos y efectos allí explicitados¹¹⁵⁵.

¹¹⁵⁵ Un estudio en torno al nuevo sistema de responsabilidad civil de padres y guardadores en DIAZ ALABART, S.: “La responsabilidad civil en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, en *responsa iurisperitorum digesta*, vol. II, separata, Ediciones Universidad de Salamanca, s./f., pp. 185-221; VAQUER ALOY, A: “La responsabilidad civil en la Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores: una propuesta de interpretación”, en *La Ley*, núm. 5224, de 12 de enero de 2001, pp. 1-5.

CONCLUSIONES

I. CONCLUSIONES GENERALES EN TORNO A UN DERECHO PENAL JUVENIL

1º.- Ni que decir tiene que los profesionales deben aplicar la LORRPM con sujeción a aquellos principios sobre los que se debe asentar cualquier procedimiento penal: oralidad; intermediación; y celeridad, criterios que, como ha señalado la Fiscalía General del Estado, deben inspirar toda la normativa que se dicte en materia de Justicia de Menores.

Ahora bien, en la medida que el procedimiento de menores ha de ir encaminado a conseguir una respuesta rápida, en orden a conseguir que el menor relacione con rapidez la infracción cometida con las medidas aplicadas o, en su caso, con la despenalización, estos principios deben adquirir en este campo una importancia, si cabe, mayor. En definitiva, al objeto de asegurar una Justicia de Menores ágil y eficaz se hace necesario acelerar tanto el procedimiento como la ejecución de las medidas.

2º.- Además, para que los principios de igualdad, solidaridad y seguridad jurídica sean efectivos en este ámbito, las distintas Comunidades Autónomas deben otorgar un tratamiento similar a los menores en las funciones que son de su competencia, esto es, tanto en las de ejecución de las medidas, como en las de protección.

3°.- En línea con la anterior consideración, se exige un importante dotación presupuestaria, tanto en aquellos aspectos que corresponden a la competencia del Estado, como en aquellos otros que afectan a las competencias de las Comunidades Autónomas, lo que demanda, además, una coordinación entre ambos.

4°.- Por otro lado, y de conformidad con lo propugnado por el Tribunal Constitucional y los Tratados internacionales que versan sobre la materia, y que han sido incorporados a nuestro Ordenamiento jurídico, hay que insistir en la necesidad de respetar al menor todas las garantías derivadas de nuestro Ordenamiento constitucional. Esta normativa internacional exige para el menor el mismo tratamiento garantista que se aplica para los adultos. Hoy día es comúnmente admitido la necesidad de introducir en el procedimiento de menores las garantías jurídicas mínimas propias de un Estado de Derecho.

5°.- En definitiva, diversificar la respuesta penal, a través de la reparación o conciliación, en aplicación del principio de oportunidad, aunque ya haya comenzado el proceso, así como la aplicación de medidas no privativas de libertad, y un verdadero reconocimiento de los derechos, no sólo, del menor, sino también de la víctima, debe ser el eje central sobre el que gire la Justicia de Menores en este nuevo siglo.

Así, el Juez de Menores deberá examinar, con atención, si únicamente con las medidas educativas se puede conseguir el fin perseguido de reeducación y reinserción, en conjunción con las consideraciones de prevención general, pues, en caso afirmativo, no habrá necesidad de utilizar otras medidas más restrictivas de derechos fundamentales, como la privación de libertad.

II. CONCLUSIONES SOBRE LA LORRPM

6°.- Que duda cabe que uno de los problemas más importantes con los que se puede enfrentar un Ordenamiento jurídico es el dar una respuesta adecuada a aquellos comportamientos graves que, por las consecuencias que de ellos se derivan, se pueden ubicar perfectamente dentro del Código penal, pero, en cambio, no pueden ser sancionados conforme a este Texto punitivo, en la medida que sus autores son menores de edad penal.

En este sentido, era necesario que la Ley a la que hace referencia el artículo 19 del Código penal de 1995 prestase una atención especial, no sólo, a las medidas que se pueden adoptar, sino también a la forma en que las mismas deben ejecutarse, y a las garantías que deben rodear toda decisión que implique una limitación o restricción de derechos, fundamentalmente, si la medida acordada es privativa de libertad.

Pues bien, en términos generales, la LORRPM es positiva, en cuanto contempla, de una forma exhaustiva y detallada, el tipo de medidas que pueden adoptarse, la duración de las mismas, su modificación o sustitución, la posibilidad de adoptar medidas cautelares y su duración, la forma en la que deben ejecutarse, fijando las funciones del Juez de Menores, que actúa en esta materia de forma muy similar al Juez de Vigilancia Penitenciaria, delimita, igualmente, las competencias de la Administración, y, por último, recoge los derechos y deberes de los menores internados y sus garantías.

7º.- La LORRPM contempla la posibilidad de aplicar a los mayores de dieciocho años y menores de veintiuno el régimen jurídico-penal previsto para los menores, en los casos y con los requisitos que la misma establece (art. 4, en relación con la nueva Disposición Adicional Cuarta, introducida por la LO 7/2000). Con esta posibilidad se corre el riesgo de ampliar el comienzo de la mayoría de edad penal a criterio discrecional o potestativo de los Jueces. Una solución más acertada habría sido aplicar a estos jóvenes el Código penal, aunque reconociéndoles una responsabilidad atenuada, y un régimen penitenciario, en cierto modo especial (art. 68 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y arts. 48 a 55 del Reglamento Penitenciario), o, incluso, crear una atenuante específica de edad inferior a veintiún años.

Ahora bien, la ausencia de medios necesarios, tanto personales como materiales, para la puesta en marcha de la Ley ha motivado que la 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 (LO 9/2000), haya suspendido la entrada en vigor del régimen de los mayores de dieciocho años, hasta el 13 de enero de 2003.

8º.- Enlazando con la anterior conclusión, el régimen establecido por la LORRPM plantea como problema de orden práctico la necesidad de destinar una importante dotación presupuestaria a conseguir un tratamiento procesal y una respuesta diversificada para los jóvenes mayores de dieciocho y menores de veintiún años, al objeto de evitar una amalgama con los menores tanto en las Fiscalías y Juzgados, como en los centros de internamiento destinados al cumplimiento de las medidas privativas de libertad. En este sentido, el esfuerzo presupuestario que demanda la LORRPM ha de ir dirigido, especialmente, a conseguir la efectiva entrada en vigor del artículo 69 del Código penal, en relación con el 4 de la LORRPM, en la medida que su inaplicación constituye una realidad preocupante, que, hasta cierto punto, llega a ser inconstitucional.

III. CONCLUSIONES SOBRE LA LO 7/2000,

9º.- Resulta sorprendente y paradójico, a la vez, que mientras se introduce en nuestro Ordenamiento jurídico la desjudicialización, acompañada de los programas

de conciliación y reparación, en respuesta a los principios que presiden el moderno Derecho penal (principio de intervención mínima; subsidiariedad y *última ratio*), siga existiendo, sin embargo, un movimiento tendente a la retribución, materializado, en este caso, en el tratamiento jurídico que reciben los menores por la comisión de los delitos descritos en la nueva Disposición Adicional Cuarta de la LORRPM, introducida por la LO 7/2000, fundamentalmente, los autores de delitos de terrorismo. Estos actos delictivos se caracterizan por representar una respuesta jurídica excepcional, que pese a su repulsa, nunca debería haberse apartado de las garantías propias de un Estado social y democrático de Derecho, como es el principio de igualdad, ni de los principios inspiradores de la LORRPM, en especial, el interés superior del menor.

Esta circunstancia, unida fundamentalmente al hecho de que la Ley 7/2000 conduce a una respuesta jurídica irracional, en la medida que produce una seria disfunción con la LORRPM, provoca el que nos hallemos ante una Ley que en absoluto goza de nuestro favor y que, seguramente, suscitará una ardiente polémica doctrinal, que, por otra parte, no debería quedar exenta de los problemas que puede plantear su interpretación y aplicación.

A nuestro juicio, se hace imprescindible realizar una seria reflexión jurídica en torno a las razones que han determinado la aprobación de esta Ley, lo que me lleva a argumentar, con responsabilidad, que éstas, tan sólo, responden a un mero

oportunismo político y electoralista, dado el singular relieve que en este concreto momento histórico alcanza el problema del terrorismo en nuestro país.

Es evidente que la LO 7/2000 se ha elaborado aprovechando determinadas coyunturas políticas o sociales, que nunca deberían haberse tenido en cuenta a la hora de crear una Ley que tiene finalidad de continuidad. Conviene recordar a los legisladores que, el Derecho penal no puede ser utilizado con carácter oportunista o como mero instrumento al servicio del poder político.

10º.- A modo de síntesis de las reflexiones y críticas que preceden, insistimos, una vez más, en la necesidad de ofrecer hoy una respuesta fundamentalmente no penitenciaria a la delincuencia juvenil. Para ello, es necesario ser especialmente cuidadosos con la naturaleza penal específica de la LORRPM, en orden a evitar una nueva entrada de ideas defensistas, que persiguen con objetivos desmedidamente represivos, como la LO 7/2000.

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

14 de marzo de 1872 (JC 899)

24 de abril de 1872 (JC 983)

5 de julio de 1872 (JC 1145)

26 de septiembre de 1872 (JC 1212)

14 de diciembre de 1872 (JC 1403)

29 de abril de 1873 (JC 1687)

3 de mayo de 1873 (JC 1693)

5 de mayo de 1873 (JC 1696)

18 de octubre de 1873 (JC 1849)

14 de febrero de 1874 (JC 2044)

3 de marzo de 1874 (JC 2086)

28 de marzo de 1874 (JC 2135)

6 de abril de 1874 (JC 2149)

23 de abril de 1874 (JC 2183)

24 de abril de 1874 (JC 2189)

29 de mayo de 1874 (JC 2270)

15 de junio de 1874 (JC 2309)

13 de noviembre de 1874 (JC 2505)

15 de diciembre de 1874 (JC 2582)

31 de diciembre de 1874 (JC 2607)

26 de enero de 1875 (JC 2632)

21 de abril de 1875 (JC 2747)

26 de mayo de 1875 (JC 2792)

24 de septiembre de 1875 (JC 2878)

13 de noviembre de 1875 (JC 2965)

27 de diciembre de 1875 (JC 3074)

10 de enero de 1876 (JC 3112)

7 de abril de 1876 (JC 3300)

11 de abril de 1876 (JC 3312)

2 de enero de 1877 (JC 3707)

24 de febrero de 1877 (JC 149)

17 de marzo de 1877 (JC 3854)

27 de septiembre de 1877 (JC 4080)

3 de octubre de 1877 (JC 4088)

12 de julio de 1878 (JC 4602)

30 de octubre de 1878 (JC 4705)

9 de enero de 1879 (JC 4819)

10 de mayo de 1879 (JC 5013)

14 de octubre de 1879 (JC 5178)

26 de enero de 1881 (JC 5797)

17 de marzo de 1882 (JC 6427)

22 de diciembre de 1882 (JC 6865)

30 de abril de 1883 (JC 7066)

28 de diciembre de 1883 (JC 7557)

12 de febrero de 1884 (JC 7711)

14 de noviembre de 1884 (JC 8396)

9 de septiembre de 1886 (JC 42)

17 de noviembre de 1886 (JC 177)

31 de enero de 1887 (JC 3769)

1 de febrero de 1889 (JC 111)

3 de julio de 1889 (JC 67)

9 de junio de 1890 (JC 353)

4 de julio de 1891 (JC 11)

9 de octubre de 1891 (JC 94)

27 de noviembre de 1891 (JC 200)

26 de febrero 1895 (JC 108)

24 de diciembre de 1895 (JC 122)

18 de enero de 1896 (JC 55)

8 de febrero de 1896 (JC 114)

28 de mayo de 1898 (JC 161)

11 de octubre de 1898 (JC 60)

30 de enero de 1899 (JC 58)

14 de junio de 1899 (JC 212)

21 de mayo de 1900 (JC 196)

23 de octubre de 1900 (JC 80)

22 de diciembre de 1900 (JC 193)

30 de diciembre de 1901 (JC 197)

8 de febrero de 1902 (JC 69)

26 de marzo de 1902 (JC 152)

20 de junio de 1902 (JC 263)

28 de junio de 1902 (JC 209)

20 de marzo de 1903 (JC 88)

13 de noviembre de 1906 (JC 121)

7 de diciembre de 1906 (JC 177)

5 de junio de 1909 (JC 249)

7 de diciembre de 1910 (JC 134)

13 de junio de 1911 (JC 229)

9 de abril de 1913 (JC 170)

15 de abril de 1913 (JC 184)

9 de febrero de 1915 (JC 61)

25 de mayo de 1917 (JC 119)

29 de mayo de 1918 (JC 154)

16 de octubre de 1923 (JC 45)

19 de abril de 1926 (JC 164)

21 de marzo de 1928 (JC 138)

26 de julio de 1928 (JC 30)

1 de agosto de 1928 (JC 32)

31 de diciembre de 1928 (JC 242)

13 de febrero de 1929 (JC 139)

21 de marzo de 1929 (JC 231)

24 de diciembre de 1929 (JC 151)

14 de febrero de 1930 (RA 150)

7 de enero de 1931 (RA 1414)

5 julio de 1935 (RA 1489)

12 de noviembre de 1935 (RA 2097)

30 de diciembre de 1935 (RA 2497)

8 de enero de 1941 (RA 94)

24 de octubre de 1941 (RA 1188)

11 de mayo de 1942 (RA 689)

27 de noviembre de 1944 (RA 1307)

30 de marzo de 1946 (RA 461)

25 de enero de 1947 (RA 117)

4 de febrero de 1947 (RA 249)

18 de abril de 1947 (RA 542)

19 de mayo de 1947 (RA 706)

27 de enero de 1948 (RA 103)

10 de junio de 1948 (RA 1021)

7 de julio de 1948 (RA 1062)

3 de noviembre de 1948 (RA 1338)

11 de diciembre de 1948 (RA 1568)

22 de febrero de 1950 (RA 306)

20 de junio de 1950 (RA 975)

30 de abril de 1951 (RA 1426)

29 de febrero de 1952 (RA 392)

15 de marzo de 1952 (RA 577)

9 de abril de 1952 (RA 615)

27 de junio de 1952 (RA 1136)

31 de octubre de 1952 (RA 1990)

16 de diciembre de 1952 (RA 2589)

16 de diciembre de 1952 (RA 2591)

2 de marzo de 1953 (RA 445)

13 de abril de 1953 (RA 3538)

8 de junio de 1953 (RA 1489)

29 de noviembre de 1954 (RA 2718)

2 de diciembre de 1954 (RA 2724)

10 de febrero de 1958 (RA 353)

11 de febrero de 1958 (RA 361)

5 de julio de 1958 (RA 2471)

8 de noviembre de 1958 (RA 3358)

18 de marzo de 1959 (RA 1274)

2 de mayo de 1959 (RA 1759)

9 de junio de 1959 (RA 2253)

16 de diciembre de 1959 (RA 4279)

6 de octubre de 1960 (RA 3028)

20 de junio de 1961 (RA 2667)

26 de junio de 1961 (RA 2680)

2 de mayo de 1962 (RA 1886)

26 de junio de 1963 (RA 3291)

29 de mayo de 1963 (RA 2496)

11 de febrero de 1964 (RA 730)

25 de febrero de 1964 (RA 872)

25 de marzo de 1964 (RA 1668)

2 de abril de 1964 (RA 1740)

17 de noviembre de 1964 (RA 4844)

26 de febrero de 1965 (RA 740)

3 de diciembre de 1965 (RA 5491)

10 de diciembre de 1965 (RA 5564)

17 de enero de 1966 (RA 354)

31 de enero de 1966 (RA 562)

16 de marzo de 1966 (RA 1246)

31 de marzo de 1966 (RA 1631)

23 de septiembre de 1966 (RA 3810)

5 de noviembre de 1966 (RA 5111)

4 de noviembre de 1967 (RA 4919)

16 de noviembre de 1967 (RA 5087)

28 de noviembre de 1967 (RA 5170)

14 de marzo de 1968 (RA 1416)

3 de mayo de 1968 (RA 2362)

30 de mayo de 1968 (RA 2722)

20 de junio de 1968 (RA 3055)

17 de octubre de 1968 (RA 4323)

9 de noviembre de 1968 (RA 4581)

10 de febrero de 1969 (RA 892)

19 de junio de 1969 (RA 3718)

20 de junio de 1969 (RA 3725)

7 de octubre de 1969 (RA 4941)

10 de octubre de 1969 (RA 4360)

24 de octubre de 1970 (RA 4196)

8 de febrero de 1971 (RA 505)

29 de marzo de 1971 (RA 1510)

15 de junio de 1971 (RA 2878)

9 de mayo de 1972 (RA 2079)

28 de junio de 1972 (RA 3210)

7 de diciembre de 1972 (RA 5289)

2 de julio de 1973 (RA 2949)

8 de octubre de 1973 (RA 3620)

15 de octubre de 1973 (RA 3839)

12 de noviembre de 1973 (RA 4308)

23 de octubre de 1973 (RA 3936)

7 de diciembre de 1973 (RA 4928)

3 de mayo de 1974 (RA 2080)

22 de mayo de 1974 (RA 2411)

26 de octubre de 1974 (RA 3981)

3 de diciembre de 1974 (RA 5077)

20 de diciembre de 1974 (RA 5256)

25 de febrero de 1975 (RA 626)

14 de abril de 1975 (RA 1631)

3 de mayo de 1975 (RA 2077)

14 de noviembre de 1975 (RA 5042)

16 de febrero de 1976 (RA 586)

22 de marzo de 1976 (RA 1226)

6 de mayo de 1976 (RA 2144)

25 de mayo de 1976 (RA 2394)

24 de septiembre de 1976 (RA 3676)

5 de octubre de 1976 (RA 3906)

3 de diciembre de 1976 (RA 5230)

14 de diciembre de 1976 (RA 5338)

18 de diciembre de 1976 (RA 5404)

11 de abril de 1977 (RA 1583)

31 de enero de 1978 (RA 119)

15 de marzo de 1979 (RA 1294)

20 de marzo de 1979 (RA 1305)

13 de diciembre de 1979 (RA 4605)

18 de enero de 1980 (RA 109)

10 de diciembre de 1980 (RA 4922)

20 de febrero de 1981 (RA 765)

11 de diciembre de 1981 (RA 4994)

18 de marzo de 1980 (RA 1153)

12 de mayo de 1980 (RA 1910)

20 de enero de 1981 (RA 161)

11 de diciembre de 1981 (RA 4994)

21 de diciembre de 1981 (RA 5101)

2 de marzo de 1982 (RA 1404)

4 de junio de 1982 (RA 3464)

19 de octubre de 1982 (RA 5653)

22 de octubre de 1982 (RA 5669)

22 de noviembre de 1982 (RA 7175)

10 de diciembre de 1982 (RA 7403)

27 de enero de 1983 (RA 61)

16 de marzo de 1983 (RA 2140)

13 de julio de 1983 (RA 4161)

26 de junio de 1984 (RA 3690)

28 de junio de 1984 (RA 3702)

27 de diciembre de 1984 (RA 6662)

25 de junio de 1985 (RA 3858)

14 de enero de 1986 (RA 128)

9 de abril de 1986 (RA 1949)

16 de mayo de 1986 (RA 2475)

25 de junio de 1986 (RA 3193)

3 de diciembre de 1986 (RA 7780)

15 de diciembre de 1986 (RA 7922)

7 de mayo de 1987 (RA 3021)

9 de julio de 1987 (RA 5307)

18 de noviembre de 1987 (RA 8548)

14 de diciembre de 1987 (RA 9769)

22 de diciembre de 1987 (RA 9821)

14 de enero de 1988 (RA 247)

6 de febrero de 1988 (RA 907)

8 de febrero de 1988 (RA 979)

15 de marzo de 1988 (RA 2021)

31 de mayo de 1988 (RA 4133)

1 de junio de 1988 (RA 4413)

13 de julio de 1988 (RA 6571)

23 septiembre de 1988 (RA 8262)

14 de octubre de 1988 (RA 7922)

17 de octubre de 1988 (RA 8329)

14 de enero de 1989 (RA 29)

18 de enero de 1989 (RA 45)

2 de febrero de 1989 (RA 2319)

17 de marzo de 1989 (RA 2680)

7 de abril de 1989 (RA 3044)

29 de abril de 1989 (RA 3571)

18 de mayo de 1989 (RA 8408)

19 de mayo de 1989 (RA 4227)

27 de junio de 1989 (RA 6001)

7 de julio de 1989 (RA 6123)

10 de julio de 1989 (RA 6172)

20 de octubre de 1989 (RA 8469)

17 de noviembre de 1989 (RA 8665)

26 de diciembre de 1989 (RA 9792)

24 de enero de 1990 (RA 482)

4 de abril de 1990 (RA 3134)

15 de junio de 1990 (RA 5320)

22 de junio de 1990 (RA 6540)

9 de julio de 1990 (RA 6271)

12 de julio de 1990 (RA 6360)

22 de septiembre de 1990 (RA 7357)

10 de octubre de 1990 (RA 7948)

23 de noviembre de 1990 (RA 9859)

30 de noviembre de 1990 (RA 9265)

10 de diciembre de 1990 (RA 9439)

11 de diciembre de 1990 (RA 9456)

13 de febrero de 1991 (RA 1025)

15 de abril de 1991 (RA 2738)

3 de julio de 1991 (RA 5519)

10 de julio de 1991 (RA 5771)

24 de octubre de 1991 (RA 7366)

14 de noviembre de 1991 (RA 8130)

24 de enero de 1992 (RA 440)

31 de enero de 1992 (RA 614)

8 de febrero de 1992 (RA 1102)

11 de febrero de 1992 (RA 1123)

19 de febrero de 1992 (RA 1301)

18 de mayo de 1992 (RA 4080)

8 de junio de 1992 (RA 5292)

23 de junio de 1992 (RA 5853)

18 de septiembre de 1992 (RA 7179)

18 de septiembre de 1992 (RA 7189)

22 de septiembre de 1992 (RA 7217)

24 de septiembre de 1992 (RA 7258)

28 de septiembre de 1992 (RA 7381)

4 de noviembre de 1992 (RA 8889)

30 de noviembre de 1992 (RA 9574)

22 de diciembre de 1992 (RA 10475)

2 de febrero de 1993 (RA 632)

23 de abril de 1993 (RA 3176)

28 de septiembre de 1993 (RA 7013)

5 de octubre de 1993 (RA 7277)

2 de marzo de 1994 (RA 2097)

11 de marzo de 1994 (RA 2130)

13 de abril de 1994 (RA 3283)

4 de julio de 1994 (RA 6418)

2 de noviembre de 1994 (RA 8557)

5 de diciembre de 1994 (RA 9387)

6 de marzo de 1995 (RA 1811)

6 de marzo de 1995 (RA 1813)

23 de noviembre de 1995 (RA 8781)

24 de noviembre de 1995 (RA 8871)

7 de noviembre de 1996 (RA 8189)

16 de diciembre de 1996 (RA 8955)

27 de enero de 1997 (RA 318)

19 de marzo de 1997 (RA 2300)

10 de abril de 1997 (RA 2768)

30 de junio de 1997 (RA 645)

22 de octubre de 1997 (RA 7766)

10 de diciembre de 1997 (RA 8792)

2 de abril de 1998 (RA 2965)

8 de junio de 1998 (RA 5153)

12 de junio de 1998 (RA 5316)

15 de junio de 1998 (RA 5320)

24 de junio de 1998 (RA 9209)

2 de julio de 1998 (RA 5807)

14 de julio de 1998 (RA 5824)

29 de diciembre de 1998 (RA 10067)

12 de febrero de 1999 (RA 974)

14 de abril de 2000 (RA 2543)

AUTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

4 de septiembre de 1990 (RA 6916)

18 de diciembre de 1990 (RA 9564)

19 de febrero de 1997 (RA 1135)

19 de marzo de 1997 (RA 2300)

2 de abril de 1997 (RA 2717)

22 de octubre de 1997 (RA 7766)

1 de abril de 1998 (RA 3393)

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ATC 286/ 1991, de 1 de octubre

ATC 14 de junio de 1999

STC 36/1991, 14 de febrero

STC 211/1993, de 28 de junio

STC 233/1993, de 12 de julio

STC 55/1994, de 24 de febrero

STC 60/1995, de 17 de marzo

STC 61/1998, de 17 de marzo

**ÍNDICE DE BOLETINES Y DIARIOS DE SESIONES DE LAS CORTES
GENERALES**

- Boletines

-*BOCG. Congreso de los Diputados*, I legislatura, serie A, núm. 108-1, de 17 de enero de 1980.

-*BOCG. Congreso de los Diputados*, IV legislatura, serie A, núm. 102-1, de 23 de septiembre de 1992.

-*BOCG. Congreso de los Diputados*, IV legislatura, serie A, núm. 102-2, de 20 de octubre de 1992.

-*BOCG. Congreso de los Diputados*, IV legislatura, serie A, núm. 102-3, de 24 de noviembre de 1992.

-*BOCG. Congreso de los Diputados*, IV legislatura, serie A, núm. 102-4, 15 de diciembre de 1992.

-*BOCG. Congreso de los Diputados*, IV legislatura, serie A, núm. 102-5, de 28 de diciembre de 1992.

-*BOCG. Congreso de los Diputados*, IV legislatura, serie A, núm. 102-6, de 20 de enero de 1993.

-BOCG. *Congreso de los Diputados*, IV legislatura, serie A, núm. 102-7, de 11 de febrero de 1993.

-BOCG. *Congreso de los Diputados*, IV legislatura, serie A, núm. 102-10, de 7 de abril de 1993.

-BOCG. *Congreso de los Diputados*, IV legislatura, serie E, núm. 262, de 21 de abril de 1993.

-BOCG. *Congreso de los Diputados*, V legislatura, serie D, núm. 99, de 17 de mayo de 1994, p. 17.

-BOCG. *Congreso de los Diputados*, V legislatura, serie A, núm. 77-1, de 26 de septiembre de 1994.

-BOCG. *Congreso de los Diputados*, V legislatura, serie A, núm. 77-2, de 11 de octubre de 1994.

-BOCG. *Congreso de los Diputados*, V legislatura, serie A, núm. 77-3, de 15 de diciembre de 1994.

-BOCG. *Congreso de los Diputados*, V legislatura, serie A, núm. 77-4, de 31 de enero de 1995.

-BOCG. *Congreso de los Diputados*, V legislatura, serie A, núm. 77-5, de 21 de febrero de 1995.

-BOCG. *Congreso de los Diputados*, V legislatura, serie A, núm. 77-6, de 6 de marzo de 1995.

-BOCG. *Congreso de los Diputados*, V legislatura, serie A, núm. 77-7, de 5 de abril de 1995.

-BOCG. *Congreso de los Diputados*, V legislatura, serie A, núm. 77-8, de 22 de mayo de 1995.

-BOCG. *Congreso de los Diputados*, V legislatura, serie A, núm. 77-9, de 26 de junio de 1995.

-BOCG. *Congreso de los Diputados*, V legislatura, serie A, núm. 77-10, de 26 de junio de 1995.

-BOCG. *Congreso de los Diputados*, V legislatura, serie A, núm. 77-11, de 27 de junio de 1995.

-BOCG. *Congreso de los Diputados*, V legislatura, serie A, núm. 77-12, de 12 de julio de 1995.

-BOCG. *Congreso de los Diputados*, V legislatura, serie A, núm. 77-13, de 19 de julio de 1995.

-BOCG. *Congreso de los Diputados*, VI legislatura, serie B, núm. 71-1, de 29 de noviembre de 1996.

-BOCG. *Congreso de los Diputados*, VI legislatura, serie B, núm. 206-1, de 23 de junio de 1998.

-BOCG. *Senado*, V legislatura, serie II: Proyectos de Ley, núm. 87 (a), de 20 de julio de 1995.

-BOCG. *Senado*, V legislatura, serie II: Proyectos de Ley, núm. 87 (b), de 8 de septiembre de 1995.

-*BOCG. Senado*, V legislatura, serie II: Proyectos de Ley, núm. 87 (c), de 21 de septiembre de 1995.

-*BOCG. Senado*, V legislatura, serie II: Proyectos de Ley, núm. 87 (d), de 21 de septiembre de 1995.

-*BOCG. Senado*, V legislatura, serie II: Proyectos de Ley, núm. 87 (e), de 9 de octubre de 1995.

-*BOCG. Senado*, V legislatura, serie II: Proyectos de Ley, núm. 87 (f), de 9 de octubre de 1995.

-*BOCG. Senado*, V legislatura, serie II: Proyectos de Ley, núm. 87 (g), de 23 de octubre de 1995.

-*BOCG. Senado*, V legislatura, serie II: Proyectos de Ley, núm. 87 (h), de 8 de noviembre de 1995.

-*BOCG. Congreso de los Diputados*, V legislatura, serie A, núm. 77-14, de 13 de noviembre de 1995.

-*BOCG. Congreso de los Diputados*, V legislatura, serie A, núm. 77-15, de 15 de noviembre de 1995.

-*BOCG. Congreso de los Diputados*, V legislatura, serie A, núm. 77-16, de 21 de noviembre de 1995.

-*BOCG. Congreso de los Diputados*, V legislatura, serie A, núm. 77-17, de 31 de enero de 1996.

- Diarios de Sesiones

-*Diario de las Sesiones de Cortes, Legislatura Extraordinaria de 1821-1822*, t. I, apéndice al núm. 38, 1 de noviembre de 1821, Madrid, 1871.

-*Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, núm. 307, 15 de junio de 1870, t. XIV, Madrid, 1870.

-*Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes. Dictamen de la Comisión sobre la reforma del Código penal*, apéndice noveno al núm. 303, 10 de junio de 1870, t. XIII, Madrid, 1870.

-*Diario de las Sesiones de Cortes, Senado, Legislatura de 1879-80*, t. V, apéndice sexto al núm. 149, Madrid, 1880.

-*Diario de las Sesiones de Cortes, Senado, Legislatura de 1881-82*, t. IV, apéndice primero al núm. 79, Madrid, 1882.

-*Diario de las Sesiones de Cortes, Congreso de los Diputados, Legislatura de 1884-85*, t. III, apéndice primero al núm. 54, Madrid, 1885.

-*Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española*. Dictamen de la Comisión de Justicia sobre el Proyecto de Ley reformando el Código penal de 1870, apéndice séptimo al núm. 185, 17 de junio de 1932, t. X, Madrid, 1933.

-*Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española*, sesión celebrada el día 6 de septiembre de 1932, núm. 230, t. XIV, Madrid, 1933.

-*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, IV legislatura*, núms. 634, año 1993, sesión núm. 78, de 16 de marzo de 1993.

-*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, IV legislatura*, núm. 639, año 1993, sesión núm. 79, de 17 de marzo de 1993.

-Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, IV legislatura, núm. 642, año 1993, sesión núm. 80, de 22 de marzo de 1993.

-Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, IV legislatura, núm. 644, año 1993, sesión núm. 81, de 23 de marzo de 1993.

-Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, IV legislatura, núm. 652, año 1993, sesión núm. 82, de 25 de marzo de 1993.

-Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, IV legislatura, núm. 654, año 1993, sesión núm. 83, de 29 de marzo de 1993.

-Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, IV legislatura, núm. 661, año 1993, sesión núm. 85, de 31 de marzo de 1993.

-Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, IV legislatura, núm. 666, año 1993, sesión núm. 86, de 1 de abril de 1993.

-Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, V legislatura, núm. 494, sesión núm. 58, de 16 de mayo de 1995.

-Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, V legislatura, núm. 522, sesión núm. 69, de 13 de junio de 1995.

-Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, V legislatura, núm. 162, sesión plenaria núm. 160 (extraordinaria), de 5 de julio de 1995.

-Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Justicia, V legislatura, Comisiones, núm. 227, de 11 de octubre de 1995.

-Diario de Sesiones del Senado, Pleno, V legislatura, núm. 93, de 25 de octubre de 1995.

-Diario de Sesiones del Senado, Pleno, V legislatura, núm. 94, de 26 de octubre de 1995.

- TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DE LA LORCPJM

1. Publicaciones del Congreso de los Diputados

1.1. Boletines

-*BOCG. Congreso de los Diputados*, IV legislatura, serie A, núm. 61-1, de 21 de septiembre de 1991

-*BOCG. Congreso de los Diputados*, IV legislatura, serie A, núm. 61-2, de 2 de octubre de 1991

-*BOCG. Congreso de los Diputados*, IV legislatura, serie A, núm. 61-3, de 16 de octubre de 1991

-*BOCG. Congreso de los Diputados*, IV legislatura, serie A, núm. 61-4, de 29 de octubre de 1991

-*BOCG. Congreso de los Diputados*, IV legislatura, serie A, núm. 61-5, de 14 de noviembre de 1991

-*BOCG. Congreso de los Diputados*, IV legislatura, serie A, núm. 61-6, de 4 de diciembre de 1991

-BOCG. *Congreso de los Diputados*, IV legislatura, serie A, núm. 61-7, de 3 de marzo de 1992

-BOCG. *Congreso de los Diputados*, IV legislatura, serie A, núm. 61-8, de 3 de marzo de 1992

-BOCG. *Congreso de los Diputados*, IV legislatura, serie A, núm. 61-9, de 14 de marzo de 1992

-BOCG. *Congreso de los Diputados*, IV legislatura, serie A, núm. 61-10, de 20 de marzo de 1992

-BOCG. *Congreso de los Diputados*, IV legislatura, serie A, núm. 61-11, de 26 de mayo de 1992

-BOCG. *Congreso de los Diputados*, IV legislatura, serie A, núm. 61-12, de 27 de mayo de 1992

-BOCG. *Congreso de los Diputados*, iV legislatura, serie A, núm. 61-13, de 30 de abril de 1992

1.2. Diarios de Sesiones

-*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno, IV legislatura, núm. 154, de 12 de diciembre de 1991.

-*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisión de Justicia e Interior, IV legislatura, núm. 392, de 25 de febrero de 1992.

-*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisión de Justicia e Interior, IV legislatura, núm. 400, de 3 de marzo de 1992.

-*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno, IV legislatura, núm. 174, de 18 de marzo de 1992.

-*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno, IV legislatura, núm. 191, de 21 de mayo de 1992

-*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno, IV legislatura, núm. 191, de 21 de mayo de 1992

2. Publicaciones del Senado

2.1. Boletines

-*BOCG. Senado*, V legislatura, serie II, núm. 70-a, de 25 de marzo de 1992

-*BOCG. Senado*, V legislatura, serie II, núm. 70-b, de 3 de abril de 1992

-*BOCG. Senado*, V legislatura, serie II, núm. 70-c, de 14 de abril de 1992

-*BOCG. Senado*, V legislatura, serie II, núm. 70-d, de 14 de abril de 1992

-*BOCG. Senado*, V legislatura, serie II, núm. 70-e, de 5 de mayo de 1992

-*BOCG. Senado*, V legislatura, serie II, núm. 70-f, de 11 de mayo de 1992

-*BOCG. Senado*, V legislatura, serie II, núm. 70-g, de 19 de mayo de 1992

1.2. Diarios de Sesiones

-*Diario de Sesiones del Senado*, Comisión de Justicia, IV legislatura, núm. 157, de 6 de mayo de 1992

-*Diario de Sesiones del Senado*, Pleno, VI legislatura, núm. 114, de 14 de mayo de 1992

- TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DE LA LORRPM

1. Publicaciones del Congreso de los Diputados

1.1. Boletines

-*BOCG. Congreso de los Diputados*, VI legislatura, serie A, núm. 144-1, de 3 de noviembre de 1998.

-*BOCG. Congreso de los Diputados*, VI legislatura, serie A, núm. 144-2, de 17 de noviembre de 1998.

-*BOCG. Congreso de los Diputados*, VI legislatura, serie A, núm. 144-3, de 1 de diciembre de 1998.

-*BOCG. Congreso de los Diputados*, VI legislatura, serie A, núm. 144-4, de 10 de diciembre de 1998.

-*BOCG. Congreso de los Diputados*, VI legislatura, serie A, núm. 144-5, de 16 de diciembre de 1998.

-*BOCG. Congreso de los Diputados*, VI legislatura, serie A, núm. 144-6, de 3 de febrero de 1999.

-*BOCG. Congreso de los Diputados*, VI legislatura, serie A, núm. 144-7, de 19 de febrero de 1999.

-*BOCG. Congreso de los Diputados*, VI legislatura, serie A, núm. 144-8, de 24 de febrero de 1999.

-*BOCG. Congreso de los Diputados*, VI legislatura, serie A, núm. 144-9, de 3 de marzo de 1999.

-*BOCG. Congreso de los Diputados*, VI legislatura, serie A, núm. 144-10, de 16 de marzo de 1999.

-*BOCG. Congreso de los Diputados*, VI legislatura, serie A, núm. 144-11, de 13 de abril de 1999.

-*BOCG. Congreso de los Diputados*, VI legislatura, serie A, núm. 144-12, de 15 de octubre de 1999.

-*BOCG. Congreso de los Diputados*, VI legislatura, serie A, núm. 144-13, de 27 de octubre de 1999.

-*BOCG. Congreso de los Diputados*, VI legislatura, serie A, núm. 144-14, de 4 de noviembre de 1999.

-*BOCG. Congreso de los Diputados*, VI legislatura, serie A, núm. 144-15, de 10 de noviembre de 1999.

-*BOCG. Congreso de los Diputados*, VI legislatura, serie A, núm. 144-16, de 18 de noviembre de 1999.

-*BOCG. Congreso de los Diputados*, VI legislatura, serie A, núm. 144-17, de 22 de diciembre de 1999.

-*BOCG. Congreso de los Diputados*, VI legislatura, serie A, núm. 144-18, de 30 de diciembre de 1999.

-*BOCG. Congreso de los Diputados*, VI legislatura, serie A, núm. 144-19, de 17 de enero de 2000.

1.2. Diarios de Sesiones

-*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno y Diputación Permanente, VI legislatura, núm. 217, sesión plenaria núm. 209, de 25 de febrero de 1999.

-*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisiones, VI legislatura, núm. 774, sesión núm. 80, de 18 de octubre de 1999.

-*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno y Diputación Permanente, VI legislatura, núm. 270, sesión plenaria núm. 260, de 11 de noviembre de 1999.

-Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, VI legislatura, núm. 283, sesión plenaria núm. 273, de 22 de diciembre de 1999.

2. Publicaciones del Senado

2.1. Boletines

-BOCG. Senado, VI legislatura, serie II, núm. 165-a, de 18 de noviembre de 1999.

-BOCG. Senado, VI legislatura, serie II, núm. 165-b, de 2 de diciembre de 1999.

-BOCG. Senado, VI legislatura, serie II, núm. 165-d, de 14 de diciembre de 1999.

-BOCG. Senado, VI legislatura, serie II, núm. 165-e, de 21 de diciembre de 1999.

2.2. Diarios de Sesiones

-*Diario de Sesiones del Senado*, Comisiones, VI legislatura, núm. 524, de 23 de noviembre de 1999.

-*Diario de Sesiones del Senado*, Comisiones, VI legislatura, núm. 541, de 9 de diciembre de 1999.

-*Diario de Sesiones del Senado*, Pleno, VI legislatura, núm. 156, de 16 de diciembre de 1999.

- TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DE LA LO 7/2000

1. Publicaciones del Congreso de los Diputados

1.1. Boletines

-*BOCG. Congreso de los Diputados*, VII legislatura, serie A, núm. 18-1, de 13 de octubre de 2000.

-*BOCG. Congreso de los Diputados*, VII legislatura, serie A, núm. 18-2 de 2 de noviembre de 2000.

-*BOCG. Congreso de los Diputados*, VII legislatura, serie A, núm. 18-3, de 14 de noviembre de 2000.

-*BOCG. Congreso de los Diputados*, VII legislatura, serie A, núm. 18-4, de 17 de noviembre de 2000.

-*BOCG. Congreso de los Diputados*, VII legislatura, serie A, núm. 18-5, de 23 de noviembre de 2000.

-*BOCG. Congreso de los Diputados*, VII legislatura, serie A, núm. 18-6, de 30 de noviembre de 2000.

-*BOCG. Congreso de los Diputados*, VII legislatura, serie A, núm. 18-7, de 1 de diciembre de 2000.

-*BOCG. Congreso de los Diputados*, VII legislatura, serie A, núm. 18-8, de 4 de diciembre de 2000.

1.2. Diarios de Sesiones

-Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, VII legislatura, núm. 41, sesión plenaria núm. 39, de 16 de noviembre de 2000.

-Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, VII legislatura, núm. 105, sesión núm. 10, de 24 de noviembre de 2000.

-Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, VII legislatura, núm. 47, sesión plenaria núm. 45, de 30 de noviembre de 2000.

2. Publicaciones del Senado

2.1. Boletines

-BOCG. Senado, VII legislatura, serie II, núm. 15-a, de 1 de diciembre de 2000.

-BOCG. Senado, VII legislatura, serie II, núm. 15-b, de 7 de diciembre de 2000.

-*BOCG. Senado*, VII legislatura, serie II, núm. 15-c, de 7 de diciembre de 2000.

-*BOCG. Senado*, VII legislatura, serie II, núm. 15-d, de 11 de diciembre de 2000.

-*BOCG. Senado*, VII legislatura, serie II, núm. 15-e, de 19 de diciembre de 2000.

2.2. Diarios de Sesiones

-*Diario de Sesiones del Senado*, Comisiones, VII legislatura, núm. 72, de 7 de diciembre de 2000.

-*Diario de Sesiones del Senado*, Pleno, VII legislatura, núm. 28, de 14 de diciembre de 2000.

BIBLIOGRAFÍA

ABELLA i FERRAN, M.: “La intervención educativa en el ámbito judicial en jóvenes de dieciséis a dieciocho años”, en *La intervención educativa en el ámbito judicial con jóvenes de dieciséis a dieciocho años*, *Studia Iuridica*, 8, editado por el CGPJ y el CEJFE de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1994, pp. 43-48.

AGUILERA MORALES, E.: “Algunos apuntes acerca de la conformidad en el procedimiento previsto en el Anteproyecto de la Ley Orgánica penal juvenil y del menor, de 27 de abril de 1995”, en *La Ley*, 1996, t. 5, pp. 1592-1598.

AGUIRRE PRADO, L.: “Concepción Arenal”, en *REP*, núm. 6, 1945, pp. 44 y ss.

ALAMILLO, F.: “Derecho penal juvenil español”, en *REP*, julio, núm. 4, 1945.

ALBRECHT, P. A.: *El Derecho penal de menores*, traducido al castellano por BUSTOS RAMIREZ, J., Barcelona, 1990.

ALIMENA, B.: *Principios de Derecho penal*, traducido y anotado por CUELLO CALON E., t. I, vol. II, Madrid, 1916.

ALONSO MARTINEZ, M.: “Reformas legislativas que demandan con urgencia nuestra patria”, discurso leído por el Excmo. Sr. Alonso Martínez, Ministro de

Gracia y Justicia, en la solemne apertura de los Tribunales, celebrada el 15 de septiembre de 1881, en *RGLJ*, t. LIX, Madrid, 1881, pp. 188-205.

ALONSO y ALONSO, J. M: “De la vigencia y aplicación del Código penal de 1822”, en *REP*, núm. 11, febrero, 1946.

ALVAREZ CID, J./ALVAREZ CID, T.: *El Código penal de 1870*, Córdoba, 1908.

ALVAREZ GARCIA, F. J.: “Contribución al estudio sobre la aplicación del Código penal de 1822”, en *CPC*, N° 5, 1978, pp. 229-235.

ALVAREZ MARTINEZ, C.: *Nociones fundamentales del Derecho*, Madrid, 1855.

-“De la necesidad de reformar las Leyes penales”, discurso leído en la solemne apertura de los Tribunales, celebrada en 16 de septiembre de 1878, en *RGLJ*, t. LIII, Madrid, 1878.

ALVAREZ MARTINEZ, C/De VIZMANOS, T. M.: *Comentarios al nuevo Código penal*, vol. I y II, Madrid, 1848.

ANDRES IBAÑEZ, P.: “El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada”, en *Psicología social y sistema penal*, compilado por JIMENEZ BURILLO, F. y CLEMENTE, M., Madrid, 1986, pp. 209-228.

Anteproyecto de Código penal de 1992, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1992.

Anteproyecto de Código penal de 1994. Informe del Consejo General del Poder Judicial y voto concurrente formulado, en *CDJ*, CGPJ, núm. 40, Madrid, 1994.

ANTON ONECA, J.: *Derecho penal. Obra ajustada al programa del primer ejercicio de oposiciones al cuerpo de aspirantes a la Judicatura y al Ministerio Fiscal*, Madrid, 1922.

-“Los antecedentes del nuevo Código penal”, en *RGLJ*, t. 154, 1929.

-*La utopía penal de Dorado Montero*, Universidad de Salamanca, 1950.

-“Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración”, en *REP*, núm. 166, Madrid, julio-septiembre 1964, pp. 415-427.

-“Historia del Código penal de 1822”, en *ADPCP*, t. XVIII, fasc. II, 1965, pp. 263-278.

-“El Código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco”, en *ADPCP*, vol. XVIII, Madrid, 1965.

-“El Derecho penal de la Ilustración y D. Manuel de Lardizábal”, estudio preliminar al “Discurso sobre las penas contraído a las Leyes criminales de España para facilitar su reforma”, en *REP*, núm. 174, 1966.

-“El Código penal de 1870”, en *ADPCP*, t. XXIII, fasc. I, 1970.

-“Los Proyectos decimonónicos para la reforma del Código penal español”, en *ADPCP*, t. XXV, fasc. II, 1972, pp. 249-287.

-*Derecho penal*, 2º ed., anotada y corregida por HERNANDEZ GUIJARRO, J. J. y BENEYTEZ MERINO, L., Madrid, 1986.

ARROYO De Las HERAS, A./ GOYENA HUERTA: *Las circunstancias atenuantes en el Código penal de 1995*, coordinado por MUÑOZ CUESTA, J., Pamplona, 1997.

ASUA BATARRITA, A./BAJO FERNANDEZ, M./GOMEZ BENITEZ, J. M./LUZON PEÑA, D. M./TORIO LOPEZ, A.: *El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1990.

ASUSUBEL, D. P/SULLIVAN, E. V.: *El desarrollo infantil*, 3 vols., Barcelona, 1983.

AZCUTIA, M.: *La Ley penal. Estudios prácticos sobre la interpretación, inteligencia y aplicación del Código de 1870, en su relación con los de 1848 y 1850, con nuestras antiguas Leyes patrias y con las principales legislaciones extranjeras*, Madrid, 1876.

BACIGALUPO ZAPATER, E.: “Notas sobre la Propuesta de Anteproyecto de Código penal”, en *RFDUC*, monográfico núm. 6, 1983.

-*Estudios sobre la Parte especial del Derecho penal*, Madrid, 1991, pp. 409-427.

BARBERO SANTOS, M.: “Problemática de las nuevas formas del actuar delictivo de menores”, *Estudios de Criminología y Derecho penal*, Universidad de Valladolid, 1972.

-“Las medidas de seguridad en el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal, en *La reforma penal y penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 1980, pp. 94-133.

BECCARIA: *Tratado de los delitos y de las penas*, 4º ed., Méjico, 1990.

BENITO ALONSO, F.: “Los antecedentes históricos de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, como criterio de interpretación de la misma”, en *La Ley*, núm. 5308, de 15 de mayo de 2001, pp. 1-10.

BERISTAIN IPIÑA, A.: “Delincuencia de tráfico y delincuencia juvenil”, en *Estudios Penales, Libro-homenaje al R. P. PEREDA, J.*, Bilbao, 1965, pp. 75-110.

-“Juristas y psicólogos ante la delincuencia juvenil”, *conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio de Abogados de Bilbao, el día 14 de mayo de 1965, en el acto*

académico en homenaje al R. P. PEREDA, J., en *REP*, núm. 168, Madrid, enero-marzo 1965, pp. 95 y ss.

-*Medidas penales en Derecho contemporáneo. Teoría, legislación positiva y realización práctica*, Madrid, 1974.

-“El Proyecto de Código penal de 1980, víctima de estructuras más que delito de omisión”, en *La reforma penal y penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 1980, pp. 321-338.

-“Sanciones penales a los menores y a los jóvenes en España”, en *RFDUC* monográfico núm. 6, Madrid, 1983, pp. 89-132.

-“Interrogantes cardinales para reformar la legislación de los infractores juveniles”, en *Jornadas de estudio de la legislación del menor*, Madrid, 1985, pp. 161-207.

-“Aproximación jurídica, criminológica, victimológica y teológica a los jóvenes infractores. (El Derecho penal frente a la delincuencia juvenil)”, en *Estudios penales y criminológicos*, XIV, Universidad de Santiago de Compostela, 1989-1990, pp. 9-40.

-“Menores infractores-víctimas ante las Naciones Unidas y el Consejo de Europa”, en *Eguzkilore*, núm. 10, San Sebastián, octubre 1996, pp. 177-192.

-*Jóvenes infractores en el tercer milenio*, compilado por GALVAN GONZALEZ, F. y VIDAURRI ARECHIGA, M., Universidad de Guanajuato, 1996.

BERISTAIN IPIÑA, A./De La CUESTA ARZAMENDI, J. L.: “Panorama legislativo del sistema de Justicia penal en España”, en *Revista de legislación y jurisprudencia*, septiembre 1986, pp. 351-394.

BERMANN, G.: “El problema del discernimiento”, en *Menores desamparados y delincuentes en Córdoba*, Córdoba, 1934.

BERNALDO De QUIROS, C./NAVARRO De PALENCIA, A.: “Estudio para la reforma del Código penal”, en *RGLJ*, t. 94, Madrid, 1899, pp. 505-509.

-Teoría del Código penal. Parte general, Alcalá de Henares, Imprenta del Reformatorio de jóvenes delincuentes, 1911.

BOHNER, U.: “La delincuencia juvenil como objeto de estudio por parte del Consejo de Europa”, en *Eguzkilore*, núm. 2, San Sebastián, 1988, pp. 51-59.

BOLDOVA PASAMAR, M. A./ALASTUEY DOBON, M. C.: *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, coordinado por GRACIA MARTIN, L., Valencia, 1996, pp. 417 y ss.

BONET ESTEVA, M.: “Algunas pautas constitucionales para la reinterpretación de un Derecho penal de menores”, en *La Ley*, 1994-1, pp. 1060-1068.

BUCETA MILLER, E.: “Breve comentario a la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores”, en *Revista jurídica de Castilla-LaMancha*, núm. 16, 1992, pp. 59-71.

BUENAVENTURA SELVA, N.: *Comentarios al Código penal reformado y planteado provisionalmente por Ley de 3 de junio de 1870*, Madrid, 1870.

BUENO ARUS, F.: “La reforma del Código penal español de 1963. Exposición y anotaciones”, en *separata de la REP*, julio-septiembre de 1963, Madrid, 1964.

-“Las normas penales constitucionales”, en *RGLJ*, t. LXXIX, julio, 1979, pp. 25-63.

-“Anteproyecto de Ley Orgánica reguladora de la Justicia de Menores elaborado por el Ministerio de Justicia”, en *Eguzkilore*, núm. 11, San Sebastián, 1997, pp. 159-167.

-“Líneas fundamentales sobre la reinserción de los menores delincuentes”, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núms. 1836-37, 15 de enero, 1999, pp. 7-18.

BUSTOS RAMIREZ, J.: “Imputabilidad y edad penal”, en *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona, Libro-Homenaje al Profesor BERISTAIN, A*, San Sebastián, 1989, pp. 471-482.

CALATAYUD PEREZ, E./MUÑOZ OYA, J. R./RAMOS ARIZA, M. C.:
Legislación básica sobre menores infractores, Granada, 1995.

CALVO CABELLO, J. L.: “Principios de Derecho de menores. Reforma de la legislación sobre menores. La mayoría de edad penal”, en *Menores*, núm. 1, 1984, pp. 32-34.

CANDIL JIMENEZ, F.: “Observaciones sobre la intervención de Don Joaquín Francisco Pacheco en la elaboración del Código penal de 1848”, en *ADPCP*, vol. XXVIII, Madrid, 1975.

CANTARERO BANDRES, R.: “Ley de Tribunales Tutelares de Menores (Texto refundido aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948) y Constitución”, en *ADPCP*, 1986, pp. 113-118.

-*Delincuencia juvenil y sociedad en transformación: Derecho penal y procesal de menores*, Madrid, 1988.

-*Problemas penales y procesales del delito continuado*, Barcelona, 1990.

CARMONA SALGADO, C.: “La delincuencia de jóvenes y menores: hacia una nueva regulación jurídica”, en *Protección jurídica del menor*, Granada, 1997, pp. 135-159.

-“Comentario al artículo 19”, en *Comentarios al Código penal*, t. II, dirigidos por COBO DEL ROSAL, M., Madrid, 1999, pp. 21-70.

CARRARA, F.: *Programa del curso de Derecho criminal. Parte general*, traducido de la 10ª edición italiana por la redacción de la RGLJ, adicionada con el Derecho penal moderno y español por JIMENEZ DE ASUA, L., t. I, vol. I, 2ª ed., Madrid, 1925.

CASABO RUIZ, J. R.: *El Código penal de 1822*, Tesis doctoral inédita, Valencia, 1968.

-“Los orígenes de la Codificación penal en España: el plan de Código criminal de 1787”, en *ADPCP*, t. XXII, fasc. II, 1969, pp. 313-342.

-“Comentario al artículo 8.2”, en CORDOBA RODA, J./RODRIGUEZ MOURULLO, G.: *Comentarios al Código penal*, t. I, Barcelona, 1976, pp. 228-232.

-“Comentario al artículo 9.3”, en CORDOBA RODA, J./RODRIGUEZ MOURULLO, G.: *Comentarios al Código penal*, t. I, Barcelona, 1976, pp. 430-438.

-“Comentario al artículo 65”, en CORDOBA RODA, J./RODRIGUEZ MOURULLO, G./DEL TORO MARZAL, A./ CASABO RUIZ, J. R.: *Comentarios al Código penal*, t. II, Barcelona, 1976, pp. 288-298.

-*El Proyecto de Código criminal de 1830*, Universidad de Murcia, 1978.

-*El Proyecto de Código criminal de 1831 de Sáinz de Andino*, Universidad de Murcia, 1978.

-*El Proyecto de Código criminal de 1834*, Universidad de Murcia, 1978.

-*El Anteproyecto de Código penal de 1938 de F.E.T. y de las J.O.N.S. Estudio preliminar y edición*, Universidad de Murcia, 1978.

-*El Proyecto de Código penal de 1939. Estudio preliminar y edición*, Universidad de Murcia, 1978.

-“La aplicación del Código penal de 1822”, en *Estudios penales, Libro-Homenaje al Profesor Antón Oneca*, Salamanca, 1982, pp. 919-929.

CASAS FERNANDEZ, M.: *Voltaire criminalista. Precursor del Humanismo en la Legislación penal*, Madrid, 1931.

CASTEJON, F.: *Comentarios científico-prácticos al Código penal de 1870*, vol. II, Madrid, 1926.

-*Derecho penal, Criminología general y especial ajustada a la legislación española vigente hasta fin de 1930*, t. I, Madrid, 1931.

- *Derecho penal, Criminología general y especial*, t. I, Madrid, 1935.

-“Génesis y breve comentario del Código penal de 23 de diciembre de 1944”, en *RGLJ*, t. IX, Madrid, 1945.

-“Apuntes de historia política y legislativa del Código penal de 1848”, en *RGLJ*, Madrid, 1953, pp. 105-113.

-“Las ideas penales en la época del Código penal de 1870”, en *Conmemoración del centenario de la Ley provisional sobre organización del Poder Judicial y del*

Código penal de 1870, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1970.

CASTEJON CALDERON, R.: “El Proyecto Sáinz de Andino de Código criminal de 1831”, en *RGLJ*, núm. 174, 1943, pp. 38-41.

CASTELLO NICAS, N.: *La imputabilidad penal del drogodependiente*, Granada, 1997, p. 73.

CASTIÑEIRA PALOU, M. T.: *El delito continuado*, Barcelona, 1977.

CASTRO y OROZCO, J./ORTIZ De ZUÑIGA, M.: *Código penal explicado para la común inteligencia y fácil aplicación de sus disposiciones*, t. I, Granada, 1848.

CAVERO FORRADELLAS, G.: “Valoración por el Fiscal de los programas de intervención educativa en el ámbito judicial con jóvenes de dieciséis a dieciocho años”, en *La intervención educativa en el ámbito judicial con jóvenes de dieciséis a dieciocho años*, *Studia Iuridica*, 8, CGPJ-CEJFE de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1994, pp. 85-108.

CEA D’ANCONA, M. A.: *La Justicia de Menores en España*, Madrid, 1992.

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES: *El libro de las Leyes del siglo XVIII*, t. I, Madrid, 1996.

CEREZO MIR, J.: “Informe sobre el Anteproyecto de Bases del Libro I del Código penal”, en *ADPCP*, 1972, t. XXV, fasc. III, pp. 763-792.

-“El tratamiento de los semiimputables”, en *ADPCP*, t. XXVI, fasc. I, enero-abril 1973, pp. 13-40.

-“Observaciones a la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal”, en *Documentación Jurídica*, monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal de 1983, vol. I, pp. 49-55.

- *Curso de Derecho penal español. Parte general*, t. I, 3º ed., Madrid, 1985.

-“Consideraciones político-criminales sobre el borrador de Anteproyecto de Código penal, Parte general, de octubre de 1990”, en *Presupuestos para la reforma penal*, Universidad de La Laguna, 1992, pp. 25-38.

-*Estudios sobre la moderna reforma penal española*, Madrid, 1993.

CLAVERO B.: *Manual de Historia constitucional de España*, Madrid, 1989 ;

COBO Del ROSAL, M.: “Atenuante de minoría de edad y sustitución de pena por medida en el artículo 65 del Código penal español”, en *RDJ*, núm. 41, 1970, pp. 78-106.

-“El sistema de penas y el arbitrio judicial en el Código penal de 1870”, en conmemoración del centenario de la Ley provisional sobre organización del Poder Judicial y del Código penal de 1870, *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 1970, pp. 69-89.

-“Irracionalismo y minoría de edad penal”, en *Diario ABC*, 13 de agosto de 1997.

COBO Del ROSAL, M./VIVES ANTON, T. S.: *Derecho penal. Parte general*, edición completa, adaptada a la reforma de 25 de junio de 1983, Valencia, 1984.

-*Derecho penal. Parte general*, 3º ed., Valencia, 1991.

-*Derecho penal. Parte general*, 4º ed., Valencia, 1996.

-*Derecho penal. Parte general*, 5º ed., Valencia, 1999.

-“Comentario al artículo 10”, en *Comentarios al Código penal*, t. I, dirigidos por COBO Del ROSAL, M., Madrid, 1999.

COBO MEDINA, C.: “Algunas consideraciones sobre la protección a la infancia en España”, en *Menores*, núm. 2, 1984, pp. 25 y 26.

Código sobre protección internacional de la infancia, coordinado por MARIÑO MENENDEZ, F. M. y DIAZ BARRADO, C. M., Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1998.

Código penal, Madrid, 1848.

Código penal español, Madrid, 1933.

Código penal interpretado por el Tribunal Supremo, Madrid, 1936.

Código penal. Texto Refundido de 1944 y Leyes penales especiales, anotados y comentados por CUELLO CALON, E., Madrid, 1946.

COLOMER VIADEL, A.: *El sistema político de la Constitución de 1837*, Madrid, 1989.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: “Comentario al artículo 69”, en *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, t. I, dirigido por CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., Madrid, 1997, pp. 1145 y 1146.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: *Informe emitido al Anteproyecto de Ley Orgánica penal juvenil y del menor de 1995*, documento mecanografiado, Madrid, 25 de julio de 1995, pp. 1 y ss. **Citado**

Constitución y Tribunal Constitucional, edición preparada por LINDE PANIAGUA, E., 16º ed., Madrid, 2000.

COVIAN y JUNCO: *Memoria elevada al Gobierno de S. M. en la solemne apertura de los Tribunales el día 16 de septiembre de 1918*, Madrid, 1918.

CRUZ BLANCA, M. J.: *El menor como sujeto activo del delito*, Tesis inédita, Granada, 1999.

CUELLO CALON, E.: “La infancia delincuente y abandonada en la antigua legislación penal española”, en *Revista Penitenciaria*, año II, t. II, Madrid, 1905.

-“La criminalidad infantil y juvenil en algunos países”, en *RGLJ*, vol. CVIII, 1906.

-“Notas sobre jóvenes delincuentes de Madrid”, en *La Lectura*, año XI, t. I, Madrid, 1911.

-*Tribunales para niños*, Madrid, 1917.

-*El nuevo Código penal español*, Barcelona, 1929.

-*Código penal de 8 de septiembre de 1928*, Barcelona, 1929.

-*Exposición del Código penal reformado de 1932*, Barcelona, 1933.

-*Criminalidad infantil y juvenil*, Barcelona, 1934.

-“Reformas introducidas en el Código penal y en las Leyes penales especiales por la Legislación del nuevo Estado”, en *RFD*, Madrid, núms 6-7, julio-diciembre 1941.

-“El nuevo Derecho penal juvenil europeo y el tratamiento de los jóvenes delincuentes en España”, en *RGLJ*, t. 175, Madrid, 1944.

-*Manual de Derecho penal español conforme al nuevo Código penal. Parte general*, Barcelona, 1945.

-*Código penal. Texto Refundido de 1944 y Leyes penales especiales*, anotados y comentados por CUELLO CALON, E., Madrid, 1946.

-“El tratamiento de la criminalidad infantil y juvenil”, en *ADPCP*, núm. 5, 1952.

-*Derecho penal conforme al Código penal, Texto Refundido de 1944. Parte general*, t. I, 12º ed., Barcelona, 1956.

-*Derecho penal. Parte general*, revisado y puesto al día por CAMARGO HERNANDEZ, vol. I, 18º ed., Barcelona, 1980.

CUELLO CONTRERAS, J.: “Análisis de un informe anónimo aparecido en Sevilla sobre el Proyecto de Código penal de 1822”, en *ADPCP*, t. XXX, fasc. I, 1977, pp. 83-110.

-*El Derecho penal español. Curso de iniciación. Parte general*, vol. I, Madrid, 1993.

-*El nuevo Derecho penal de menores*, Madrid, 2000.

CUELLO CONTRERAS, J./MARTINEZ-PEREDA SOTO, L.: “La (in)determinación de la mayoría de edad penal en el Código penal de 1995: una ambigüedad insoportable”, en *La Ley*, núm. 4430, de 3 de diciembre de 1997, pp. 1-5.

CHOCLAN MONTALVO, J. A.: “Hacia un nuevo Derecho penal juvenil en España. A propósito del Anteproyecto de la Ley Orgánica penal juvenil y del

menor”, en *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, núm. 1771, 1996-4, pp. 5-24.

-*El delito continuado*, Madrid, 1997.

DAVIDOFF, L. L.: *Introducción a la Psicología*, traducido por PÉREZ JAIMES, J. A., 3º ed., Méjico, 1989, p. 473.

DEFENSOR DEL PUEBLO: “Estudio sobre la situación del menor en centros asistenciales y de internamiento y recomendaciones sobre el ejercicio de las funciones protectora y reformadora”, en *Informes, estudios y documentos. Menores*, Madrid, 1991.

-*Informe anual 1997 y debates en las Cortes Generales*, documento mecanografiado, recogido en el curso celebrado en la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, año académico 1999-2000, pp. 129-136.

De COSSIO y GOMEZ-ACEBO, M.: *Las instituciones tutelares de la infancia abandonada*, Madrid, 1907.

De DIEGO DIEZ, L. A.: “Recursos interlocutorios en el enjuiciamiento penal de los menores. Primeras reflexiones acerca de la Ley Orgánica 5/2000”, en *La Ley*, núm. 5159, 11 de octubre de 2001, pp. 1-8.

De ESTEBAN, J.: *Esquemas del constitucionalismo español*, Madrid, 1976.

De La CUESTA ARZAMENDI, J. L.: “Líneas directrices de un nuevo Derecho penal juvenil y de menores”, en *Eguzkilore*, núm. 2, San Sebastián, 1988, pp. 61-69.
-“La Justicia juvenil en España: regulación actual y proyectos en curso”, *Azpilcueta*, núm. 11, 1998, pp. 7-24.

De La CUESTA ARZAMENDI, J. L./GIMENEZ-SALINAS i COLOMER, E.: “Situación actual y perspectivas de futuro del tratamiento de los infractores juveniles en España”, documento mecanografiado, pp. 1-30.

De LAMO RUBIO, J.: “La víctima en el actual proceso de menores: presencias y ausencias”, en *La Ley*, 1999-5, pp. 1913-1926.

Del BLANCO DIAZ, E.: “La reforma de menores. Diseño procesal de la Ley Orgánica 4/92. Principios y Derechos fundamentales inherentes al proceso”, en *Estudios del Ministerio Fiscal*, 1995, vol. III, pp. 601-612.

De LEO, G.: *La Justicia de Menores. La delincuencia juvenil y sus instituciones*, traducido al castellano por GONZALEZ ZORRILLA, C., Barcelona, 1985.

Del RIO FERNANDEZ, L.: “Atenuantes por analogía”, en *Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, CDJ, núm. VII, CGPJ, 1995.

Del ROSAL, J.: “Acerca de un supuesto Código penal del siglo XVII”, en *RGLJ*, t. V, Madrid, 1943, pp. 614-644.

-*Principios de Derecho penal español*, t. I, Valladolid, 1945.

-“Ideas histórico-dogmáticas del Código penal de 1944”, en *Información jurídica*, núm. 54, Madrid, 1947.

-*La personalidad del delincuente en la técnica penal*, 2º ed., Valladolid, 1953.

-*Esquema de un Anteproyecto de Código penal español*, Discurso leído el día 28 de enero de 1964, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1964.

-*Tratado de Derecho penal español. Parte general*, vol. I y II, Madrid, 1968.

-“La palabra y la expresión en el Código penal de 1870”, en *Conmemoración del centenario de la Ley provisional sobre organización del Poder Judicial y del Código penal de 1870*, Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1970.

Del ROSAL, J./RODRIGUEZ RAMOS, L.: *Compendio de Derecho penal español*, Madrid, 1974.

Del ROSAL BLASCO, B.: “Joven delincuente y Derecho penal”, en *CPC*, núm. 54, 1994, pp. 1037 y ss.

De RIVACOBA y RIVACOBA, M.: *Lardizábal un penalista ilustrado*, Santa Fe, 1964.

Diario de las Actas y Discusiones de las Cortes Extraordinarias de 1821, vols. I y II, Imprenta Nacional, 1821.

DIAZ ALABART, S.: “La responsabilidad civil en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, en *responsa iurisperitorum digesta*, vol. II, separata, Ediciones Universidad de Salamanca, s./f., pp. 185-221.

DIAZ BARRADO: “La Convención sobre los Derechos del Niño”, en *Estudios jurídicos en Conmemoración del X aniversario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Córdoba, 1991, pp. 183-221.

DIAZ MARTIN, R.: “Tratamiento procesal de la delincuencia de menores”, en *La Ley*, núm. 4908, 19 de octubre 1999, pp. 1-10.

DIAZ PALOS, F.: *Teoría general de la imputabilidad*, Barcelona, 1965.

DIAZ ROCA, R.: *Derecho penal general*, Madrid, 1996.

DIAZ VALCARCEL, L. M.: *La revisión del Código penal y otras Leyes penales*, Barcelona, 1964.

DIEGO ESPUNY, F.: “La libertad vigilada, ¿una medida educativa en la nueva legislación?”, en *Revista jurídica de Castilla-LaMancha*, núm. 17, 1993, pp. 147-165.

DOLZ LAGO, M. J.: “El Fiscal ante la reforma de menores: Radigrafía de una metamorfosis paradójica. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991 y al Proyecto de Ley de reforma de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores”, en *La Ley*, 1991-2, pp. 970-979.

-“El Fiscal y la reforma de menores: balance de experiencias tras la Ley Orgánica 4/1992”, en *La Ley*, 1996-1, pp. 1593-1604.

-“Justicia de Menores: aspectos de un procedimiento en crisis ante la crisis de los procedimientos penales”, en *AP*, núm. 47, semana del 16 al 22 de diciembre de 1996, pp. 953-967.

-“Algunos aspectos de la legislación penal de menores”, en *La Ley*, núm. 4540, 14 de mayo de 1998, pp. 1-7.

-*La nueva responsabilidad penal del menor. (Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero)*, Valencia, 2000.

-*Derecho transitorio penal de menores. Comentarios al Derecho transitorio de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal del menor*, Madrid, 2001.

DORADO MONTERO, P.: *Nuevos derroteros penales*, Barcelona, 1905.

- *Los peritos médicos y la Justicia criminal*, Madrid, 1905.

- *El derecho protector de los criminales*, t. I, Madrid, 1916.

DRAPKIN, A.: “La menor edad”, en *Jurisprudencia de las circunstancias eximentes de responsabilidad criminal*, Universidad de Chile, 1936.

DSM-III-R: *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*, Barcelona, 1988.

DSM-IV-R: *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*, Barcelona, 1995.

DU BOYS, A.: *Historia del Derecho penal de España*, traducida al castellano, anotada y adicionada por VICENTE y CARAVANTES, Madrid, 1872, pp. 545 y ss.

El Libro Blanco, debatido por el Pleno del CGPJ, Madrid, 1997.

Enmiendas impresas recogidas en el expediente original de tramitación del PLOCP de 1980, en archivo del Congreso de los Diputados, serie general de expedientes, legajos núms. 1792-1795.

Estudio comparativo del Código penal vigente y el Proyecto de Código penal de 1992, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1992.

FABIA MIR, P.: “Las especialidades del procedimiento de menores con relación a los principios del proceso penal”, en *CDJ*, núm. 5, CGPJ, Madrid, 1992, pp. 500-510.

FAIREN GUILLEN, V.: *Meditaciones sobre una Exposición y Estudio para un Anteproyecto de Bases del Libro I del Código penal. Bases para un Código penal*, Universidad de Valencia, 1973.

FARIAS GARCIA, P.: *Breve historia constitucional de España*, Madrid, 1981.

FERNANDEZ CASADO, M. D.: “Una aproximación al principio del interés superior del menor”, en *Protección jurídica del menor*, 1997, pp. 247-252.

FERNANDEZ ESPINAR, G.: “La reforma procesal de la jurisdicción de menores en el marco del respeto a los principios y garantías constitucionales”, en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 2, 1993, pp. 353-375.

FERNANDEZ SEGADO, F.: *Las Constituciones históricas españolas*, Madrid, 1986

FERRER SAMA, A.: *Comentarios al Código penal*, t. I y II, Murcia, 1946 y 1947.

FERRI, E.: *Principios de Derecho criminal. Delincuente y delito en la ciencia, en la legislación y en la jurisprudencia*, traducido por RODRIGUEZ MUÑOZ, J. A., Madrid, 1933.

FIESTAS LOZA, A.: “Algo más sobre la vigencia del Código penal de 1822”, en *RHD*, vol. II, Granada, 1978, pp. 57-77.

FISCALIA GENERAL DEL ESTADO: “Instrucción 2/1992, de 13 de febrero sobre la intervención de los Fiscales ante la Jurisdicción de menores”, en *Normas sobre Justicia de Menores*, ed. preparada por VILABOY LOIS, L., Madrid, 1996, pp. 152-158.

-
- “Líneas generales de actuación del Ministerio Fiscal en el Procedimiento de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio. Instrucción núm. 1/93, de 16 de marzo”, en *ADPCP*, t. 46, 1993, pp. 411-461.
- *Memoria elevada al Gobierno de S.M*, 1993, pp. 777 y ss.
- *Memoria elevada al Gobierno de S.M*, 1995, pp. 857 y ss.
- *Memoria elevada al Gobierno de S.M*, 1997, pp. 100 y ss.
- “Circular núm. 2/1996, de 22 de mayo, sobre el régimen transitorio del nuevo Código penal: su incidencia en el enjuiciamiento de hechos anteriores”, en *Memoria elevada al Gobierno de S.M*, 1997, pp. 705-728.
- *Informe emitido al Anteproyecto de Ley Orgánica reguladora de la Justicia de Menores de 1 de Julio de 1997*, documento mecanografiado, Madrid, 2 de octubre de 1997, pp. 1-50.
- “Circular 1/2000, de 18 de diciembre. Criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores”, en *La Ley*, núm. 5224, de 12 de enero de 2001, pp. 5-32.
- “Instrucción 2/2000, de 27 de diciembre. Aspectos organizativos de las Secciones de Menores de las Fiscalías ante la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2000, de responsabilidad penal de los menores”, en *AP*, núm. 14, 2 al 8 de abril de 2001, pp. 703-713.

FRABEGAS Del PILAR, J. M.: “El nuevo Código penal y el discurso del Señor Ministro de Gracia y Justicia en la apertura de los Tribunales”, en *RGLJ*, Madrid, 1928, pp. 282 y ss.

FRIAS CABALLERO, J.: *Imputabilidad penal*, Buenos Aires, 1981.

FUNES ARTIAGA, J./GONZALEZ ZORRILLA, C.: “Delincuencia juvenil, Justicia e intervención comunitaria”, en *Menores*, núm. 7, 1988, pp. 51-68.

GARCIA ANDRADE, J. A.: “Política criminal y edad penal”, en *Política criminal y reforma penal, Libro-Homenaje a Del ROSAL, J.*, Madrid, 1993, pp. 505 y ss.

GARCIA Del VALLE y SALAS, R.: *Memoria elevada al Gobierno Nacional en la solemne apertura de los Tribunales el día 16 de septiembre de 1945*, Madrid, 1945.

GARCIA GARCIA, J.: *El delincuente toxicómano: análisis criminológico, jurídico-penal y penitenciario*, Tesis inédita, Madrid, 1997.

GARCIA GENOVES, V.: “El papel de la Psicología en la comprensión, evaluación y tratamiento del menor infractor”, en *La nueva Ley de responsabilidad penal del menor. (Aspectos técnico-jurídicos)*, documento mecanografiado, presentado en el

curso celebrado en la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, año académico 1999-2000, pp. 19-27.

GARCIA GOYENA, F.: *Código criminal español según las Leyes y práctica vigentes, comentado y comparado con el Código penal de 1822, el francés y el inglés*, 2 tomos, Madrid, 1843.

GARCIA IDEAS, R.: “Los equipos técnicos de menores en la Administración de Justicia”, en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, t. VIII, enero 1996, cuaderno 1, pp. 63-72.

GARCIA-PABLOS, A.: *Derecho penal. Introducción*, Madrid, 1995.

-*Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, 2º ed., Valencia, 1996.

-“Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores”, en *Menores privados de libertad*, CDJ, XV, CGPJ, Madrid, 1996, pp. 251 y ss.

GARCIA PEREZ, O.: “Los actuales principios rectores del Derecho penal juvenil: un análisis crítico”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2º Epoca, núm. 3 (1999), pp. 33-76.

-“La evolución del sistema de Justicia penal juvenil. La Ley de responsabilidad penal del menor de 2000 a la luz de las directrices internacionales”, en *AP*, núm. 32, semana del 4 al 10 de septiembre de 2000, pp. 673-698.

GARCIA VALDES, C.: “Las reformas de la legislación penal (1976-1984)”, en *Documentación Jurídica*, monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal de 1983, vol. I, núm. 37/40, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, enero/diciembre 1983, pp. 23-31.

-*La teoría de la pena*, 3º ed., 1987.

-*Los presos jóvenes. Apuntes de la España del XIX y principios del XX*, Madrid, 1991.

GARCIA VALDES, C./CANTARERO BANDRES, R./PUYOL MONTERO, F. J.: *Derecho penal constitucional. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, t. IV, Barcelona, 1993.

GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Introducción a la parte general del Derecho penal español*, Madrid, 1979.

GIMENEZ ASENSIO, R.: *Introducción a una historia del constitucionalismo*, Valencia, 1993;

GIMENEZ GARCIA, J.: “En torno al internamiento previsto en el artículo 65 del Código penal”, en *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona, homenaje al Prof. BERISTAIN, A.*, San Sebastián, 1989.

GIMENEZ-SALINAS i COLOMER, E.: *Delincuencia juvenil y legislación de menores*, en *Doctrina penal. Teoría y práctica en las Ciencias penales*, Año 1, núm. 1 a 4, 1978, pp. 676-682.

-*Delincuencia juvenil y control social*, Barcelona, 1981.

-“Principios básicos para un nuevo Derecho penal juvenil”, en *Jornadas de estudio de la legislación del menor*, Consejo Superior de Protección de Menores, Ministerio de Justicia, 1985, pp. 247-273.

-“La reacción social a la delincuencia juvenil: la prevención, la desjudicialización, la Justicia de Menores”, en *Menores*, núm. 5, 1987, pp. 55-63.

-“Jóvenes y cuestión penal en España”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 3, Madrid, 1988, pp. 17-26.

-“Menores: España entre la CEI y Turquía”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 15, Madrid, 1992, pp. 8-10.

-“La mayoría de edad penal en la Reforma”, en *Política criminal y reforma penal, Libro-Homenaje a Del ROSAL, J.*, Madrid, 1993, pp. 607-645.

-“La mediación en el sistema de justicia juvenil: una visión desde el Derecho comparado”, en *Eguzkillore*, núm. 10, San Sebastián, Diciembre 1996, pp. 193-212, y en *Menores privados de libertad*, en *CDJ*, núm. XV, CGPJ, 1996, pp. 55 y ss.

-“Una Ley para los niños”, en *La Vanguardia*, 30 de diciembre de 1999.

-“La nueva Ley de Justicia juvenil en España: un reto para el 2000”, en *Legislación de menores en el siglo XXI: análisis de Derecho comparado*, CGPJ, Madrid, 1999, pp. 101-244.

GISBERT JORDA, M. T.: “La entrada en vigor de la elevación de la mayoría de edad penal. Una nueva interpretación”, en *La Ley*, 2, 1996, pp. 1519 y 1520.

-“Incidencias del nuevo Código penal en la legislación de menores”, en *Menores privados de libertad*, CDJ, núm. XV, CGPJ, 1996, pp. 103-149.

GOMEZ, E.: *Enrique Ferri*, Buenos Aires, 1947.

GOMEZ ARROYO, J. L.: “Consideraciones sobre el Secretario judicial en la Sección de Menores de la Fiscalía (I)”, en *La Ley*, núm. 5270, de 19 de marzo de 2001, pp. 1-5.

-“Consideraciones sobre el Secretario judicial en la Sección de Menores de la Fiscalía (y II)”, en *La Ley*, núm. 5271, de 20 de marzo de 2001, pp. 1-7.

GOMEZ BENITEZ, J. M.: “La idea moderna de la proporcionalidad de las penas”, en *El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1990, pp. 55-65.

GOMEZ PAVON, P.: “Marco legal de la violencia juvenil”, en *Violencia juvenil desde una perspectiva multidisciplinar*, Madrid, 1998, pp. 65-74.

GOMEZ RECIO, F.: “La aplicación de la nueva Ley de responsabilidad penal de los menores a los jóvenes mayores de dieciocho años”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 437, 4 de mayo de 2000, pp. 1-5.

GOMEZ RIVERO, M. C.: “Algunos aspectos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor”, en *AP*, núm. 10, 5 al 11 de marzo de 2001, pp. 163-187.

GONZALEZ CANO, M. I.: “Nuevas manifestaciones del principio de oportunidad en la Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores”, en *Tribunales de Justicia 2000/7*, pp. 827-844.

GONZALEZ CUSSAC, J. L.: *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Valencia, 1988.

-“Artículo 69 y Ley penal del menor”, en *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. I, coordinado por VIVES ANTON, T. M., Valencia, 1996, pp. 403-405.

GONZALEZ MIRANDA y PIZARRO, J.: *Historia de la Codificación penal española y crítica del Código vigente*, Tesis inédita, Madrid, s/f.

GONZALEZ RUS, J. J.: “Comentario al artículo 6”, en *Comentarios al Código penal*, t. I, dirigidos por COBO Del ROSAL, M., Madrid, 1999.

GONZALEZ SOLER, O. E.: “El Ministerio Fiscal en los procesos que afectan a la infancia”, en *la protección del menor en el Código penal*, en *CDJ*, núm. XII, CGPJ, 1998, pp. 213-270.

GONZALEZ ZORRILLA, C.: “Minoría de edad penal, imputabilidad y responsabilidad”, en *Documentación jurídica*, monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal de 1983, vol. I, núm. 37/40, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, enero/diciembre 1983, pp. 163 y ss.

-“La Justicia de Menores en España”, epílogo a De LEO, G.: *La Justicia de Menores. La delincuencia juvenil y sus instituciones*, traducido al castellano por GONZALEZ ZORRILLA C., Barcelona, 1985, pp. 111 y ss.

-“Jóvenes, desviación y reacción social: hacia un nuevo Derecho penal de los menores”, en *Poder Judicial*, núm. 11, pp. 11 y ss.

GONZALO ESCRIBANO, J. I.: “El poder judicial a través de las Constituciones españolas hasta el año 1870”, en *Revista de Derecho Judicial*, 1972, pp. 82 y ss.

GOROSTIZA JIMENEZ, I. M.: ¿Se necesita un procedimiento penal del menor?, en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, t. VIII, enero 1996, cuaderno 1, pp. 23-39.

GRACIA MARTIN, L./BOLDOVA PASAMAR, M. A./ALASTUEY DOBON, M. C.: *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, 1998, pp. 344 y ss.

GROIZARD y GOMEZ De LA SERNA, A: *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, t. I, Salamanca, 1897.

GUALLART y LOPEZ De GOICOECHEA, J.: *El Derecho penal de los menores. Los Tribunales para niños*, Zaragoza, 1925.

- “Preocupaciones internacionales en torno al menor”, ponencia a la XII Asamblea General de la Unión Nacional de Tribunales Tutelares de Menores, Valencia, mayo de 1950.

Guía de la Jurisdicción de Menores en España, editada por la Unión de Tribunales Tutelares de Menores, Madrid, 1965.

GUTIERREZ FERNANDEZ, B.: *Examen histórico del Derecho penal*, Madrid, 1886.

HERNANDEZ GUTIERREZ, V.: “La nueva Ley de la reforma penal de menores. Aspectos sustantivos y garantías procesales”, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1648, 1992, pp. 106-117.

HERRERA, J.: *La reforma penal. Principios fundamentales en que debe inspirarse*, Buenos Aires, 1911.

HERRERO HERRERO, C.: “La legislación del menor: Aspectos criminológicos”, en *La nueva Ley de responsabilidad penal del menor. (Aspectos técnico-jurídicos)*, documento mecanografiado, presentado en el curso celebrado en la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, año académico 1999-2000, pp. 29-58.

HIDALGO y GARCIA, J. A.: *El Código penal conforme a la doctrina del Tribunal Supremo*, Madrid, 1908.

IBARZABAL, P.: “Los asistentes sociales y los Tribunales Tutelares de Menores”, *suplemento de la Revista de la Obra de Protección de Menores*, Madrid, 1962, pp. 16 y ss.

Informe sobre el Anteproyecto de Código penal de 1992 del CGPJ, en *CPC*, núm. 48, Madrid, 1992.

Informe emitido al Anteproyecto de Ley Orgánica penal juvenil y del menor de 1995, documento mecanografiado, Madrid, 25 de julio de 1995, pp. 1-29.

IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, J. M.: “La aplicación al menor de edad de la legislación procesal antiterrorista a la luz de la Ley de responsabilidad penal del menor”, en *La Ley*, núm. 5240, 5 de febrero de 2001, pp. 1-5.

JARAMILLO GARCIA, A.: *Novísimo Código penal, comentado y cotejado con el de 1870*, Salamanca, 1928.

JIMENEZ BURILLO, F.: “Notas sobre las relaciones entre Psicología y Derecho penal”, en *Psicología social y sistema penal*, compilado por JIMENEZ BURILLO, F. y CLEMENTE, M., Madrid, 1986, pp. 19-25.

JIMENEZ De ASUA, L.: *La delincuencia juvenil y los Tribunales para niños*, Montevideo, 1929.

-*La Legislación penal de la República española*, vol. LI, Madrid, 1932.

-“El Derecho penal vigente en la República española”, en *Revista de Derecho Público*, año I, t. I, febrero 1932, pp. 39-48.

-*Código penal reformado de 27 de octubre de 1932 y disposiciones penales de la República*, vol. LV, Madrid, 1934.

-*Tratado de Derecho penal*, t. I, 3º ed., Buenos Aires, 1964, pp. 755 y ss.

JIMENEZ De ASUA, L./ANTON ONECA, J.: *Derecho penal conforme al Código penal de 1928. Parte general*, t. I, Madrid, 1929.

JIMENEZ RODRIGUEZ, A.: “Observaciones sobre la declaración de inconstitucionalidad del antiguo proceso de menores”, en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 1994, pp. 113-123.

JORGE BARREIRO, A.: *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, Madrid, 1976.

JORI i TOLOSA, J. L.: “Análisis jurídico de las posibilidades de intervención educativa con jóvenes de dieciséis a dieciocho años”, en *La intervención educativa en el ámbito judicial con jóvenes de dieciséis a dieciocho años*, *Studia Iuridica*, 8, CGPJ-CEJFE de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1994, pp. 49-57.

KAPLAN, H. I./ SADOCK, B. J.: *Sinopsis de Psiquiatría*, Madrid, 1999.

KAUFMANN, H.: *Delincuentes juveniles. Diagnósis y juzgamiento*, traducido al castellano por BUSTOS RAMIREZ, J., Buenos Aires, 1983.

LAFORA, G. R.: “La Psiquiatría en el nuevo Código penal español de 1928”, en *RGLJ*, t. 154.

LALINDE ABADIA, J.: *Iniciación histórica al Derecho español*, Barcelona, 1970, pp. 243-244.

LANDROVE DIAZ, G.: “En torno al Proyecto Sainz de Andino de Código criminal”, en *Estudios Penales. Libro-Homenaje al Profesor ANTON ONECA, J.*, Salamanca, 1982, pp. 285-296.

- *Introducción al Derecho penal español*, 3º ed., Madrid, 1989.

- “La Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, en *La Ley*, núm. 5083, 26 de junio de 2000, pp. 1-5.

- “Marco operativo de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor”, en *La Ley*, núm. 5084, 27 de junio de 2000, pp. 1-5.

La obra de protección de menores, Consejo Superior de Protección de Menores, Ministerio de Justicia, Madrid, 1984.

LASCURAIN SANCHEZ, J. A.: “Comentario a la Disposición Transitoria Duodécima”, en *Comentarios al Código penal*, dirigidos por RODRIGUEZ MOURULLO, G., y coordinado por JORGE BARREIRO, A., Madrid, 1997, pp. 1479 y 1480.

LASSO GAITE, F.: *Crónica de la Codificación española*, vol. I y II, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Madrid, 1970.

LEBOVICI, S./ DIATKINE R./ SOULE, M.: *Tratado de Psiquiatría del niño y del adolescente*, traducido por AVELLANOSA, I., t. I, Madrid, 1988.

Legislación del menor, ed. preparada por JIMENEZ FRANCO, E., Madrid, 1999.

LOPEZ BARJA De QUIROGA, J./RODRIGUEZ RAMOS, L./RUIZ De CORDEJUELA, L.: *Códigos penales españoles*, Madrid, 1987.

LOPEZ GARRIDO, D./GARCIA ARAN, M.: *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Madrid, 1996.

LOPEZ HERNANDEZ, G. M.: *La defensa del menor*, Madrid, 1987.

LOPEZ-REY y ARROJO: “Criterios y perspectivas de la Codificación penal”, en *ADPCP*, t. XXXII, fasc. III, 1979, pp. 551-565.

-“Análisis Político criminal del Proyecto oficial de Código penal español”, en *ADPCP*, t. XXXIV, fasc. II, 1980, pp. 313 y ss.

LOPEZ-REY y ARROJO, M./ ALVAREZ VALDES, F.: *El nuevo Código penal*, Madrid, 1933.

LOPEZ RIOCEREZO, J. M: *Delincuencia juvenil. Política recuperativa del joven delincuente*, t. II, Madrid, 1960.

LORCA NAVARRETE, A. M.: *El proceso español del menor*, Madrid, 1993.

LUZON DOMINGO, D.: “Tratamiento penal de la delincuencia juvenil”, en *ADPCP*, t. XIX, fasc. I, 1966, pp. 387 y ss.

LUZON PEÑA, D. M.: *Curso de Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1996.

MACIA GOMEZ, R./ROIG ALTOZANO, M.: *Nuevo Código penal de 1995*, Barcelona, 1996.

MAGGIORI, G.: *Derecho penal*, vol. I, Bogotá, 1954

MANZANA LAGUARDIA, M. P.: “Notas acerca del Proyecto de Ley sobre reforma urgente del procedimiento de menores”, en *Revista General del Derecho*, núm. 571, 1992, pp. 2539-2546.

MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: “Un Derecho penal para jóvenes”, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1288, 1982, pp. 3-10.

-“Los centros especiales y los establecimientos de jóvenes”, en *Comentarios a la legislación penal*, t. VI, vol. II, dirigidos por COBO DEL ROSAL, M., Madrid, 1986.

MANZANARES SAMANIEGO, J. L./ALBACAR LOPEZ, J. L.: *Código penal. Comentarios y jurisprudencia*, Granada, 1987.

MARCELLI, D./BRACNNIER, A./De AJURIAGUERRA, J.: *Manual de Psicopatología del adolescente*, traducido por TOMAS VILALTELLA, J., Barcelona, 1986.

MARCHENA GOMEZ, M.: *Código penal de 1995. Un año de vigencia en la Doctrina del Tribunal Supremo, Audiencias Provinciales y Fiscalía General del Estado*, Granada, 1997.

MARCHESI, A./CARRETERO, M/PALACIOS, J.: *Psicología evolutiva. 3. Adolescencia, madurez y senectud*, 5º reimpresión, Madrid, 1997.

MARTI SANCHEZ, N.: “Protección de la víctima y responsabilidad civil en la Ley penal de los menores”, en *AP*, núm. 4, 22 al 28 de enero de 2001, pp. 65-82.

MARTIN CANIVELL, J.: *La delincuencia juvenil en España*, Tesis inédita, Madrid, 1968.

-“Problemática contemporánea de la delincuencia juvenil”, en *RGLJ*, núm. 2, Madrid, 1968, pp. 310-321.

-“Algunos problemas actuales de la delincuencia juvenil en España”, en *CPC*, núm. 13, 1981, pp. 35-48.

MARTIN CRUZ, A.: “Minoría de edad penal”, en *CPC*, núm. 63, 1997, pp. 701-709.

MARTIN OSTOS, J.: “Los Juzgados de Menores en la nueva Organización judicial”, en *Justicia*, núm. IV, Barcelona, 1988, pp. 859-875.

-“El nuevo proceso de menores. Comentarios a la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio”, en *La Ley*, 1994-1, pp. 1143-1153.

- *Jurisdicción de menores*, Barcelona, 1994.

-“CGPJ y Tribunales de menores”, en *Justicia*, núms. I-II, Barcelona, 1995, pp. 33-58.

-“Aspectos procesales de la Ley Orgánica reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores”, en *Menores privados de libertad*, *CDJ*, *CGPJ*, XV, 1996, pp. 153-189.

MARTIN SANCHEZ, A.: “La minoría de edad penal”, en *Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, CDJ, núm. VII, CGPJ, 1995, pp. 255-280.

-“Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales en la legislación de menores”, en *Menores privados de libertad*, CDJ, CGPJ, XV, 1996, pp. 223-247.

MARTINEZ GONZALEZ, M. I.: “La minoría de edad penal”, en *CPC*, núm. 20, 1983, pp. 385 y ss.

MARTINEZ GUIJARRO, J. L.: “La Ley del Menor de Castilla-La Mancha”, en *Justicia con menores. Menores infractores y menores víctimas*, coordinado por MARTIN LOPEZ, M. T., Universidad de Castilla-La Mancha, 2000, pp. 143-164.

MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ, J. M.: “La imputabilidad”, en *La Ley*, núm. 3957, de 22 de enero de 1996, pp. 1608-1616.

MAURACH: *Tratado de Derecho penal*, t. II, traducción y notas de Derecho español por CORDOBA RODA, J., Barcelona, 1962.

MAYOR SANCHEZ, J.: *La Psicología evolutiva*, Madrid, 1985.

MEDINA, L./MARAÑÓN, M.: *Leyes penales de España conforme a los Textos oficiales*, Madrid, s/f., EJE (SEIX), t. IV.

Memoria elevada al Gobierno Nacional en la solemne apertura de los Tribunales, el día 15 de septiembre de 1975, Madrid, 1975.

Memoria explicativa del Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980, en archivo del Congreso de los Diputados, serie general de expedientes, legajo núm. 1792.

MENDIZABAL OSES, L.: *Derecho de menores. Teoría general*, Madrid, 1977.

MENDOZA, J. R.: *La protección y el tratamiento de los menores*, Buenos Aires, 1960.

MIDDENDORF, W.: *Criminología de la juventud*, traducido al castellano, con prólogo y notas, por RODRIGUEZ DEVESA, J. M., Barcelona, 1964.

MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte general*, 5º ed., Barcelona, 1998.

MIRET MAGDALENA, E.: “Hacia una Ley española del menor”, en *Jornadas de estudio de la legislación del menor*, Consejo Superior de Protección del menor, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, pp. 7-20.

MONTERO-RIOS y VILLEGAS, A.: *Antecedentes y comentarios a la Ley de Tribunales para niños*, Madrid, 1919.

MONTES, J.: *Derecho penal español. Parte general*, vol. I, Madrid, 1917.

MONTILLA y ADAN, J.: *Proyecto de Código penal de 1902*, Madrid, 1903.

MORALES PRATS, F.: “Comentario al artículo 19”, en *Comentarios al nuevo Código penal*, dirigido por QUINTERO OLIVARES, G. y coordinado por VALLE MUÑIZ, J. M., Pamplona, 1996, pp. 129-133.

MORESO, J. J.: *La teoría del Derecho de Bentham*, Barcelona, 1992.

MOVILLA ALVAREZ, C.: “Jurisdicción de menores y Constitución”, en *Menores*, núm. 4, 1984, pp. 68-85.

-“Notas para una reforma de la Justicia de Menores”, en *Poder Judicial*, núm. 16, septiembre de 1985, pp. 37-46.

MUÑOZ CONDE, F./GARCIA ARAN, M.: *Derecho penal. Parte general*, 3º ed., Valencia, 1998.

MUÑOZ ROJAS, T.: “Sobre el nuevo juicio sancionador de menores. (L.O. 4/1992)”, en *AP*, núm. 19/10, 10-16 de mayo de 1993, pp. 279-285.

Normas sobre Justicia de Menores, ed. preparada por VILABOY LOIS, L., Madrid, 1996.

OCTAVIO De TOLEDO y UBIETO, E./HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho penal. Parte general*, 2º ed., Madrid, 1986.

OLIVA GARCIA, H.: “Introducción a las bases doctrinales de la imputabilidad”, en *La Ley*, 1982-4, pp. 1141-1143.

ORNOSA FERNANDEZ, M. R.: “La nueva regulación del procedimiento penal de menores. ¿Un avance?”, en *Poder Judicial*, núm. 27, CGPJ, 1992, pp. 149-164.

-“Valoración crítica de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, en *La nueva Ley de responsabilidad penal del menor. (Aspectos técnico-jurídicos)*, documento mecanografiado, presentado en el curso celebrado en la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, año académico 1999-2000, pp. 61-76.

-Derecho penal de menores. Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, Barcelona, 2001.

ORTEGO COSTALES, J.: “El Proyecto de Ley Orgánica de Código penal”, en *La reforma penal y penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 1980, pp. 136-149.

ORTS BERENGUER, E.: “Las circunstancias atenuantes en el Proyecto de Código penal de 1980”, en *CPC*, núm. 13, 1981.

PACHECO, J. F.: *Estudios de Derecho penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840*, t. II, 4º ed., Madrid, 1877.

-El Código penal concordado y comentado, t. I, 5º ed., Madrid, 1881.

PALACIO SANCHEZ-IZQUIERDO, J. R.: “Pasado, presente y futuro de los Tribunales Tutelares de Menores”, en *Estudios Vascos de Criminología*, Bilbao, 1982, pp. 481-493.

PANTOJA GARCIA, F.: “Particularidades en el caso de los menores de edad penal”, en *la restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, *CDJ*, núm. XXIX, CGPJ, 1993, pp. 245-271.

- “Análisis criminológico de las cuestiones relativas al Derecho penal juvenil”, en *Criminología, CDJ*, núm. 29, CGPJ, 1994, pp. 225-251.

PANTOJA GARCIA, F./MUÑOZ MARIN, A./PARAMO y De SANTIAGO, C./Del MORAL GARCIA, A.: “La Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores. (Anotaciones tras ocho meses de aplicación)”, en *AP*, núm. 10/8, 14 de marzo de 1993, pp. 133-159.

PEREZ CAPELLA, M.: “La menor edad y la responsabilidad penal”, en *La intervención educativa en el ámbito judicial con jóvenes de dieciséis a dieciocho años, Studia Iuridica* 8, CGPJ-CEJFE de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1994, pp. 109-115.

PEREZ FERRER, E.: “Las posibilidades del artículo 65 del Código penal”, en *ADPCP*, t. XXX, fasc. III, 1977.

PEREZ SERRANO, N.: “Constitucionalismo y Codificación”, en *RGLJ*, 1953, pp. 92-104.

PEREZ VERA: “El Convenio sobre los Derechos del Niño”, en *Garantía internacional de los derechos sociales*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1990, pp. 167-185.

PEREZ VITORIA, O.: *La minoría de edad penal y su tratamiento. Historia, doctrina y legislación*, Barcelona, 1940.

-“El discernimiento como fundamento de la responsabilidad criminal de los menores”, en *Anales de la Universidad de Barcelona*, 1940.

PERIS RIERA, J.: “El modelo de mediación y reparación en el nuevo marco de la responsabilidad penal de los menores previsto por la Ley Orgánica 5/2000”, en *La Ley*, núm. 5250, pp. 1-4.

PESSINA, E.: *Elementos de Derecho penal*, traducción del italiano por GONZALEZ DEL CASTILLO, H., prologado y adicionado con arreglo al Derecho español de entonces por ARAMBURU y ZULOAGA, F., anotada conforme a la legislación vigente y adicionada con las doctrinas científicas modernas por CUELLO CALON, E., 4º ed., Madrid, 1936.

PESSINI PULIDO, A.: “El nuevo Código penal”, en *RGLJ*, t. 154, 1929, pp. 314-322.

PLATT, A. M.: *Los salvadores del niño o la invención de la delincuencia*, Méjico, 1982.

POLAINO NAVARRETE, M.: “Minoría de edad penal”, en *Comentarios a la legislación penal*, t. V, vol. I, dirigido por COBO Del ROSAL, M., y coordinado por BAJO FERNANDEZ, M., Madrid, 1985, pp. 163 y ss.

POLO RODRIGUEZ, J. J./HUELAMO BUENDIA, A. J.: *La nueva Ley penal del menor*, Madrid, 2000.

PORTILLA CONTRERAS, G.: “Fundamentos teóricos de una alternativa al concepto tradicional de inimputabilidad del menor”, en *Protección jurídica del menor*, Granada, 1997, pp. 103-133.

POZO VILLEGAS, J. L.: *Guía básica de los procedimientos penales*, Madrid, 1996.

Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1983.

Proyecto de Ley Orgánica del Código penal, Ministerio de Justicia e Interior, Secretaría General Técnica, Madrid, 1994.

PUENTE SEGURA, L.: *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, Madrid, 1997.

PUERTES MARTI, A./SALAZAR ARJONA, J. L./SIERRA PALMERO M. L.:
Juzgados de Menores: legislación, jurisprudencia y formularios, Valencia, 1998.

PUIG PEÑA, F.: *Código penal reformado*, Madrid, 1934.

-“El abuso del derecho en el área penal”, en *Estudios penales, Libro-Homenaje al R. P. J. PEREDA*, Bilbao, 1965, pp. 565-605.

QUERALT, J.: *Código penal y Ley Orgánica*, en separata del *ADPCP*, t. XLV, fasc. I, enero-abril 1992.

QUINTANO RIPOLLES, A.: *Comentarios al Código penal*, vol. I, Madrid, 1946.

QUINTERO OLIVARES, G.: *Introducción al Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1981.

-“La reforma penal en España”, en *Documentación Jurídica*, monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal de 1983, vol. I, núm. 37/40, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, enero/diciembre 1983, pp. 3-19

QUINTERO OLIVARES, G./MUÑOZ CONDE, F.: *La reforma penal de 1983*, Barcelona, 1983.

RAMON FERNANDEZ, F.: “Notas sobre el Proyecto de Ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, en *Revista General de Derecho*, año LV, núm. 661-662, octubre-noviembre 1999, Valencia, pp. 12439-12463.

RAPOSO FERNANDEZ, J. M.: “Estudio crítico del proceso contra menores delincuentes. Aspectos necesitados de reforma”, en *La Ley*, núm. 4433, 8 de diciembre de 1997, pp. 1-11.

REMPLEIN, H.: *Tratado de Psicología evolutiva*, 4º ed., Barcelona, 1974.

RENAU I MANEN, D.: “Hacia una nueva Justicia para los menores”, en *Eguzkilore*, núm. 2, San Sebastián, 1988, pp. 37-40.

REYES ECHANDIA, A.: *Imputabilidad*, 4º ed., Bogotá, 1989.

REVUELTA BENITO, R.: “El Código penal de 1848 y su gran comentarista don Joaquín Francisco Pacheco”, en *REP*, núm. 6, 1945, pp. 31 y ss.

RIAZA, R.: “Derecho penal de las Partidas”, en *Trabajos del Seminario de Derecho penal*, dirigidos por JIMENEZ De ASUA, L., t. I, curso 1916-1917, Madrid, 1922.

RICHARD GONZALEZ, M.: “El nuevo proceso de menores”, en *La Ley*, núm. 5085, 28 de junio de 2000, pp. 1-8.

RIOS i ENRICH, M.: “La regulación legal en materia de Justicia de Menores. Principios inspiradores y criterios de actuación”, en *La intervención educativa en el ámbito judicial con jóvenes de dieciséis a dieciocho años*, *Studia Iuridica* 8, CGPJ-CEJFE de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1994, pp. 23-41.

RIOS MARTIN, J. C.: “Críticas a la reforma “penal” de la Ley Orgánica 4/92 reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores”, en *Actualidad y Derecho*, núm. 33, semana del 14 al 20 de septiembre de 1992, pp. 1-7.
-*El menor infractor ante la Ley penal*, Granada, 1993.

- “Valoración crítica de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, en *La nueva Ley de responsabilidad penal del menor. (Aspectos técnico-jurídicos)*, documento mecanografiado, presentado en el curso celebrado en la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, año académico 1999-2000, pp. 77-84.

RIOS MARTIN, J. C./SEGOVIA BERNABE, J. L.: *La infancia en conflicto social. Tratamiento sociojurídico*, Madrid, 1998.

ROCA, T.: *Historia de la obra de los Tribunales Tutelares de Menores en España*, Madrid, 1968.

RODRIGUEZ DEVESA, J. M.: “La reciente reforma del Código penal español (Ley 23/1976, de 19 de julio)”, en *ADPCP*, vol. XXIX, 1976, pp. 209-223.

-*Derecho penal español. Parte general*, 10º ed., revisada y puesta al día por SERRANO GOMEZ, A., Madrid, 1986.

-*Derecho penal. Parte general*, 18º ed., Madrid, 1995.

RODRIGUEZ DEVESA, J. M./SERRANO GOMEZ, A.: *Derecho penal español. Parte general*, 18º ed., Madrid, 1995.

RODRIGUEZ MOURULLO, G./BAJO FERNANDEZ, M./COBO Del ROSAL, M./RODRIGUEZ RAMOS, L.: *Código penal con jurisprudencia y concordancias*, Madrid, 1976.

RODRIGUEZ MOURULLO, G.: “Comentario al artículo 19”, en *Comentarios al Código penal*, dirigido por RODRIGUEZ MOURULLO, G., y coordinado por JORGE BARREIRO, A., Madrid, 1997, pp. 84 y 85.

RODRIGUEZ RAMOS, L.: “Comentario al artículo 8.2”, en *Código penal comentado*, coordinado por LOPEZ BARJA De QUIROGA, J./ RODRIGUEZ RAMOS, L., Madrid, 1990, pp. 39 y 40.

-“Comentario al artículo 9.3”, en *Código penal comentado*, coordinado por LOPEZ BARJA De QUIROGA, J./ RODRIGUEZ RAMOS, L., Madrid, 1990, pp. 61 y 62.

RODRIGUEZ SOL, L.: “El Fiscal y la protección de las víctimas en el proceso de menores”, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia e Interior*, núm. 1750, 25 de julio de 1995, pp. 137-144.

ROMAN y CALBET, J.: “Ligeras indicaciones para la reforma del Código. Circunstancias atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal”, en *RGLJ*, t. XLVII, Madrid, 1875, pp. 174-185.

ROMERO COLOMA, A. M.: “Problemática del interrogatorio del menor”, en *AP*, núm. 32, 3-9 de septiembre de 1990, pp. 349-358.

RUIZ VADILLO, E.: *Proyecto de Ley Orgánica de Código penal*, en *Cuadernos de Documentación*, núm. 13, Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid, 1980.

-“Comentario al artículo 19”, en *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, t. I, dirigido por CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., Madrid, 1997, pp. 573-583.

SAINZ CANTERO, J. A.: “El informe de la Universidad de Granada sobre el Proyecto que dió lugar al Código penal de 1822”, en *ADPCP*, t. XX, fasc. I y II, 1967, pp. 509-538.

-*Lecciones de Derecho penal. Parte general*, t. I, Barcelona, 1981.

SALDAÑA, Q.: *Comentarios científico-prácticos al Código penal de 1870.*

Infracción y responsabilidad, vol. I, tratado I, Madrid, 1920, pp. 369 y ss.

-*La reforma de los jóvenes delincuentes en España*, Madrid, 1925.

-*Nueva Criminología*, Madrid, 1936.

SALIDO VALLE, C.: “La detención incomunicada del menor de edad penal”, en *La Ley*, núm. 4758, 19 de marzo de 1999, pp. 1751-1760.

SALVA CORTES, M.: “El Derecho penal en la Justicia de Menores. Aproximación al Derecho comunitario”, en *Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia*, en *CDJ*, núm. V, CGPJ, 1992, pp. 423-498.

SANCHEZ AGESTA, L.: *Historia del constitucionalismo español*, Madrid, 4º ed., 1984, pp. 229 y ss.

SANCHEZ GARCIA, M. I.: *Minoría de edad penal y Derecho penal juvenil*, Granada, 1998.

-“Minoría de edad y Derecho penal juvenil. Aspectos político criminales”, en *Eguzkilore*, núm. 12, San Sebastián, Diciembre 1998, pp. 64-75.

-“La nueva Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor”, en *AP*, núm. 33, semana del 11 al 17 de septiembre de 2000, pp. 699-727.

SANCHEZ MARTINEZ F.: *La jurisdicción de menores en España. (Pasado, presente y futuro)*, Tesis inédita, 1996.

-*Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores. Ley 4/1992*, Madrid, 1999.

SANCHEZ OBREGON, L.: *Menores infractores y Derecho penal*, Méjico, 1995.

SANCHEZ TEJERINA, I.: *Derecho penal español*, Madrid, 1945.

SANCHEZ YLLERA, I.: “El aplazamiento de la entrada en vigor de la Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor”, en *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. II, coordinado por VIVES ANTON, T. M., Valencia, 1996, p. 2230.

SANTOLARIA FERNANDEZ, J.: “Las medidas cautelares personales en la LO 4/1992, 5 de junio”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. 48, 1997, pp. 465-479.

SERRANO BUTRAGEÑO, I.: “Comentario al artículo 69”, en *Código penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia*, coordinado por SERRANO BUTRAGEÑO, I., Granada, 1998.

SERRANO GARCIA, R.: “Ley de reforma de la legislación de menores”, en *Cuadernos de Documentación*, núm. 24, Madrid, 1980, pp. 25-37.

SERRANO GOMEZ, A.: *Delincuencia juvenil en España. Estudio criminológico*, Madrid, 1970.

-“La mayoría de edad penal en la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código penal”, en *RFDUC*, monográfico núm. 6, Madrid, 1983, pp. 609-625.

-*La reforma del Código penal por Ley 8/1983, de 25 de junio*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, curso 1984-1985.

SERRANO MAILLO, A.: “Mayoría de edad penal en el Código de 1995 y delincuencia juvenil”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 5, 1995, pp. 775 y ss.

SEVILLA ANDRES, D.: *Constituciones y otras Leyes y Proyectos políticos de España*, Madrid, 1969.

-*Historia política de España, 1800-1973*, Madrid, 1974, pp. 175 y ss.

SILVA SANCHEZ, J. M.: “La Política criminal ante el hecho penalmente antijurídico cometido por un menor de edad”, en *La intervención educativa en el ámbito judicial con jóvenes de dieciséis a dieciocho años*, *Studia Iuridica* 8, CGPJ-CEJFE de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1994, pp. 11-22.

-“El régimen de la minoría de edad penal (artículo 19)” en *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997, pp. 159-195.

SILVELA, L.: *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, segunda parte, Madrid, 1879.

SOLANO y POLANCO, J.: *Tribunales para niños*, Madrid, 1920.

SOLE TURA, J. y AJA, E.: *Constituciones y periodos constituyentes en España*, (1808-1936), Madrid, 1977, pp. 40 y ss.

SOLIS QUIROGA, H.: *Justicia de Menores*, Méjico, 1986.

SUAREZ MONTES, R. F.: “Comentario al artículo 5”, en *Comentarios al Código penal*, t. I, dirigidos por COBO Del ROSAL, M., Madrid, 1999, pp. 167-169.

TAMARIT SUMALLA, J. M./SAPENA GRAU, F./GARCIA ALBERTO, R.: *Curso de Derecho penitenciario. (Adaptación al nuevo Reglamento Penitenciario de 1996)*, Barcelona, 1996. TAMARIT SUMALLA, J. M.: “La protección del menor en la propuesta de anteproyecto de nuevo Código penal”, en *ADPCP*, t. XXXIX, fasc. II, pp. 487-509.

TAPIA PARREÑO, J. J.: “El Derecho al juez imparcial, en su aspecto objetivo, en la Ley Orgánica reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores. Su posible inconstitucionalidad y la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de marzo de 1995”, en *La Ley*, 1995-2, pp. 1110-1124.

-“Medidas de protección del menor en la fase de instrucción y de ejecución del proceso penal”, en *la protección del menor en el Código penal*, en *CDJ*, núm. XII, CGPJ, 1998, pp. 103-152.

TIRADO ESTRADA, J.: “Violencia en el hogar y medidas cautelares en el proceso penal”, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1820, pp. 5-13.

TOMAS ROCA, T. C.: *Historia de la obra de los Tribunales Tutelares de Menores en España*, Sección de publicaciones del Consejo Superior de Protección de menores, Madrid-Valencia, 1968.

TOMAS y VALIENTE, F.: *Códigos y Constituciones (1808-1978)*, Madrid, 1989.

-*El Derecho penal de la Monarquía Absoluta, (siglos XVI-XVII-XVIII)*, 2º ed., Madrid, 1992.

TOMAS VILLARROYA, J.: *Breve historia del constitucionalismo español*, Madrid, 1981.

TORIO LOPEZ, A.: “Beccaria y la Inquisición española”, en *ADPCP*, t. XXIV, fasc. I, 1971, pp. 391-415.

TORRES-DULCE, E.: “Límites constitucionales del llamado Derecho penal juvenil”, en *Estudio y aplicación práctica del Código penal de 1995*, vol. I, Madrid, 1997.

TURIEL, E./ENESCO, I./LINAZA, J.: *El mundo social en la mente infantil*, Madrid, 1989.

URRA PORTILLO, J.: *Manual de Psicología Forense*, Madrid, 1993.

-*Menores, la transformación de la realidad. Ley Orgánica 4/1992*, Madrid, 1995.

-*Adolescentes en conflicto. Un enfoque psicojurídico*, Madrid, 1995.

-*Niños y no tan niños*, Madrid, 1998.

-“Respuesta social al joven infractor. Metalegislación”, en *Política Criminal comparada, hoy y mañana*, en *CDJ*, núm. IX, CGPJ, 1998, pp. 211-240.

VAELLO ESQUERDO, E.: “La edad en la parte general del Proyecto de Código penal de 1980”, en *CPC*, núm. 13, 1981, pp. 137-152.

VALDES RUBIO, J. M.: *Derecho penal. Su Filosofía, Historia, Legislación y Jurisprudencia*, t. II, cuaderno 1º, Madrid, 1890.

VALLDECABRES ORTIZ, I.: “La reforma de los menores”, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1635, 15 de mayo de 1992, pp. 125-131.

VAQUER ALOY, A.: “La responsabilidad civil en la Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores: una propuesta de interpretación”, en *La Ley*, núm. 5224, de 12 de enero de 2001, pp. 1-5.

VARGAS CABRERA, B.: “La Ley Orgánica 4/1992 sobre competencia y procedimiento de los Juzgados de Menores: estudio de sus normas sustantivas y procesales”, en *ADPCP*, t. 46, 1993, pp. 167-197.

VENTURA FACI, R.: “El menor como agente del delito”, en *El menor en la legislación actual*, Madrid, 1998, pp. 165-178.

-“La Justicia ante la violencia juvenil”, en *Violencia juvenil desde una perspectiva multidisciplinar*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1998, pp. 75-84.

VENTAS SASTRE, R.: “Comentario al artículo 19”, en *Comentarios al Código penal*, t. II, dirigidos por COBO DEL ROSAL, M., Madrid, 1999, pp. 71-98.

VENTURA FACI, R./PELAEZ PEREZ, V.: *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Comentarios y jurisprudencia*, Madrid, 2000.

VIADA y VILASECA, S.: *El Código penal reformado de 1870*, tres tomos, Madrid, 1894.

VICENTE y CARAVANTES, J.: *Historia del Derecho penal de España*, Madrid, 1872.

VIDAL MARTINEZ, F.: *La nueva responsabilidad penal del menor según la Ley Orgánica 5/2000*, Barcelona, 2000.

VILAR BADIA, R.: “La legislación penal de menores y su inaplazable reforma”, en *CPC*, núm. 40, 1990, pp. 175-193.

VIRTO LARRUSCAIN, M. J.: *El caso fortuito y la construcción del sistema de culpabilidad en el Código penal de 1848*, Bilbao, 1984.

VIVES ANTON, T. S.: “Constitución y Derecho penal de menores”, en *La Libertad como pretexto*, Valencia, 1995, pp. 337-352.

-“Métodos de determinación de la peligrosidad”, en *La libertad como pretexto*, Valencia, 1995, pp. 17-41.

VON LISZT, F.: *Tratado de Derecho penal*, traducido de la 18ª edición alemana y adicionado con la historia del Derecho penal en España por SALDAÑA, Q., vol. I, 3ª ed., Madrid, s/f.

VVAA: *Legislación española. Leyes penales*, Madrid, 1934.

VVAA.: *Homenaje a Dorado Montero*, en *REP*, año XXVII, Octubre-Diciembre 1975, núm. 195, 1595 y ss.

VVAA.: *La reforma penal y penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 1980.

VVAA.: *Política criminal y reforma del Derecho penal*, Bogotá, 1982.

VVAA.: *La reforma penal. Cuatro cuestiones fundamentales*, Madrid, 1982.

VVAA: *Los problemas del menor inadaptado y marginado socialmente*, Ministerio de Justicia, Consejo Superior de Protección de Menores, 1983.

VVAA: “El Derecho penal del Estado democrático”, en *Comentarios a la legislación penal*, t. II, dirigidos por COBO DEL ROSAL, M., Madrid, 1983.

VVAA.: *La reforma del Código penal de 1983*, en *Comentarios a la legislación penal*, t. V, vol. I, dirigidos por COBO DEL ROSAL, M., Madrid, 1985.

VVAA.: *Jornadas de estudio de la legislación del menor*, Consejo Superior de Protección de Menores, Ministerio de Justicia, 1985.

VVAA.: *¿Tratamiento penal para menores?*, Madrid, 1989.

VVAA.: *Presupuestos para la reforma penal*, Universidad de La Laguna, 1992.

VVAA.: *Jornadas sobre el Proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1994*, celebradas en la Universidad de La Laguna, Santa Cruz de Tenerife, 1995.

VVAA.: *Especial monográfico del Código penal. Comentarios y notas. Crónica parlamentaria*, Madrid, 1996.

VVAA.: *Psicología jurídica del menor*, coordinado por URRUTIA PORTILLO, J. y CLEMENTE, M. Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1997.

VVAA.: *El menor en la legislación actual*, Universidad Antonio de Nebrija, Madrid, 1998.

VVAA.: *Violencia juvenil desde una perspectiva multidisciplinar*, compilado por RUIDIAZ GARCIA, C., Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1998.

VVAA: *Código penal*, Pamplona, 1999.

VVAA: *La nueva Ley de responsabilidad penal del menor. (Aspectos técnico-jurídicos)*, documento mecanografiado, presentado en el curso celebrado en la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, año académico 1999-2000, pp. 1-214.

VVAA: *Un Proyecto alternativo a la regulación de la responsabilidad penal de los menores*, Grupo de Estudios de Política-criminal, Valencia, 2000.

ZUGALDIA ESPINAR, J. M.: *Fundamentos de Derecho penal. Parte general*, 3º ed., Valencia, 1993.

ZULITA FELLINI, G.: *Derecho penal de menores*, Buenos Aires, 1996.

-“Prevención del delito y tratamiento del delincuente menor de edad. Dimensión práctica”, en *Política Criminal y reforma penal, Homenaje al Prof. Dr. Del ROSAL, J.*, Madrid, 1993, pp. 447-455.