



La responsabilidad penal del menor: naturaleza y principios informadores¹

Clara Viana Ballester

Departamento de Derecho penal
Universitat de València

SUMARIO: I. Evolución histórica de la regulación en materia de menores. 1. Situación anterior a 1995. 2. Derecho internacional en la materia. 3. Situación posterior a la aprobación del Código Penal de 1995. 4. Los proyectos de la Ley de Menores. II. La cuestión de la naturaleza jurídica del “derecho penal de menores”. 1. Consideraciones previas. 2. La normativa internacional. 3. Doctrina del Tribunal Constitucional. 4. Las posiciones de los distintos proyectos. 5. La postura del CGPJ. III. La nueva Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero (LORRPM). 1. Consideraciones previas. 2. La naturaleza jurídica de la responsabilidad. 3. Principios orientadores. 4. Derecho Penal de adultos vs derecho penal de menores. 5. Los principios constitucional-penales en la Ley. IV. Bibliografía.

I. Evolución histórica de la regulación en materia de menores

1. Situación anterior a 1995

Se ha incluido en este epígrafe la regulación de la materia hasta la aprobación del Código penal de 1995, pues fue en esta época cuando se retomó, de manera más decidida —aunque de forma extemporánea—, la elaboración de la vigente legislación penal del menor. Sin embargo, hay que señalar que dentro de este gran intervalo temporal pueden encontrarse, a su vez, dos períodos de mayor trascendencia jurídica general, el preconstitucional y el postconstitucional

—si bien no fue hasta 1992 cuando se emprendieron las reformas más relevantes de adecuación al texto constitucional—.

A) La competencia para el procedimiento

Desde 1948 el Derecho español de menores se dividía en dos grandes ramas, la **rama reformadora**, regida por el Decreto de 11 de junio de 1948 que aprobaba el Texto Refundido de los Tribunales Tutelares de Menores, el Reglamento para su ejecución y el Estatuto de la Unión Nacional de los Tribunales Tutelares, y la **rama protectora**, regulada por el Decreto de 2 de julio del mismo año, que aprobaba el Texto Refundido de la Legislación sobre Protección de Menores².

1. El presente estudio forma parte del Proyecto de Investigación “Causas de exención y extinción de la responsabilidad penal en el Código penal de 1995” financiado por la “Generalitat Valenciana” (CTIDIB/2002/299). En dicho proyecto se incluye la parte correspondiente al Derecho penal de menores, por lo que, como primer paso de la investigación procede el análisis de la concepción legislativa de la responsabilidad en que incurre el menor cuando comete hechos tipificados como delitos o faltas en el Código penal. A la naturaleza penal, o no penal, de dicha responsabilidad en los sucesivos intentos de regulación legislativa se dedican las siguientes líneas. Para ello será necesario, pues, conocer los antecedentes jurídicos, internacionales y nacionales, así como el proceso de nacimiento, aprobación y reforma de la LO 5/2000 —modificada en periodo de vacatio legis en dos ocasiones, mediante las leyes orgánicas 7 y 9/2000—.

2. Este Texto fue derogado por la Disposición Derogatoria única de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de enjuiciamiento civil (BOE de 17 de enero de 1996).

El Texto Refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores (en adelante LTTM) convertía a los Tribunales de Menores en organismos híbridos administrativo-jurisdiccionales, ya que podían estar formados por personas ajenas a la carrera judicial, nombrados por el Ministro de Justicia y que, además, dependían, según la Ley, de un Organismo, el Consejo Superior de Protección de Menores, que a su vez dependía del Ministerio de Justicia. Dicha estructura se alteró por las modificaciones que introdujo el Decreto 414/1976, de 26 de febrero, permitiendo al personal de la carrera judicial o fiscal en activo la compatibilidad de sus funciones con el ejercicio de la jurisdicción de menores que fue radicalmente cambiada después de la entrada en vigor de la Constitución y en consonancia con ella.

La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), en cumplimiento de los mandatos constitucionales incardinó los Tribunales Tutelares de Menores, que fueron sustituidos por los Juzgados de Menores, dentro de la jurisdicción ordinaria, dejando de ser una jurisdicción especial (prohibidas por la Carta Magna), y estableciendo expresamente que los Jueces de Menores tenían potestad jurisdiccional (artículo 26), correspondiéndoles “el ejercicio de las funciones que establezcan las leyes para con los menores que hubieren incurrido en conductas tipificadas por la ley como delito o falta y aquellas otras que, en relación con los menores de edad, les atribuyan las leyes” (artículo 97). En cuanto jurisdicción ordinaria, la LOPJ preveía para los Juzgados de Menores la reglas relativas a la elección de Decano (artículo 166), reparto de asuntos (artículo 167), y concursos de provisión (aunque en este caso con preferencia por la especialización, artículo 329.1 y 3, aprobándose el Reglamento para la especialización como Juez de Menores, por Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 16 de julio de 1987). Por último, la Ley de Demarcación y Planta Judicial, Ley 38/1988, de 28 de diciembre, determinó la entrada en funcionamiento de los Juzgados de Menores, con la competencia que la legislación vigente reconocía a los Tribunales Tutelares de Menores³. En consecuencia, en el momento de aprobación y entrada en vigor del Cód-

go penal de 1995, los Jueces de Menores, eran efectivamente “Jueces”, miembros integrantes del Poder Judicial, que por lo tanto gozaban de las características propias de los órganos jurisdiccionales: independencia, inamovilidad, responsabilidad y sometimiento al imperio de la Ley. No era ya una Jurisdicción especial sino ordinaria pero especializada, con las posibles ventajas que la especialización conlleva.

Como consecuencia directa de la Sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991, de 14 de febrero, que declaró inconstitucional el artículo 15 de la LTTM⁴ se promulgó la LO 4/1992, sobre reforma de la Ley Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores.

B) El Derecho penal de menores

a) Derecho penal material

En el proceso de codificación penal se ha vivido una progresiva restricción en el campo de la responsabilidad penal del menor. La edad por debajo de la cual se presumía que el menor no podía ser responsable penalmente⁵ se ha visto incrementada en los distintos Códigos penales españoles: 7 años el Código de 1822, 9 años en los Códigos de 1848 y 1870, 16 años en el de 1932, y el mismo límite se mantuvo en el Código penal de 1944, y posterior texto Refundido de 1973. Para los menores de edad, pero mayores del límite fijado por la legislación penal, se establecía, hasta el Código penal de 1944, un sistema basado en el “discernimiento”⁶. En el Código de 1822, el trato de los menores entre 7 y 12 años dependía de la prueba del discernimiento, en los Códigos de 1848 y 1870, esta prueba se hacía a los menores de entre 9 y 15 años, y el Código de 1932 erradicó ese sistema, elevando el límite de la inimputabilidad. El establecimiento de la minoría penal en los 16 años fue bien recibido por algunos autores, pues se entendía que la regulación de la eximente no se basaba exclusivamente en la presunción de inimputabilidad, sino “en la moderna convicción político-criminal de que los menores no deben ser castigados como los mayores ni ir a la cárcel como

3. Relato de antecedentes conforme al F.J. 2º, párrafos III y IV de la Sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991, de 14 de febrero.

4. Vid. *infra* epígrafe 1.1.2.2.

5. Presunción *iuris et de iure* de inimputabilidad penal.

6. En general han existido dos sistemas para exigir la responsabilidad penal del menor, uno de cifra fija por debajo de la cual se presume *iuris et de iure* la inimputabilidad del menor, y un sistema mixto que conjuga una o varias edades con la capacidad de culpabilidad real (o estimada) del menor y del joven. Estos dos sistemas o criterios reciben la denominación: criterio biológico-cronológico el primero, y criterio del discernimiento el segundo.

ellos, sino que han de ser medidas educativas no penales sino preventivas”⁷.

Además de los Códigos existían otras leyes penales en las que se encontraban referencias a los menores. Así, la Ley de Vagos y Maleantes de 1933, preveía que los menores infractores de la ley serían puestos a disposición del Tribunal Tutelar o Juez de Primera Instancia para que adoptara las medidas de guarda, educación y enmienda necesarias y previstas en la LTTM. Posteriormente, la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social —Ley 16/1970, de 4 de agosto—, disponía en su artículo 1º, segundo párrafo, que los menores de dieciséis años a los que se declarara en estado peligroso en los casos de los artículos 2º y 4º de la Ley —que son los que describen los “estados peligrosos”—, serían puestos a disposición de los Tribunales Tutelares de Menores.

En el Código penal de 1973 —anterior al vigente Código penal de 1995— el artículo 8.2º declaraba exento de responsabilidad penal al menor de 16 años. Si un menor de dicha edad cometía un “hecho penado por la Ley”⁸, era confiado a los Tribunales Tutelares de Menores. Para los menores comprendidos entre 16 y 18 años, el artículo 65 preveía una atenuación de la pena, aplicándole 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 indeterminado⁹, hasta conseguir la corrección del culpable¹⁰.

b) Derecho procesal penal

El inicial Tribunal Tutelar de Menores no estaba sometido a las reglas procesales aplicables en

el orden penal de la jurisdicción. Según su especial criterio y bajo su propia responsabilidad podía privar a los menores de su libertad e imponerles cualquier medida, incluso la de mayor gravedad, sin tener en cuenta criterios de proporcionalidad o de gravedad de los hechos. El único mandato a seguir a la hora de imponer las medidas era el de “actuar con razonada libertad de criterio” (artículo 16 LTTM). No se garantizaba adecuadamente el derecho de defensa del menor, ni era necesaria una exhaustiva investigación de los hechos, ni su plena acreditación. Era el Juez el que lo iniciaba, investigaba y decidía, sin intervención del Ministerio Fiscal ni de Abogado Defensor.

Con la promulgación de la Constitución se exigía la natural adecuación de la legislación a los derechos y garantías que en ella se reconocen, revisando e introduciendo los principios orientadores del proceso¹¹, concretamente los del proceso penal. Y aunque la LOPJ¹² supuso alguna adecuación al nuevo ordenamiento, el procedimiento continuó rigiéndose por el artículo 15 LTTM.

Dicho precepto, que regulaba conjuntamente el procedimiento de corrección y el procedimiento de reforma de menores, señalaba que en el procedimiento de corrección “las sesiones que los Tribunales Tutelares celebren no serán públicas y el Tribunal no se sujetará a las reglas procesales vigentes en las demás jurisdicciones, limitándose en la tramitación a lo indispensable para puntualizar los hechos en que hayan de fundarse las resoluciones que se dicten, las cuales se redactarán concisamente, haciéndose en ellas mención concreta de las medidas que hubieran de adoptarse. Las decisiones de estos Tribunales tomarán el nombre de acuerdos, y la designación del lugar, día y hora en que han de celebrarse las sesiones será hecha

7. S. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 2ª Edición, Barcelona, 1985, pág. 516, citando a QUINTERO OLIVARES, *Introducción*, pág. 206.

8. Este requisito constituía un presupuesto de la medida que podía ser impuesta al menor infractor. Sólo la realización de un injusto típico podía fundamentar cualquier tipo de injerencia en su ámbito de libertad, quedando excluidos aquellos casos de ausencia de antijuridicidad por causa de justificación, y los casos de inexigibilidad como el miedo insuperable o el trastorno mental transitorio.

9. Esta previsión fue muy criticada por cuanto suponía la posibilidad de privación de libertad por tiempo indeterminado.

10. Sobre el régimen establecido por el artículo 65 para los menores de entre 16 y 18 años dice CEZÓN GONZÁLEZ que “no podía considerarse Derecho penal juvenil, pues respondía al delito del joven con una mutación exclusivamente cuantitativa de la consecuencia jurídica (se traducía la pena en uno o en dos grados), no cualitativa por las especiales peculiaridades del sujeto activo”. C. CEZÓN GONZÁLEZ, *La nueva Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Con las reformas introducidas en el articulado de las Leyes Orgánicas 7/2000 y 9/2000*, Barcelona 2001, pág. 9.

11. Sobre la base de esos principios, y tras la aprobación de la Constitución, se realizaron varios intentos de reforma del Derecho de menores que se quedaron en simples intentos prelegislativos. Dos de los más importantes fueron el Estatuto del Menor, de 1978, y el Anteproyecto Provisional de Ley Penal de Menores, de 1985. Pero no fue hasta la Sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991, cuando se inició el verdadero proceso legislativo que culminó, casi una década después, con la reciente Ley Orgánica 5/2000.

12. En la Disposición Adicional Primera de la LOPJ, se imponía la necesidad de una reforma inminente del Derecho de Menores, y se fijaba el plazo de un año para la remisión a las Cortes de un proyecto de ley.

por el Presidente del respectivo Tribunal. Los locales en que actúen los Tribunales de Menores no podrán ser utilizados para actos judiciales". Contra este artículo se interpuso recurso de inconstitucionalidad que fue resuelto en la Sentencia de 14 de febrero de 1991 (STC 36/1991, citada *supra*) declarándolo inconstitucional con base en los siguientes razonamientos:

1.- Por ser contrario al principio de seguridad jurídica proclamado en el artículo 9.3 de la Constitución, ya que era difícilmente conciliable con una situación en que la ordenación del proceso se hacía de distinto modo dependiendo del Juzgado de que se tratase. Esa situación de inseguridad no era debida al texto del artículo 15 en sí, sino a la aplicación que del mismo se hacía, al posibilitar la exclusión de las reglas procesales que regían en otros procedimientos.

2.- Por ser contrario al artículo 24 de la Constitución, por cuanto al excluir la aplicación de las reglas procesales vigentes en las demás jurisdicciones, entre ellas las del proceso penal, no se garantizaba el respeto a los derechos fundamentales enunciados en el precepto constitucional mencionado.

Tras la STC 36/1991, para paliar el vacío legislativo generado, se aprobó la Ley Orgánica 4/1992, en virtud de la cual se cambió la denominación de la "Ley de Tribunales Tutelares de Menores", por la de "Ley Orgánica Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores"¹³. Lejos de pretender una reforma general y adecuada del sistema de menores, esta ley no iba más allá de ser una reforma parcial¹⁴ del procedimiento para adecuarlo a las exigencias de la Constitución. Esta Ley introdujo el principio de tipicidad penal, limitó la duración de las medidas y estableció un marco más flexible para la determinación de las medidas aplicables a los menores infractores de entre doce y dieciséis años. La iniciativa procesal se encomienda al Ministerio Fiscal, al que se le conceden amplias facultades para acordar la terminación del proceso que tantas consecuencias negativas puede producir en el menor. Igualmente configuraba al Equipo Técnico

como instrumento imprescindible para alcanzar el objetivo que persiguen las medidas judicialmente acordadas y terminaba configurando un procedimiento de naturaleza sancionadora-educativa, con todas las garantías derivadas de la Constitución¹⁵. También la LO 4/1992 fue recurrida por supuesta inconstitucionalidad, pero ésta no fue estimada en STC 60/1995, de 17 de marzo.

La necesidad de dictar una normativa completa en materia de responsabilidad de los menores por las infracciones penales se hizo eco en el Congreso, donde se adoptó, el 10 de mayo de 1994 y por unanimidad, una Moción sobre las "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 para realizar las funciones que tienen encomendadas". En ella se señalaba lo siguiente¹⁶:

"PRIMERO.- Establecer la mayoría de edad penal a los 18 años e incorporarlo en el próximo proyecto de ley orgánica del Código penal, condicionando su entrada en vigor a la aprobación de una ley penal juvenil.

SEGUNDO.- 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 esta materia (...).

CUARTO.- Intensificar los medios personales y materiales al servicio de los equipos técnicos de apoyo a los juzgados de menores.

QUINTO.- Intensificar las ayudas necesarias para continuar la política de formación especializada de los fiscales encargados de asuntos judiciales relacionados con los menores.

SEXTO.- 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."

13. Si bien, de manera previa a la aprobación de la Ley 4/1992, la Fiscalía General del Estado publicó la Instrucción núm. 2/1992, de 13 de febrero, sobre la intervención del Ministerio Fiscal ante la Jurisdicción de Menores. El texto de esta introducción puede consultarse en C. CONDE-PUMPIDO FERREIRO (Dir.), *Ley de la responsabilidad penal de los menores. Doctrina con jurisprudencia y comentarios*, Madrid, 2001, págs. 753 a 757.

14. A pesar de que el TC fue muy claro en el F.J. 6º, *in fine*, cuando exhorta al legislador en los siguientes términos: "hemos de subrayar la imperiosa necesidad de que, de acuerdo con lo previsto en la D.A. 1ª de la LOPJ, las Cortes procedan a reformar la legislación tutelar de menores. En tanto eso no suceda serán los propios Jueces quienes habrán de llenar el vacío producido...".

15. Exposición de Motivos, punto 2º, del Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia Juvenil, de 30 de enero de 1997.

16. Los puntos de esta Moción los recoge M. T. GISBERT JORDÁ, en "Incidencias del Nuevo Código penal en la legislación de menores", en J. M. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ (Dir.), *Menores privados de libertad*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid 1996, págs. 104-105.

Con estas orientaciones se añadía a los principios establecidos en la LO 4/1992, el de la reeducación de los menores en base a sus circunstancias personales, familiares y sociales.

2. Derecho intencional en la materia

El artículo 10.2 de la Constitución proclama que las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas en nuestro ordenamiento deberán ser interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), y los Tratados y Acuerdos internacionales ratificados por España.

En materia de responsabilidad de los menores por actos típicos existen diversas normas internacionales, de las cuales algunas no son directamente aplicables en nuestro país pues no han pasado el trámite de la ratificación. Así sucede con las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Justicia de Menores, de 29 de noviembre de 1985 (Resolución 40/33, de la Asamblea General de la ONU), también llamadas Reglas de Beijing (o de Pekín, en el anterior sistema de transcripción), o con la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 17 de septiembre de 1987 sobre la reacción social a la delincuencia juvenil. Estas normas expresan una doctrina generalmente aceptada en el ámbito del Derecho penal de menores, pero no vinculan al legislador español. A lo sumo podrán (y deberán, como así efectivamente se ha hecho en la nueva LO 5/2000) inspirar y orientar la legislación nacional propia¹⁷.

Otras disposiciones internacionales que también deben ser tenidas en cuenta son las contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, así como la Convención de Roma. Igualmente la Convención de Derechos del Niño (CDN), adoptada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989¹⁸. El artículo 40.3º.a) de esta última norma citada ordena que en el procedimiento que se articule para exigir la responsabilidad por hechos delictivos a menores¹⁹, “se res-

petarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales”, y además, se fijará una edad mínima por debajo de la cual “se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales”. En el artículo 40.2.b) se recogen los derechos y principios básicos que deberán ser garantizados en el proceso de menores:

A todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantizará **al menos** lo siguiente:

-Se le presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad.

-Será informado sin demora y directamente o cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o representantes legales de los cargos que pesan contra él y dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa.

-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 y situación y a sus padres o representantes legales.

-No será obligado a prestar testimonio o declarar culpable; 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.

-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 superior competente, independiente e imparcial.

-El niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado.

-Se respetará completamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

17. Constituyen, igualmente, normativa internacional, las siguientes resoluciones: 1) Resolución 78 sobre transformación social y delincuencia juvenil, de 29 de noviembre de 1978, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, 2) Reglas para la protección de los menores privados de libertad (Resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990, de la A.G. de la O.N.U.), 3) Directrices para la prevención de la delincuencia juvenil, Directrices de Riad (Resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990, de la A.G. de la O.N.U.). Las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre medidas no privativas de libertad, conocidas como Reglas de Tokio, adoptadas por la A.G. de la O.N.U. en su Resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990, si bien no son normativa específica del Derecho de menores, en su artículo 4 se incluye una “Cláusula de salvaguardia” por la que se pretende que ninguna de las reglas contenidas en dichas reglas mínimas será interpretada de modo que excluya la aplicación de las Reglas mínimas de Beijing.

18. Instrumento de ratificación de 30 de noviembre de 1990, BOE núm. 313, de 13 de diciembre.

19. A pesar de que en el artículo 40.3º.a) se habla de procedimiento, en el siguiente artículo, el 40.3º.b), especifica que sería “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”.

3. Situación posterior a la aprobación del Código Penal de 1995

El punto de partida del presente apartado lo constituye la Moción aprobada en el Congreso en mayo de 1994, a la que ya se ha hecho referencia²⁰, de la que fueron consecuencia directa los artículos dedicados a la responsabilidad del menor en el Código penal de 1995. Estos artículos son varios. En primer lugar el artículo 19 según el cual: "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"²¹.

En segundo lugar, el artículo 69 que establece la posibilidad de aplicación del Derecho de menores hasta los veintiún años: "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"²².

Por último, la Disposición Transitoria Duodécima fijaba el régimen transitorio que debía, y debe ser aplicado, hasta la entrada en vigor de la ley específica que regulara la materia: "hasta la aprobación de la ley que regule la responsabilidad penal del menor, en los procedimientos que se substancien 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 Meno-

res, 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"²³.

Por su parte, la Disposición Final Séptima exceptúa de la entrada en vigor el artículo 19, ya transcrito, hasta tanto adquiera vigencia la Ley que regule la responsabilidad penal del menor a que se refiere dicho precepto, mientras que la Disposición Derogatoria Única establece que, el texto refundido del Código penal de 1973 queda derogado salvo los artículos 8.2º, 9.3º, la regla 1ª del artículo 20 en lo que se refiere al número 2º del artículo 8, el segundo párrafo del artículo 22, 65, 417.bis y las D.A. 1ª y 2ª de la LO 3/1989, de 21 de junio.

Así pues, aun después de la entrada en vigor del nuevo Código penal en 1996, subsistía para las infracciones cometidas por menores el régimen que se establecía en el anterior Código. Los menores de 16 años quedaban exentos de responsabilidad criminal y sujetos a los Tribunales Tutelares de Menores (entiéndase Jueces de Menores), y los menores de 18 pero mayores de 16 gozaban de la atenuante de minoría de edad. Éste era el régimen que existía hasta la entrada en vigor de la LO 5/2000, si bien hubo cierto sector doctrinal que en un intento de aproximar la legislación de menores a las directrices internacionales elaboró una segunda interpretación de las disposiciones citadas del Código penal vigente. Esta segunda interpretación²⁴ predicaba que cuando el artículo 19 y la

20. Vid. *supra* epígrafe 1.1.2.2.

21. La introducción de un artículo de semejante contenido en el Código penal recibió, por parte de la doctrina, una excelente crítica por cuanto suponía abandonar definitivamente la presunción *ius et de iure* de inimputabilidad del menor de edad civil, "dejando la cuestión de la posible responsabilidad penal del menor, exigible conforme a su legislación específica". Vid. J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, "Imputabilidad y nuevo Código penal", en CERZO MIR *et al.* (Eds.), *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada, 1997, pág. 304. El artículo es igualmente alabado pues otorga una autonomía sistemática de la eximente de menor edad respecto del resto de eximentes previstas en el artículo 20. J. J. TASENDE CALVO, "Autoría y participación en los delitos cometidos por menores de edad", en *Justicia con Menores: Menores infractores y Menores Víctimas*, M. T. MARTÍN LÓPEZ (Coord.), Cuenca, 2000, pág. 171. En sentido contrario, y partidaria de su inclusión junto con el resto de causas de exención de la responsabilidad criminal en el artículo 20, A. MATALLÍN EVANGELIO, "La capacidad de culpabilidad de los sujetos sometidos a la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores", en *Estudios penales y criminológicos*, XXII, 2000, pág. 93.

22. La disposición final séptima del Código penal de 1995 difería la entrada en vigor del artículo 19 del Código hasta el momento en que adquiriera vigencia la ley que regulara la responsabilidad penal del menor. Sin embargo, nada particular decía sobre la entrada en vigor del artículo 69, así que éste entró en vigor junto con el resto del Código, si bien, condicionada su aplicación a una inexistente ley especial para menores. Curiosamente, cuando en el año 2000 se promulgó y publicó la LO 5/2000, su disposición final séptima, apartado primero dispuso la entrada en vigor, junto con la totalidad de la Ley, de los artículos 19 y 69 del Código penal. Sobre la posibilidad real de aplicación de la LO 5/2000 a los jóvenes de entre dieciocho y veintiún años, vid. *infra* epígrafe 3.5.2.2., al hablar de las reformas introducidas por las LO 9/2000 y 9/2002.

23. Esta disposición fue incluida en el Código penal, a última hora, cuando se comprobó definitivamente la imposibilidad de aprobar la legislación específica de menores antes que el Código penal. GISBERT JORDÁ. Vid. "Incidencias del Nuevo Código penal...", págs. 110-111. Sobre los problemas que plantea este precepto vid. J. M. SILVA SÁNCHEZ, "V. El régimen de la minoría de edad penal (artículo 19)", en *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997, págs. 176-177.

24. De esta vertiente interpretativa es un claro exponente, y principal defensora, GISBERT JORDÁ. Vid. "Incidencias del Nuevo Código penal...", págs. 119 a 123.

D.T. 12ª hacen referencia a la “ley que regule la responsabilidad penal del menor” no existía ningún inconveniente en entender que la remisión normativa podía completarse con la vigente LO 4/1992, cuyo ámbito material de aplicación se extendería también sobre los menores de 18 y mayores de 16 años. Sin embargo, y pese a las buenas intenciones de tal interpretación, ésta no fue acogida ni por la mayoría doctrinal²⁵, ni por la Fiscalía General del Estado²⁶.

En definitiva, el régimen penal aplicado finalmente a los menores de edad comprendida entre los 16 y los 18 años fue, efectivamente, el contenido en el Código penal de 1973, tal y como se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de mayo de 1999, que se transcribe a modo de ejemplo:

“El Código penal dispuso la exención de responsabilidad para los menores de 16 años —art. 8.2º— y su atenuación cualificada para los menores de 18 años —arts. 9.3 y 65—. Por su parte, el Código penal de 1995 en su artículo 19 ha extendido a los menores de 18 años la irresponsabilidad criminal, aunque sin perjuicio de lo que pueda establecerse con arreglo a lo dispuesto en la Ley que regule la responsabilidad penal del menor. Referencia normativa que su art. 69 también recoge al prever que al mayor de 18 años y menor de 21 puedan aplicársele las disposiciones de la ley penal del menor en los casos y con los requisitos que ésta disponga. De este modo la Ley de la responsabilidad penal del menor se configura como el único texto que habrá de regular la de los menores de 18 años, pero con la posibilidad de extender también sus previsiones normativas en determinados casos y con determinados requisitos, todavía inéditos²⁷, a los menores de 21 años, sometidos en principio desde los 18 años al Código. Es de ver que el nuevo sistema descansa sobre una Ley todavía no promulgada, lo que justifica que el CP 1995 haya retrasado hasta ese momento futuro la entrada en vigor de su art. 19 —disp. Final

7ª—, y que para evitar un vacío normativo, mantenga la vigencia por ahora de los arts. 8.2, 9.3, y 65 CP, exceptuándolos de la derogación ordenada en su disp. derog. 1ª. En definitiva, antes y después de entrar en vigor el CP 1995 el régimen legal de exención y atenuación de responsabilidad criminal por razón de la edad era y sigue siendo en la actualidad el establecido en el Código penal derogado.”

4. Los proyectos de la Ley de Menores

Como consecuencia del “mandato²⁸” que el Tribunal Constitucional realizó en la Sentencia 36/1991, y aunque con un poco de retraso respecto de la misma, se inició el largo proceso legislativo en materia de menores hasta desembocar, seis años después, en la presente LO 5/2000. El primer paso se dio con la ya citada Moción adoptada en el Congreso en mayo de 1994, en la que se recogieron los principios guía de la futura legislación de menores. Sin embargo, y pese a que fue un buen inicio, el proyecto quedó en tentativa, y durante un largo período de tiempo —concretamente hasta la aprobación final de la LO 5/2000— no pasó de ser una “declaración de buenas intenciones” incapaz de verse reflejada en derecho positivo vigente. A esta moción le siguió toda una serie de textos de anteproyectos y proyectos legislativos que se detallan a continuación.

a.- *Anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menor, de 27 de abril de 1995*²⁹: La estructura de este proyecto se basaba en una división tripartita, en tres Títulos. El primero, regulador de las disposiciones generales, el segundo sobre el enjuiciamiento del menor o joven, y el tercero relativo a la ejecución de las penas y medidas. Esta división respondía, según el mismo anteproyecto, a la adecuación de los tres momentos de la relación punitiva: 1) antes de cometerse el delito —previsión de las conductas típicas y consecuencias aplicables—, 2) antes de que se dictara Sentencia —relación pu-

25. Entre otros, SILVA SÁNCHEZ resalta que, “lamentablemente, tan bien intencionada interpretación” no tiene en cuenta, en el plano formal, que por la acción de la Disposición Derogatoria del Código penal se mantienen en vigor los artículos del Código penal de 1973 que regulaban el tratamiento penal del menor de edad, mientras que en el plano material, los preceptos de la LO 4/1992, particularmente el régimen de consecuencias jurídicas, “son, en términos político-criminales, absolutamente inadecuados para hacer frente a la delincuencia de sujetos de hasta dieciocho —y, eventualmente, hasta veintiún años—” (en cursiva en el original). Vid. J. M. SILVA SÁNCHEZ, “V. El régimen de la minoría de edad penal...”, págs. 162-163.

26. En la Circular de la FGE sobre “Régimen transitorio del nuevo Código penal: su incidencia en el enjuiciamiento de hechos anteriores”, recogiendo el sentir de la mayoría doctrina citado, se decía expresamente: “El artículo 19 no ha entrado en vigor, según declara el párrafo 2 de la DF 7ª. La Ley reguladora de la Responsabilidad Penal del menor a cuya vigencia se supedita la eficacia del citado artículo 19, es una ley futura y no la vigente Ley Orgánica 4/1992 reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores”.

27. Téngase en cuenta la fecha de la Sentencia, anterior a la promulgación de la LO 5/2000.

28. Vid. *supra* epígrafe 1.1.2.2.

29. Texto editado por el Ministerio de Justicia e Interior.

nitiva entre el Estado, actuando a través de la jurisdicción, y el menor delincuente, y acatando toda una serie de normas de naturaleza procesal—, y **3)** en el momento del cumplimiento de la Sentencia de condena —satisfacción de la responsabilidad penal del menor procurando garantizar los principios de integración social y desarrollo adecuado de la personalidad—³⁰.

*b.- Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia Juvenil, de 30 de octubre de 1996*³¹: En este anteproyecto se fija ya toda una serie de principios orientadores de la legislación del menor, a saber: **1)** responsabilidad de naturaleza no penal, sino sancionadora educativa —responsabilidad de carácter social, según dice el artículo 2.1º del anteproyecto—, **2)** Instauración de un proceso garantista y adecuado a los preceptos constitucionales, **3)** establecimiento de límites de edad para exigir responsabilidad a los menores, de conformidad con lo establecido en la Convención de los derechos del niño, **4)** inspiración en los antecedentes legislativos, nacionales e internacionales, más positivos habidos en la materia, en particular de la en la LO 4/1992, y la CDN, **5)** establecimiento de un régimen específico para los menores con problemas especiales —así, en casos de enajenación, conductas violentas...— y posible aplicación de la legislación de menores a los sujetos de edad comprendida entre los 18 y los 21 años cuando así lo estime conveniente el órgano judicial, y **6)** las medidas previstas en la ley atenderán al interés del menor, permitiéndose la aplicación flexible del hecho tipificado en el Código penal³².

*c.- Proposición de Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor, de 29 de noviembre de 1996 (presentada por el Grupo Socialista del Congreso)*³³: Pretende esta proposición, ser una norma penal, procesal y penitenciaria para menores, que regule cuándo y en qué medida respondan los menores cuya edad se encuentra entre los 14 y los 18 años. A su vez, y dentro de este intervalo, se fijan consecuencias distintas para los hechos típicos de los mayores de 16 y menores

de 18, y para los mayores de 14 y menores de 16, por entender que el grado de madurez ha de ser siempre factor decisivo en aplicación de la ley de menores. Los fines de la exigencia de responsabilidad a estos menores serán dos, de un lado la integración del menor en la sociedad y, de otro, la reparación del daño causado³⁴.

*d.- Anteproyecto Ley Orgánica de Justicia Juvenil, de 30 de enero de 1997*³⁵: Este proyecto pretende dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 19 del Código penal, pero matizando que una Ley sancionadora con naturaleza primordialmente educativa es suficiente para dar una respuesta socialmente adecuada a los menores infractores. Además, se considera que las acciones típicas cometidas por menores de 12 y 13 años son, generalmente, irrelevantes. Por ello bastará igualmente con una respuesta educativa y en el ámbito familiar, sin intervención del aparato judicial sancionador del Estado. Así, los principios que guían la redacción del anteproyecto son: **1)** la naturaleza no penal, sino sancionadora educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los menores infractores, **2)** el reconocimiento expreso de todas las garantías constitucionales y de la exigencia de respeto estricto al interés del menor, **3)** la diferenciación de diversos tramos a efectos procesales y sancionadores en la categoría de menores de edad infractores, **4)** la flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas a tomar en el caso concreto, **5)** la competencia de las entidades autonómicas de protección de menores para la ejecución de las medidas judicialmente impuestas, pero control judicial de la misma³⁶.

*e.- Anteproyecto de Ley Orgánica reguladora de la justicia de menores de 1 de julio de 1997*³⁷: Este anteproyecto constituye el desarrollo del anteriormente analizado, y responde a las mismas características y principios básicos, insistiendo en la orientación educativa y el interés del menor infractor.

*f.- Proyecto de Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad penal de los menores, de 3 de noviembre de 1998*³⁸: En este proyecto se producen

30. Memoria Explicativa del Anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menor, de 27 de abril de 1995, págs. 6-8. Un desarrollo completo de este texto puede encontrarse en J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, y E. GIMÉNEZ-SALINAS, "Situación actual y perspectivas de futuro del tratamiento de los infractores juveniles en España", en *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, V. I., Valencia, 1997, págs. 553-563.

31. Texto editado por el Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. La autoría de este anteproyecto se atribuye a A. GARCÍA PABLOS, F. PANTONA y V. GARRIDO GENOVÉS.

32. Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia Juvenil, de 30 de octubre de 1996.

33. B.O.C.G., Congreso de los Diputados, VI legislatura, Serie B, Núm. 71-1.

34. Exposición de Motivos de la Proposición de Ley Orgánica de la responsabilidad penal del menor, de 30 de enero de 1997.

35. Texto editado por el Ministerio de Justicia.

36. Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia Juvenil, de 1 de julio de 1997.

37. Texto editado por el Ministerio de Justicia.

38. B.O.C.G., Congreso de los Diputados, VI legislatura, Serie A, de 3 de nov. de 1998, Núm. 144-1.

cambios esenciales en la regulación de la responsabilidad de los menores para adecuarlo a las directrices que el Consejo General del Poder Judicial emitió en relación al anterior anteproyecto³⁹. Por ello, otorgándole carácter penal a la responsabilidad de los menores, establece ciertas matizaciones y diferencias con respecto al Derecho penal de adultos. Para los menores, lo que prima es la intervención educativa, que influirá en todos los aspectos de la regulación jurídica, y que determinará un cambio importante en el sentido y procedimiento de las sanciones previstas para ambos casos. Por otro lado, rebaja la edad mínima para la exigencia de responsabilidad penal al menor de 13 años. El resto de principios orientadores quedan igual que en el anteproyecto de 3 de noviembre de 1997⁴⁰.

II. La cuestión de la naturaleza jurídica del “derecho penal de menores”

1. Consideraciones previas

A) Posibles calificaciones

Es ésta una cuestión debatida entre los que opinan que la responsabilidad de los menores de edad tiene que ser penal —pero siempre respetando el mandato de la CDN que obliga a fijar una edad mínima por debajo de la cual se entiende que el menor de edad no puede ser responsable penalmente— y los que opinan que no tiene que serlo en ningún caso por debajo de la minoría de edad civil.

Esta división de opiniones es más trascendente de lo pueda pensarse, ya que, dependiendo de la naturaleza que se otorgue a la responsabilidad, las medidas que se impongan tendrán una función y unas finalidades distintas. Sin embargo, en una especie de criterio unificador, y con independencia de la naturaleza que se le otorgue a la responsabilidad, puede notarse que, actualmente, tanto en un caso como en otro, los fines que doctrinal-

mente se pretenden con las medidas aplicables vienen revestidos del mismo espíritu respecto del futuro desarrollo del menor⁴¹.

Además, a esto tiene que añadirse, que los problemas sólo surgen en relación a la naturaleza de la responsabilidad, ya que, como se ha proclamado en la normativa internacional, sea cual fuere el procedimiento escogido para la exigencia de la responsabilidad, éste deberá respetar siempre y en todo caso, las garantías constitucionales que legalmente se hayan previsto para los procedimientos jurisdiccionales de exigencia de responsabilidad. Así, en el caso concreto de España, serían los principios y derechos fundamentales emanados del artículo 24.2 de la Constitución, aplicables no sólo al Derecho penal, sino también, por vía interpretativa a la potestad sancionadora de la Administración —manifestaciones, ambos, del *ius puniendi* del Estado—.

Esta aplicación de las garantías procesal-penales es lógica dado que el procedimiento de menores se abriría por la comisión de un hecho típico previsto y penado por el Código penal, pero no tendría que derivar directamente en la consideración de la responsabilidad del menor como de naturaleza penal, como así se ha interpretado por algún sector. En efecto, antes de realizar tal afirmación debería pensarse más si la consecuencia jurídica a imponer va a poder ser de naturaleza penal o si, por el contrario, no puede ser encuadrada dentro de ella y hay que crear una nueva categoría de consecuencia jurídica, sometida a los principios constitucionales que limitan la aplicación de las consecuencias penales. Por otra parte, lógica es la aplicación o reenvío a los tipos penales del Código penal, dada la **unidad valorativa del ordenamiento jurídico**, y la consideración de la tipicidad penal como puerta de entrada a la antijuridicidad. Es decir, que antijurídicas son las conductas típicas previstas conforme al Derecho penal mínimo, y prever nuevos tipos iría en contra de esa unidad a la hora de seleccionar valores y prohibir conductas⁴².

En definitiva, la cuestión de la naturaleza jurídica de la responsabilidad es importante para saber si se tienen que cumplir o no, y en qué medi-

39. Vid. *infra* epígrafe 2.5.

40. Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores, de 3 de noviembre de 1998.

41. Lamentablemente no ha ocurrido así en el plano legislativo, pues con las modificaciones que se introdujeron en la LO 5/2000, a través de las LO 7 y 9/2000, se abandonaron los criterios educativos, sustituyéndolos por criterios puramente retributivos y preventivos.

42. Todo ello teniendo en cuenta la imposibilidad para un menor de cometer un gran número de tipos previstos en la parte especial del Código penal, p.e., delito de prevaricación o delitos societarios, por lo que en diversos ordenamientos jurídicos se ha optado por un sistema de “*numerus clausus*” o de listados de delitos incluidos en el ámbito de la legislación de menores. Por otra parte, cuando se hace referencia a la unidad valorativa del ordenamiento, se hace con la intención de establecer una prohibición a la creación de nuevos tipos, pero a la redacción adecuada de éstos en el caso en que el sujeto activo sea un menor de edad.

da, la función y los fines del Derecho penal y de la pena. También lo es porque la Constitución prohíbe la privación de libertad si no es por pena, ya que según el artículo 25.3 “la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privaciones de libertad”. Desde este precepto podrían declararse inconstitucionales posibles medidas privativas de libertad para el menor, si no se considerara que su responsabilidad, y el derecho aplicable a su exigencia, es de naturaleza penal, y sólo podrían ser aplicadas tales medidas por órganos del orden jurisdiccional penal.

Pero antes de abordar esta problemática hay que hacer referencia a un inicial obstáculo que supondría afirmar la responsabilidad penal de los menores y, consiguientemente, la existencia de un Derecho penal de menores.

La cuestión es si puede el Derecho penal diversificarse y clasificarse según sus destinatarios. La respuesta debe ser afirmativa, si bien matizando que la diversificación, además de ser inicialmente prevista en el momento legislativo, pero de una manera genérica —por ejemplo, previsión de las medidas de seguridad según el sujeto sea o no imputable—, tendrá su mayor relevancia en el momento aplicativo y de ejecución, donde el órgano judicial encargado de la aplicación del Derecho penal al caso concreto no podrá perder de vista las circunstancias que rodean al sujeto infractor. Afirmada, pues la existencia, e incluso la necesidad de diversificación del Derecho penal según sus destinatarios, cabe ahora plantearse la oportunidad del Derecho penal de menores⁴³.

En efecto, si se afirma la **naturaleza penal** de la responsabilidad, la función⁴⁴ de las medidas impuestas sería la misma que se otorga a la pena en el Derecho penal —la protección de los bienes jurídicos que se consideran dignos y necesarios de recibir la tutela penal— y los fines de las mismas serían, la retribución y la prevención, si bien más marcada la prevención especial, la reeducación y la reinserción del menor en la sociedad. También podría considerarse que las medidas previstas para los menores son análogas a las medidas de seguridad previstas para los inimputables adultos. En este caso, el fin de retribución desaparecería

totalmente, exacerbándose la función de prevención especial. Actuarían como límites, el hecho cometido (sólo existirá medida cuando se haya probado la comisión de un hecho típico), y el sujeto (en todo caso, no se podrá imponer mayor medida de la pena que correspondería al delito concreto si el sujeto no hubiera sido inimputable). La esencial diferencia entre unas y otras es que las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se imponen, exteriorizada en la comisión de un delito⁴⁵. Peligrosidad que no tiene que ser el fundamento único de la medida impuesta al menor.

Si se afirmara que la responsabilidad del menor no tiene naturaleza penal, tendríamos que definir, entonces, qué tipo de responsabilidad debe otorgarsele para saber si el Derecho de Menores tiene carácter sancionador o no.

En el caso en que se considerara el **carácter sancionador** la actividad de los órganos jurisdiccionales constituiría una tercera manifestación del *ius puniendi* estatal, junto con la aplicación de penas por el Juez, y la aplicación de sanciones de los órganos administrativos. La competencia de la jurisdicción en estos casos sería comprensible porque la responsabilidad derivaría de conductas con relevancia penal, que deberían ser verificadas de la misma manera y por órganos de igual condición que en los casos de exigencia de responsabilidad penal de adultos, ya que, en los casos de imputación de las conductas antisociales más graves, es necesario determinarlas y probarlas con todas las garantías que el poder judicial y sus órganos poseen. Además, si no fueran competentes los órganos de la jurisdicción serían inconstitucionales las medidas privativas de libertad. Lógicamente, las medidas previstas como consecuencias jurídicas de la verificación de las conductas tendrían carácter de sanción y buscarían el restablecimiento del ordenamiento jurídico vulnerado.

Por último, podría considerarse que la **responsabilidad** del menor no es, ni siquiera, de naturaleza sancionadora, sino **social por el hecho cometido**. En este caso, la justificación de la intervención de los órganos jurisdiccionales se haría en los mismos términos que los expuestos para el caso de naturaleza sancionadora, pero las

43. “Hoy en día —escribe Miguel Ángel BOLDOVA— existe el convencimiento de que el adulto y el menor representan realidades diferentes. En efecto, el menor no es, sin más, un pequeño adulto, sino que es distinto del adulto, con un rasgo social propio, una personalidad definida y diferente (en constante y vertiginosa evolución), que vincula la política social, y, por ende, la política jurídica. Así el Derecho está obligado a asumir tales diferencias en la materia de su regulación. De ahí que también el Derecho penal deba aceptar esas diferencias estableciendo un Derecho penal del menor distinto al Derecho penal de adultos, específico de aquél y de su singular status social”. Citado por I. SERRANO BUTRAGUENO, *Comentarios al Código penal de 1995*, edit. Comares, Granada 1998, pág. 258.

44. Partiendo del sistema objetivo-valorativo y de protección de valores.

45. Artículo 6º del Código penal vigente.

medidas previstas tendrían que ir exclusivamente dirigidas a la reeducación e integración del menor en la sociedad.

Lo hasta ahora expuesto sería las opciones, que a mi juicio, existen a la hora de dotar de naturaleza a la responsabilidad de los menores por conductas penalmente típicas. Pero ello no quita para que puedan realizarse “combinaciones”, y prever, de manera ecléctica, que la responsabilidad es sancionadora educativa, en el bien entendido de que la caracterización de “ecléctica” no es sino tener en cuenta las específicas necesidades del Derecho penal del menor.

Esta solución es, en definitiva, la que se ha adoptado en la Ley Orgánica 5/2000 en la que, mezclando todos los conceptos, seguramente para dejar contentos a unos y a otros, se ha pretendido configurar la Ley bajo el principio de la **“naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores de edad”**. Sobre la nueva Ley se hablará en un epígrafe posterior, pero sirva de adelanto en este punto el que, “hábilmente”, el legislador omitió decir expresamente en la Exposición de Motivos que la responsabilidad es penal, e igualmente lo omitió en el artículo 1º al hacer la declaración general, a pesar de que el título de la Ley es “reguladora de la responsabilidad penal de los menores”. También es cierto, que hoy por hoy ya nadie duda de que la responsabilidad finalmente regulada, es de naturaleza jurídico-penal.

B) Las dos vías doctrinales

Las posiciones doctrinales en torno a la naturaleza de la responsabilidad del menor infractor de la Ley penal parten del previo estudio de la culpabilidad como elemento integrante de la imputación delictiva. Así, para imponer al autor de una acción u omisión antijurídica una pena hay que analizar hasta qué punto ese sujeto fue culpable del acto realizado. Dependiendo de la culpabilidad en las acciones del menor, éste quedará incluido o excluido del Derecho penal. Es necesario, por ello, analizar los presupuestos de la culpabilidad que, en los menores, se concretan en el estudio de las condiciones necesarias para que pueda existir un juicio penalizador de reproche. Los elementos que configuran la capacidad de ser culpable son recogidos en el concepto de “imputabili-

dad”. No es objeto del presente trabajo buscar una definición adecuada de la imputabilidad, y de su contrario, la inimputabilidad, pero sí es necesario remarcar que los que afirmen la responsabilidad penal del menor considerarán que éste es imputable, y los que la nieguen lo considerarán inimputable.

En el segundo sentido de los descritos se pronuncia RÍOS MARTÍN⁴⁶, quien establece cuatro motivos para negar responsabilidad penal al menor infractor: **a)** la inculpabilidad —por faltar el elemento esencial de la imputabilidad—, **b)** la minoría de edad como interés jurídico protegido —para proteger eficazmente a los menores es imprescindible no someterlos al Derecho penal, sino a un Derecho educativo-responsabilizador—, **c)** la influencia negativa de la intervención de las instituciones penales de control social en los menores infractores —efecto estigmatizador—, y **d)** el incumplimiento e ineficacia de los fines de la pena en el Derecho penal de menores —prevención especial, general y defensa social—.

Por su parte, los que se pronuncian afirmando la responsabilidad penal del menor infractor alegan que reconocer que los menores son, en principio, responsables de sus actos, significa reconocer simplemente que sus acciones les pertenecen y que están dotadas de sentido para ellos y para los demás. Significa no romper artificialmente con la presunción de responsabilidad que se ha tenido durante todas las etapas de su vida y en las instituciones socializadoras y educativas primarias y familiares, en las que se partía siempre de la base de la conciencia de prohibición en el menor. Ello, porque dicha presunción de responsabilidad es fundamental en las relaciones humanas. Así, según DE LEO⁴⁷, “es un absurdo que pocos captan el hecho de que, tras haber sido considerado substancialmente responsable de las propias acciones en todas las anteriores fases evolutivas, en el contexto normativo de la familia y de la escuela, el muchacho vea puesto en duda el ligamen entre él y sus propios comportamientos en el contexto social, en un momento en el que él se considera casi ‘grande’, casi ‘adulto’”. Evitar la cárcel al menor es algo loable, oportuno y lógico, pero no sobre la base de ausencia de responsabilidad. En todo caso, se deberá articular una respuesta penal adecuada a las circunstancias de la minoría de edad, una respuesta penal pero no represiva, dotada del contenido educativo necesario

46. C. RÍOS MARTÍN, *El menor infractor ante la Ley penal*, Granada, 1993, págs. 198 y sigs.

47. G. DE LEO, *Azione deviante, responsabilità e norma: proposta per un nuovo schema concettuale*, en DE LEO, G., y colaboradores: *L'internazione deviante*, Milán 1981. Citado por C. GONZÁLEZ ZORRILLA en “Minoría de edad penal, imputabilidad y responsabilidad”, en *Documentación jurídica*, enero-diciembre, Madrid 1983. Del mismo autor *La justicia de menores*, C. GONZÁLEZ ZORRILLA (Trad.), Barcelona, 1985.

para socializar al menor infractor y, al mismo tiempo, continente de la restricción de derechos que toda sanción debe llevar aparejada.

Desde mi particular punto de vista, partiendo de la base de que la responsabilidad que se articule derivará siempre de la comisión de un hecho típico penal, me decanto por ofrecer igual naturaleza a la responsabilidad que se exija al menor por dos razones: en primer lugar porque no creo que pueda presumirse *iuris et de iure* la inimputabilidad al menor de 18 años por el simple hecho de su edad física⁴⁸. Así, nos encontramos con que a partir de cierta edad el menor es perfectamente consciente de sus actos y del sentido que a ellos le otorga⁴⁹. En segundo lugar, porque puestas a articular una responsabilidad sancionadora por el hecho cometido mejor que ésta sea penal ya que en ese caso tendrá que estar revestida de todas las garantías y principios fundamentales que rodean al Derecho penal, bajo pena de inconstitucionalidad. Además, en el caso en que la responsabilidad articulada sea la penal, también deberán aplicarse las causas eximentes de la misma conforme a las disposiciones del Código penal, cuando así sea oportuno, y entre ellas la de inculpabilidad por inimputabilidad.

C) Breve reseña a la regulación en Alemania⁵⁰

En Alemania el artículo 19 del Código penal —StGB—, declara inimputables o incapaces de culpabilidad, a efectos penales, a los menores de 14 años. Con respecto a ellos se adoptarán, o medidas civiles, o las medidas previstas en la Ley de Bienestar Juvenil (JWG).

Los mayores de 14 y menores de 18, serán responsables penalmente si, según su desarrollo moral y mental, poseen suficiente madurez para captar lo injusto del hecho y actuar de acuerdo con esa comprensión. La responsabilidad penal del menor depende, pues, de que éste tenga suficiente *capacidad de entendimiento* y suficiente *capaci-*

dad de acción o adecuación de la voluntad al entendimiento⁵¹. Esta exigencia de responsabilidad penal no se hace conforme al Código penal, sino de conformidad con la Ley Penal Juvenil⁵². También puede ser aplicada la Ley penal juvenil —Ley de Tribunales para la Juventud (JGG)— a los menores adultos, es decir, aquellos sujetos cuya edad está comprendida entre los 18 y los 21 años.

Respecto de las medidas a adoptar, éstas pueden ser medidas formativas —son medidas educativas, tales como instrucciones, asistencia formativa o formación correctiva obligatoria—, medidas disciplinarias o correctivas —sanción que procede cuando el Juez entienda que con las medidas formativas no es suficiente (amonestación, reparación del daño, o arresto juvenil)— o pena juvenil (prisión de hasta diez años). Las dos últimas medidas citadas sólo se imponen si con las medidas formativas o educativas no fueran suficientes.

2. La normativa internacional

A) Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (ONU)

El artículo 10, punto 2.b), y punto 3 del Pacto, que está dedicado a los menores en procesamiento, y a los que ya han sido procesados conforme a la Ley penal y procesal-penal, contiene la siguiente normativa. En caso de procesamiento, los menores estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los Tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento. Y en caso de que ya exista condena, el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los menores penados. En los establecimientos penitenciarios estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.

48. En este aspecto soy partidaria, junto con DE LA CUESTA ARZAMENDI, de entender que la edad establecida por el Código penal en los 18 años es más un "límite personal a la aplicación del Código" que una "propia y verdadera causa de inimputabilidad". J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, "Imputabilidad y nuevo Código penal", pág. 304.

49. Esta idea se recoge en el Proyecto alternativo aprobado el 23 de abril de 1999, en el que se establecía como primer principio genérico de la legislación de menores, y resumen de lo expuesto, evitar un "punto de partida paternalista". Grupo de Estudios de Política Criminal, *Un proyecto alternativo a la regulación de la responsabilidad penal de los menores*, Valencia, 2000, pág. 14.

50. Sobre la regulación alemana, P. A. ALBRECHT, *El Derecho penal de Menores*, edit. PPU, Colección "El sistema Penal", Barcelona, 1990, traducción al castellano de Juan BUSTOS RAMÍREZ. J. L. MANZANARES SAMANIEGO, "La legislación penal juvenil en Alemania", en J. M. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ (Dir.), *Menores privados de libertad*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid 1996, págs. 83 a 100.

51. I. SERRANO BUTRAGUENO, *Comentarios al Código penal de 1995*, edit. Comares, Granada, 1998, pág. 259.

52. La vigente Ley de los Tribunales para la Juventud, promulgada el 11 de diciembre de 1984, fue modificada el 30 de agosto de 1990. V. CERVELLÓ DONDERIS, y A. COLÁS TURÉGANO, *La responsabilidad penal del menor de edad*, Madrid, 2002, pág. 24.

La responsabilidad que se regula en esta normativa internacional es, claramente penal, dando reglas de procesamiento, enjuiciamiento y ejecución de condenas que deberán ser cumplidas cuando el sujeto de la relación punitiva sea menor de edad. Sin embargo, no se dice en ningún precepto que la responsabilidad no pueda ser de otra naturaleza que no sea penal.

B) Resolución 78, sobre transformación social y delincuencia juvenil, de 29 de noviembre de 1978, del Comité de Ministros del Consejo de Europa

Esta normativa, que no tiene carácter obligatorio para los Estados Miembros sino que tiene el carácter de simple recomendación, pretende establecer principios comunes de la política penal relativa a la juventud. Para ello da toda una serie de directrices, e invita a los Estados a recogerlas en sus correspondientes derechos internos. Estas directrices, entre otras cosas, van encaminadas a revisar las sanciones y medidas de imposición y reforzar su carácter educativo y socializador, limitar las privaciones de libertad y desarrollar medios de tratamiento en libertad, prestar mayor interés a la asistencia de los jóvenes en el tratamiento institucional y desarrollar acciones de formación de las instituciones de menores a fin de modificar las actitudes represivas.

Estamos, pues, ante una normativa que tampoco define la naturaleza de la responsabilidad del menor, sino que fija pautas de orientación y principios informadores de la fase de ejecución de las medidas impuestas a menores. Son directrices de política criminal en las que tampoco se hace referencia a un posible procedimiento de naturaleza no penal.

C) Reglas de Beijing. Resolución 40/33, de 29 de noviembre de 1985

En el artículo 1.3º, se fija como una de sus orientaciones fundamentales, la concesión de la debida importancia a la adopción de medidas concretas para movilizar todos los recursos disponibles, incluyendo a la familia, a los voluntarios, a grupos comunitarios, a las escuelas y a otras instituciones sociales, con la finalidad de reducir la necesidad de intervenir con arreglo a la ley y de someter a tratamiento efectivo, humano y equitativo al menor que tenga problemas con la ley.

Entre las definiciones que se otorgan en el artículo 2.2º, establece que "menor" "es todo niño

o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto". "Menor delincuente" será todo niño o joven "al que se le ha imputado la comisión de un delito o se le ha considerado culpable de la comisión de un delito". Así pues, en principio se habla de castigo, pero después se matiza que tendrá que ser diferente al castigo que pueda aplicársele a un adulto. Con ello, sin dejar clara la naturaleza de la responsabilidad en que incurre el menor delincuente, se afirma que en todo caso, la consecuencia que recaiga por el hecho cometido tendrá que ser diferente de la pena de adultos. En ningún caso se impondrá la pena capital, ni penas corporales, y el confinamiento en establecimientos penitenciarios será el último recurso a adoptar, y por el plazo más breve posible⁵³. Estas penas son las que pueden tener un mayor grado de retribución y castigo, por ello no deberán imponerse a los menores. Además, en el artículo 4 se establece que "en los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan a la madurez emocional, mental e intelectual". Con ello, no quiere decirse que tenga que existir una responsabilidad penal de menores, sino que, en el caso en que cualquier ordenamiento interno nacional la prevea, ésta deberá fijar un límite por debajo del cual se entienda que tal responsabilidad no puede existir debido a la falta de madurez intelectual del menor.

Sobre este conjunto de reglas se ha señalado que se debería "modificar el vocabulario técnico que se emplea y establecer de forma clara y terminante que no son de aplicación las normas del Derecho Procesal Penal, sino las propias del Derecho de Menores y excluir cualquier forma de tratamiento de naturaleza represiva y punitiva, enfatizando en su carácter proteccional y formativo integral educativo, reeducativo, de integración y rehabilitación social, y en cuanto se enmarca en el término maestro y universal de que por niño y/o menor se entiende, todo ser humano hasta los dieciocho años"⁵⁴. Pero prever disposiciones de Derecho internacional en tal sentido sería claramente optar por un sistema de regulación de la responsabilidad de los menores que no dejaría apenas margen de opción legislativa a los Estados soberanos.

53. Artículo 17.2º, y 3º, y artículo 19.

54. R. SAJÓN, *Derecho de Menores*, edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, págs. 399-400.

D) Recomendación 87, sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil, de 17 de septiembre de 1987, del Comité de Ministros del Consejo de Europa

Al igual que la Recomendación 78, tampoco ésta tiene carácter obligatorio para los Estados Miembros, sino que dicta únicamente toda una serie de pautas con miras a la adecuación y reforma de los ordenamientos internos. En esta normativa, se introduce el **principio de diversificación**⁵⁵, y en su virtud la sección segunda recomienda “alentar el desarrollo de procedimientos de desjudicialización y de mediación a nivel del órgano de prosecución (clasificación sin persecución) o a nivel policial, en los países donde la Policía tenga funciones de persecución⁵⁶, a fin de evitar a los menores la asunción por el sistema de justicia penal y las consecuencias derivadas de ello; asociar a los servicios o comisiones de protección de la infancia a la aplicación de estos procedimientos”.

E) Convención sobre los derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, de la A.G. ONU

Es el artículo 40 el dedicado a la materia penal de los menores. De dicho precepto debe deducirse si se concibe la responsabilidad como de naturaleza penal o no. Y de la lectura del precepto no pueden sacarse argumentos ni a favor ni en contra, o dicho de otro modo, pueden sacarse argumentos en favor y en contra, ya que se limita, al igual que en el resto de la normativa internacional examinada, a introducir reglas de trato del menor acusado de infringir la Ley penal, sin mencionar en ningún momento el término responsabilidad. Incluso, al exigir el establecimiento de una edad mínima, se habla de capacidad de infringir la Ley penal.

A favor de la naturaleza penal encontramos que el precepto recoge todas las garantías y derechos típicamente penales que deben presidir la exigencia de la responsabilidad penal de los mayores, que serán de aplicación al caso en que se acuse a

un menor de haber infringido la Ley penal. Y en contra, precisamente, que en el caso en que un menor de edad inferior a la mínima presumida de responsabilidad por hechos típicos sea sometido a medidas de tratamiento, se haga sin recurrir a un procedimiento judicial que en todo caso deberá contener y respetar plenamente los derechos humanos y las garantías legales. Además, el artículo sólo dice que se articularán procedimientos específicos para los niños infractores, pero sin añadir que los mismos tengan que ser penales.

Así pues, vemos cómo en la Convención se dejan las puertas abiertas a una u otra vía, pero exigiendo en todo caso el completo respeto por los derechos humanos y las garantías procesales y penales aplicables a los mayores delinquentes.

F) Normativa Comunitaria

En la Resolución del Parlamento Europeo A3-0172/92, de 8 de julio (DOCE de 21 de noviembre de 1992), el Parlamento pedía a la Comisión la presentación de un Proyecto de Carta Comunitaria de Derechos del Niño que contuviera los siguientes principios mínimos: “se entenderá por niño todo ser humano hasta la edad de 18 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 18 años como mínima para serle exigida la responsabilidad correspondiente**” (artículo 8.1.). Además, “todo niño tiene derecho a la seguridad jurídica. Los niños presuntos autores de un delito tienen derecho a beneficiarse de todas las garantías de un procedimiento regular, incluyendo el derecho a gozar de una asistencia jurídica especial y adecuada para la presentación de su defensa. En el caso de que el niño sea declarado culpable de un delito, se evitará que sea privado de su libertad, o recluso en una institución penitenciaria para adultos. En este supuesto, se facilitará al niño un **tratamiento adecuado** —llevado a cabo por personal especializado—, al objeto de su reeducación y posterior reinserción social” (artículo 8.23.).

Parece, en principio, que al contrario que en la normativa internacional, el Parlamento europeo

55. Diversificación es un concepto “antiguo” de la discusión doctrinal americana, que se introdujo también en Alemania. En sentido general, la diversificación se caracteriza por la ruptura de la cadena de persecución penal en un punto cualquiera (proceso, ejecución...). La opinión predominante define la diversificación sólo como la interrupción del procedimiento penal entre la captura policial y la apertura formal de un procedimiento principal. Un segundo componente de la diversificación se refiere a la cuestión de si, junto con la renuncia a la sanción penal (diversificación sin intervención), debe existir el envío del menor al servicio social ambulatorio (diversificación con intervención). Las justificaciones de la introducción de la diversificación se recogen en tres líneas básicas: a) evitación de la estigmatización, b) la reducción de la sobrecarga de la justicia, y c) la humanización del Derecho penal. P. A. ALBRECHT, *El Derecho penal de Menores*, págs. 49-51.

56. Así ocurre en Estados Unidos, donde la Policía ha tenido siempre la posibilidad de amonestar a los menores, pero sin iniciar un procedimiento penal.

se decante por no exigir responsabilidad penal al menor infractor, sino por adecuar vías no penales de enjuiciamiento y tratamiento educativo.

3. Doctrina del Tribunal Constitucional

El Tribunal constitucional, en la Sentencia 36/1991 se plantea cuál es la naturaleza, no de la responsabilidad en que incurre el menor una vez verificado el hecho típico, sino del procedimiento que se sigue en las causas de infracciones cometidas por menores⁵⁷. La razón de tal planteamiento es que el Abogado del Estado, en su escrito de personación, realizó una serie de alegaciones sobre las carencias de requisitos formales en el recurso interpuesto. Opinaba que “el procedimiento para corregir y proteger a los menores que regula el Decreto de 11 de junio de 1948 no es un proceso, por no concurrir los requisitos antes mencionados —satisfacción de intereses y el enfrentamiento de partes procesales— por lo que los Juzgados de Menores no tienen atribuida la facultad de promover cuestiones de inconstitucionalidad en los presentes supuestos, **ya que los procedimientos que tramitan no son verdaderos procesos**”⁵⁸. Antes de entrar en el fondo del asunto, el Constitucional se refiere, en los F.F.J.J. 1º y 2º al cumplimiento o no de las condiciones formales de interposición del recurso de inconstitucionalidad, y así deduce que “la cuestión de cuál sea la naturaleza del procedimiento que se sigue en los Juzgados de Menores, y concretamente, del procedimiento corrector o reformador en el que se plantean las presentes cuestiones es, sin embargo, uno de los temas básicos que es preciso resolver de forma previa a las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas. Abordar tal problema como motivo de inadmisibilidad supondría emitir un juicio anticipado sobre uno de los principales puntos controvertidos” (F.J. 2º.II.). Por ello, y tras concluir que el proceso de menores se desarrolla ante órganos de la jurisdicción con todas las características de los miembros integrantes del Poder Judicial, se refiere de nuevo a la cuestión de la naturaleza jurídica en los fundamentos jurídicos dedicados al fondo del asunto. Así, y dado que el recurso se fundamentaba en la ausencia de las garantías que el artículo 24 de la Constitución fija para los procesos judiciales, el Tribunal Constitucional, para resolver, se ve obligado a partir del siguiente planteamiento: “el procedi-

miento previsto en el artículo 15 LTTM sólo podrá ser constitucionalmente ilegítimo por cohesión del artículo 24 CE 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” (F.J. 6º.III.).

Para averiguar cuál es, en última instancia, la naturaleza jurídica del procedimiento, en concreto el que se articuló con el artículo 15 LTTM, pueden seguirse dos vías, una consistente en tomar como punto de referencia la naturaleza de las infracciones que lo originan y las medidas impuestas como consecuencia, y otra en la que se parte de la normativa internacional vigente sobre la materia:

1.- A juicio del tribunal la primera vía no puede servir para extraer conclusiones firmes y definitivas, por dos razones. En relación a las infracciones, éstas no eran solamente las tipificadas en el Código penal, sino que se incluían también las “infracciones consignadas en las leyes provisionales y municipales⁵⁹”, e incluso infracciones no tipificadas penalmente. En relación a las medidas adoptadas no podía decirse que las mismas fueran manifestación del *ius puniendi* estatal, ni que tuvieran una finalidad retributiva. No cabía, por tanto, equipararlas a la pena en sentido jurídico-penal.

2.- Es la segunda vía la que puede dar mayores perspectivas de solución del problema. La CDN “no excluye totalmente la posibilidad de un procedimiento no judicial puramente corrector, distinto, no sólo en matices y detalles, sino en su concepción general, del proceso penal” (F.J.7º). Por otra parte, en su artículo 40⁶⁰ fija cuáles son las garantías mínimas —todas ellas procesal-penales— que deben respetarse siempre que se presume que un menor ha infringido una Ley penal. Lo mismo ocurre con el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, del que “resulta inequívocamente que ese procedimiento no es otra cosa que una variante del proceso penal, cuyos principios básicos debe respetar” (F.J. 9º).

En consecuencia, y de la exposición sintetizada, el Tribunal concluye que los derechos fundamentales consagrados por el artículo 24 de la Constitución han de ser también respetados en el proceso seguido contra menores a efectos penales (STC 36/1991, F.J.6º, párrafo 11º). Podrá ser, pues, un proceso penal o un proceso corrector o educativo,

57. Vid. *supra* epígrafe 1.1.2.2, en el que se explica el recurso de inconstitucionalidad presentado contra el artículo 15 LTTM.

58. La negrita es mía.

59. Según el artículo 9.1.a), b) y c) de la LTTM.

60. Vid. *supra* epígrafe 1.2.

pero en todo caso, con todas las garantías constitucionales y legales establecidas, y adecuado a las circunstancias de los sujetos intervinientes⁶¹.

Esta doctrina del Alto Tribunal, como ya se había adelantado, se refiere única y exclusivamente a la naturaleza del proceso que deba seguirse en las causas de menores, pero no resuelve la verdadera cuestión que se trata en este epígrafe. En efecto, nada dice sobre si la responsabilidad es o no es penal, tan sólo hace unas alusiones a la naturaleza del procedimiento —pero sin hacer ningún pronunciamiento expreso, por cuestiones obvias de competencia—, y a las garantías que en él deben subyacer. Tan fácil es deducir de esta Sentencia que la responsabilidad del menor tiene naturaleza penal, como lo contrario, es decir, su naturaleza no penal⁶².

4. Las posiciones de los distintos proyectos

Antes de iniciarse el proceso de codificación de la ley de menores ya había voces que se pronunciaban sobre la necesidad de plasmar en una futura ley no sólo los aspectos penales y el principio de intervención mínima —apostando por el menor más que por la gravedad de la infracción—, sino también por la aplicación de medidas resocializadoras, por la formación íntegra y la rehabilitación social, más que por el castigo y la retribución⁶³. En consecuencia, las medidas a imponer al menor infractor, serían “personales, individualizadas, necesarias, proporcionales, suficientes, inmediatas determinadas legalmente y tendentes a la formación integral y resocialización del menor. Atenderán preferentemente al menor, más que a la gravedad o impacto social de la infracción”⁶⁴. A partir de esa premisa los diferentes proyectos legislativos se han decantado por la naturaleza penal o por la sancionadora educativa pero siempre

teniendo en cuenta la reinserción, y el interés del menor. Paulatinamente las iniciativas legislativas han ido perdiendo las posturas “extremas” en orden la afirmación de la naturaleza de la responsabilidad, para acabar en la Ley definitivamente aprobada, en la que se adopta una postura ecléctica fruto del consenso. Lo que no quiere decir que sea mejor o peor, sino solo que en la materia, como en otros muchos casos, no existe acuerdo ni político, ni doctrinal.

Para el desarrollo de este epígrafe se analizarán en profundidad los caracteres de los dos primeros anteproyectos, cada uno manifestación de las dos opiniones opuestas, y se citará brevemente la posición mantenida por el resto de iniciativas legislativas.

A) Anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menor, de 27 de abril de 1995

Como ya se ha expuesto *supra*⁶⁵, este anteproyecto se estructuraba conforme a los tres momentos de la relación punitiva entre el Estado y el Menor infractor. Así pues, se partía de la concepción del proceso como una relación de punición dirigida a satisfacer la responsabilidad penal en la que el menor incurría por la verificación de un hecho típico. La diferencia con el proceso penal “normal”, era que en la fase del cumplimiento de la Sentencia de condena, se procurarían garantizar los principios de integración social y desarrollo adecuado de la personalidad del menor. Sin embargo, en la primera fase de la relación, la previa a la comisión del delito, se incardinaban las normas “cuyo objetivo es disuadir respecto a un posible comportamiento futuro y determinar sus consecuencias. En definitiva se establece que, ante determinados comportamientos antisociales el menor sufrirá ciertas sanciones⁶⁶”. En conclusión, el Derecho penal sustantivo de Menores se regía,

61. En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia 223/93, de 12 de julio de 1993, en la que se afirma, de nuevo, que los Jueces de Menores son miembros integrantes del Poder Judicial, pertenecen a la jurisdicción ordinaria —si bien, dentro de ésta son órganos especializados— y los procedimientos utilizados para el cumplimiento de su función son auténticos procesos, tanto si tienen por finalidad la protección del menor, como si se dirigen a su corrección o reforma, aun cuando no sean procesos penales. En tanto que procesos les son aplicables y exigibles cuantas garantías establece la Constitución, no sólo en el artículo 24, sino en otros con él relacionados (F.J.2º).

62. Vid. V. HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ, “La nueva Ley de la reforma penal de menores: aspectos educativos y garantías procesales”, en *Boletín Oficial del Ministerio de Justicia*, nº 1648, 1992, págs. 106 a 117. Para este autor, no sería contrario a la constitución que el procedimiento regulado no fuera proceso penal. Ahora bien, esta opción exigiría una profunda reforma del ordenamiento español y “un planteamiento diferente en cuanto a la adopción de medidas, restrictivas de libertad del menor” (pág. 113).

63. Bases para un borrador de anteproyecto de ley penal y procesal del menor (Justicia, 1991, núm. I), en J. Martín Ostos, *Jurisdicción de Menores*, edit. Bosch, Barcelona, 1994, pág. 118.

64. *Ibidem*, Base séptima.

65. Vid. epígrafe 1.4.

66. Memoria Explicativa del Anteproyecto.

en primer lugar, por la prevención especial y, en segundo lugar, por la retribución por el hecho cometido. Así se disponía en el artículo 6º según el cual “la aplicación de la presente Ley tendrá como fin esencial la integración del joven y del menor en la sociedad —prevención especial—, así como la reparación del daño causado y el restablecimiento del orden jurídico —prevención general y retribución—”, y en consonancia con este precepto, el artículo 65 fija como “finalidad primordial⁶⁷ de la ejecución de las penas y medidas impuestas a los jóvenes”, la de “procurar su plena integración social”, necesitando para ello que la pena o medida se oriente hacia la educación del infractor.

En la memoria explicativa del anteproyecto, alegando que situaciones diferenciadas requieren un trato también diferenciado, se afirma que en el caso de menores, ese tratamiento diferenciado debe abarcar “tanto el Derecho penal sustantivo como el derecho procesal correspondiente, sin olvidar el ordenamiento penitenciario como cauce fundamental para alcanzar la reeducación y reinserción social del menor que delinque”. La efectiva protección de los menores, y razones de economía legislativa, armonía, unidad y conexión temática hacían conveniente que en una sola Ley se regularan todas las fases de la relación punitiva integrantes del Derecho penal de menores: la fase de disuasión, la de aplicación y la de ejecución. De ahí, que el título del Anteproyecto fuera “Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menor”. Este proyecto legislativo iba en consonancia con el proyecto la LO del Código penal, que en aquel momento se tramitaba en las Cortes, y que preveía y exigía, en su artículo 20, la existencia de un Derecho penal sustantivo de menores, regulado conforme a una Ley Penal Juvenil para los menores de 18 años. En el anteproyecto, dentro de los menores de 18 años se diferenciaban dos tramos:

1.- Los denominados “menores”, que eran los sujetos menores de 16 y mayores de 13 años, límite por debajo del cual no existía responsabilidad penal.

2.- Los “jóvenes”, que eran los sujetos de edad comprendida entre 16 y 18 años. Este régimen podía, además, aplicarse a los jóvenes de entre 18 y 21 años en determinados supuestos concretos.

“Sin embargo, frente al criterio puramente cronológico, el Anteproyecto insiste en el criterio psicológico al señalar que la imputabilidad del sujeto menor sólo es posible cuando existe capacidad de comprensión sobre la licitud de los actos y capacidad de autodeterminación conforme a esa comprensión⁶⁸”. Para los casos de trastorno mental del menor o joven, se establecen en el artículo 45 determinadas especialidades respecto de las previsiones del Código penal. La falta de capacidad será alegada como cuestión de previo pronunciamiento en la audiencia preliminar regulada en el artículo 58.

Guiada por las ideas de reeducación y reinserción y, en menor medida de retribución, las sanciones se dividían en tres grupos: la pena juvenil, las medidas disciplinarias y las medidas educativas. Los dos primeros tipos de consecuencias jurídicas tenían, evidentemente, carácter sancionador y disuasorio, si bien la aplicación de la **pena juvenil** se reservaba a los delitos más graves y violentos pues suponía la privación de libertad del menor en centros cerrados. Este régimen se intentaba suavizar con la aplicación, desde un primer momento de la ejecución, de sustitutivos penales, pudiendo ser alguna medida disciplinaria o alguna medida educativa según el caso. Las **medidas disciplinarias**⁶⁹ también podían privar de libertad, pero esa privación no era, en ningún caso, total. Igualmente podían ser sustituidas por medidas educativas. Junto a este mecanismo de suavización del régimen penológico y favorecimiento de la reinserción, la ley preveía la suspensión de la ejecución convirtiéndola en una “condena condicional” (artículo 32º), siempre y cuando, entre otros requisitos se cumplieran los de ser el primer delito cometido y existir un pronóstico favorable de no reincidencia. En definitiva, que el menor no fuera peligroso. Por último, las **medidas educativas** podían consistir en tratamiento ambulatorio o ingreso en centro sociosanitario o de educación especial, asistencia educativa acompañada de la observación de reglas de conducta, reprensión u obligación de vivir con determinada persona, familia, grupo o institución.

En resumen, la naturaleza que este anteproyecto daba a la responsabilidad del menor por la comisión de hechos típicos era una naturaleza penal, y como tal, participaba de la función del

67. Pero no finalidad única.

68. Texto que se recoge igualmente en la Memoria Explicativa.

69. Podían ser de ocho tipos. 1) ingreso en centro semiabierto, 2) arresto de fin de semana, 3) privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, 4) privación del derecho al uso de armas, 5) inhabilitación especial para empleo público, derecho de sufragio activo o pasivo, profesión, o ejercicio de los derechos de patria potestad, o acogimiento familiar, 6) suspensión de empleo o cargo público, 7) multa, y 8) servicios en beneficio de la comunidad. De las citadas, las que se refieren a inhabilitaciones y suspensiones, así como a la licencia de vehículos o armas, están previstas para el caso de los jóvenes mayores de 18 y menores de 21.

Derecho penal, y de la función y fines de la pena, si bien, esencialmente dirigida a obtener la integración social del menor, así como su educación e íntegro desarrollo de su personalidad en el respeto a los valores sociales y comunitarios. Se desprende de este proyecto de la **gran influencia** de la legislación penal juvenil **alemana**.

B) Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia Juvenil, de 30 de octubre de 1996

En contraposición al anteproyecto de 1995, en el de 1996, y como ya su propia denominación nos avanza (LO de "Justicia" Juvenil), se negaba la naturaleza penal de la responsabilidad y se le otorgaba una naturaleza sancionadora educativa. En el artículo 2º, la Ley proclamaba que "los Jueces de Menores serán competentes para conocer de los hechos cometidos por mayores de 14 años y menores de 18, tipificados en el Código penal, y las leyes penales especiales, como delitos o faltas, a los efectos de exigir responsabilidad, **de carácter social**, en relación con el artículo 19 de dicho Código penal (...)". Esta alusión que realiza al artículo 19 del Código penal de 1995, que en la fecha del anteproyecto ya estaba aprobado y en vigor, podría resultar un impedimento para la caracterización de la responsabilidad como no penal, sin embargo, y de manera muy coherente con los principios de la ley, en la Disposición Adicional Primera se pretendía una reforma de dicho artículo que quedaría redactado en los siguientes términos: "Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho tipificado en este Código se le podrá expresar el **reproche a su conducta**, con arreglo a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Justicia Juvenil". Igualmente se sustituía el término "ley que regule la responsabilidad penal del menor" que aparece en el artículo 69 por la expresión "ley de jóvenes infractores".

Como uno de los principios orientadores de la ley, se recoge el de la naturaleza jurídica **no penal, sino sancionadora educativa**. Sancionadora pues el presupuesto de aplicación de la ley será la veri-

ficación de una conducta típica del Código penal o de las leyes penales especiales. Y educativa porque la reacción social contra la conducta del menor no se fundamenta ni en la venganza⁷⁰ ni en la retribución, sino que prima el interés del menor. En consecuencia, la pretensión procesal que se articule en el procedimiento de menores no será tampoco penal, pero "la naturaleza de la presente Ley, en cuanto instrumento restrictivo de derechos de las personas, en este caso menores, asume los principios —al menos los fundamentales— del proceso penal, sin perjuicio de que, deban coexistir con otros principios, también constitucionales, encaminados al desarrollo de la personalidad, y en definitiva, a la educación de los menores sujetos a ella"⁷¹.

El límite para exigir la responsabilidad sancionadora al menor se fija en 14 años⁷², y se distingue la actuación sancionadora y la educativa por tramos de edad, de 14 a 16 años, y de 16 a 18 años respectivamente. Las disposiciones de la Ley podrán ser aplicadas a los jóvenes mayores de 18 y menores de 21. Igualmente se regulan los casos de menores en los que se aprecian circunstancias modificativas de la responsabilidad —enajenación mental, trastorno mental transitorio, intoxicación plena o alteraciones en la percepción— que los hagan inimputables, instando las medidas civiles de protección y custodia.

Las consecuencias jurídicas que podrán imponerse, denominadas todas ellas de manera general "medidas", son: amonestación, servicios en beneficio de la comunidad, internamiento en centro cerrado y semiabierto, asistencia a un centro de día, libertad vigilada, tarea socioeducativa, ingreso en centro terapéutico, tratamiento ambulatorio, conciliación y reparación a la víctima, derivación a una familia acogedora o grupo educativo acogedor, arresto con tarea o fin de semana, y privación del permiso de conducir vehículo a motor o ciclomotores. La ejecución de la medida acordada en Sentencia podrá suspenderse bajo las condiciones del artículo 29, similares a las fijadas para la suspensión de condena penal. También podrá dejarse sin efecto, reducir su duración o sustituirla por otra siempre y cuando se hayan alcanzado los objetivos socioeducativos perseguidos y se hubiere expresado suficientemente el

70. Parece extraña la alusión que se hace a la venganza en la Exposición de Motivos del Anteproyecto, ya que ningún Derecho penal moderno está fundamentado en la venganza. Menos aún lo podrá estar el que fuera de aplicación a los menores. Esta misma reflexión la hace el profesor SILVA en "V. La minoría de edad penal (artículo 19)", pág. 187: "Por cierto que, al margen de todo lo anterior, es un error de grueso calibre el que se señale que la reacción social contra el menor es educativa porque 'no se fundamenta en la venganza o en la retribución': ¡ninguna sanción penal se fundamenta en la venganza o en la retribución, sino en la prevención general!".

71. Exposición de Motivos del anteproyecto de 30 de noviembre de 1996.

72. Cuando el menor infractor tenga menos de 14 años se aplicarán las disposiciones de protección de menores del Código civil.

reproche de la conducta (lo que no significa retribución).

En este anteproyecto se articulaba, pues, una responsabilidad de carácter sancionador y con finalidades educativas reflejadas en el tipo de medidas a adoptar y sus objetivos (artículo 30.2º)⁷³. En tanto que procedimiento sancionador y restrictivo de derechos de los menores, cumplía y reflejaba los principios, garantías y derechos fundamentales necesarios para adecuarlo a la Constitución.

C) Proposición de Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor, de 29 de noviembre de 1996 (presentada por el Grupo Socialista del Congreso)

Según la Exposición de Motivos de esta proposición, la ley parte de establecer la posibilidad de responsabilidad penal únicamente en el tramo que va desde los 14 a los 18 años. Los menores de 14 quedarán exentos de responsabilidad penal y sometidos a las instituciones administrativas de las Comunidades Autónomas. Siendo la responsabilidad de naturaleza penal, su exigencia responde a dos fines: la integración del menor en la sociedad, y la reparación del daño causado (artículo 6). El objetivo perseguido por la ley es resocializador, sin que en ningún momento se cite en la Exposición de Motivos ni en el articulado de la Ley⁷⁴, otras finalidades tales como el reproche o la retribución. Con ello podría entenderse que se trata de una responsabilidad penal muy depurada y vaciada, por cuanto sólo se exige en la medida en que se pretende resocializar e integrar al menor infractor, y reparar el daño causado a la víctima. Las consecuencias previstas reciben también el

nombre de “medidas” y consisten en privación de libertad, privación de derechos, multa⁷⁵ y amonestación (artículo 11). Por último, el proceso para exigir la responsabilidad será un proceso penal, con todas las garantías de enjuiciamiento derivadas de la Carta Magna.

“En definitiva, se propone una Ley que no olvida que regula la responsabilidad penal de los ciudadanos, pese a su menor edad, y por ello no se cede un ápice en torno a la necesidad de mantener las garantías penales y de enjuiciamiento precisas. Al tiempo, dadas las características de quienes son sus destinatarios, la Ley propone una importante flexibilidad en su aplicación. Si la sanción penal siempre ha de ser individualizada, en estos casos, tal concreción no puede olvidar que nos hallamos ante una persona aún en formación, sobre la que es posible incidir socialmente con mayores probabilidades de éxito, y ese fin es el que preside toda regulación que se propone” (último párrafo de la E.M.).

D) Anteproyecto Ley Orgánica de Justicia Juvenil, de 30 de enero de 1997

Este anteproyecto, recogiendo el de 30 de octubre de 1996, da un giro y vuelve a la consideración de la naturaleza sancionadora educativa de la responsabilidad, y en consecuencia prevé la modificación de los artículos 19 y 69 del Código penal, y su denominación es LO de Justicia Juvenil:

“El artículo 19 del vigente Código penal, promulgado por la LO 10/1995, de 23 de noviembre, establece efectivamente la mayoría de edad penal en los 18 años y exige regulación expresa de la responsabilidad penal de los menores de dicha edad

73. Se nota en todo el texto del proyecto las ideas defendidas por uno de sus autores, el profesor GARCÍA PABLOS, quien defiende la teoría del “Castigo positivo”. Para este autor, el sistema que regule la responsabilidad de los menores que han cometido una infracción penal “ha de orientarse a la positiva socialización e integración de aquéllos evitando todo impacto antipedagógico de dichos procesos”. Sin embargo, la intervención que se programe no debe ser concebida como “exclusivamente ‘tuitiva’, ‘correccional’, ‘protectora’, ‘pedagógica’”, pues no debe desvincularse de cierta idea de castigo. Para este autor, lo que él denomina “castigo positivo” es una “manifestación ‘represiva’, por su contenido, aunque se le asignen o cumpla funciones pedagógicas, es ‘castigo’ también. Y como ‘castigo’ conviene se perciba por el infractor (aflictividad) y por terceros para que cumpla su cometido”. A. GARCÍA PABLOS, “Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores”, en *Menores privados de libertad*, J. M. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ (Dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid 1996, pág. 272.

La nueva política criminal de menores sustentada en la teoría del “castigo positivo” se rige por tres pilares: 1) evitar cualquier intervención que interfiera en el desarrollo evolutivo del menor, p. e. la privación de libertad o la reprimación pública, 2) potenciar las alternativas a las penas de adultos, pero sin recurrir a la creación de sustitutivos o sucedáneos, pues el Derecho penal de menores está sustentado por principios del todo diferentes al de los adultos y 3) las sanciones deben llevar aparejadas como objetivos a conseguir los siguientes: autocontrol, razonamiento abstracto, flexibilidad cognitiva, locus de control interno, autoestima, egocentrismo, empatía, percepción social, habilidades sociales específicas... “Presupuestos criminológicos y político-criminales...”, págs. 278 a 280.

74. Dice el artículo 83 que “la ejecución de las medidas impuestas a los menores se orientará a lograr su reeducación y plena integración social (...)”.

75. Medida que no se ha previsto en la Ley Orgánica 5/2000.

en una Ley independiente. También para responder a esta exigencia se promulga la presente Ley Orgánica, si bien parece preciso rectificar y completar el criterio al que responde el citado artículo 19 del Código penal, asentado, con bases en criterios científicos modernos y en la experiencia obtenida de la aplicación de la Ley Orgánica 5/1992, dos cuestiones previas de indudable importancia.

La primera de ellas consiste en la suficiencia de una Ley sancionadora de naturaleza primordialmente educativa, y no propiamente penal, pese a lo afirmado por el repetido artículo 19 del Código penal, que se hace necesario modificar en este punto, para dar respuesta social adecuada al problema que suscitan los menores infractores. La segunda de tales cuestiones se refiere a la convicción de que las infracciones cometidas por niños de doce y trece años son en general irrelevantes y, en los escasos supuestos en que pueden producir alarma social, basta para darles una respuesta igualmente adecuada el ámbito educativo y familiar, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado" (Exposición de Motivos, punto cuarto).

E) Anteproyecto de Ley Orgánica reguladora de la justicia de menores de 1 de julio de 1997

Se sigue en este anteproyecto la línea de considerar que la responsabilidad en que incurre el menor infractor no es penal. De hecho, el punto cuarto de la Exposición de Motivos, es transcripción casi literal del que se ha comentado en el anteproyecto de enero del mismo año. De otro lado, en el punto séptimo se afirma que la Ley "tiene ciertamente la naturaleza de disposición sancionadora, pues desarrolla la exigencia de una verdadera responsabilidad jurídica en los menores infractores, aunque no la califique de penal, referida a la comisión de hechos considerados específicamente como delitos o faltas por el Código penal y las leyes penales especiales".

F) Proyecto de Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad penal de los menores, de 3 de noviembre de 1998

Es en este proyecto de ley donde la cuestión de la naturaleza da un giro completo, a consecuencia

del informe que el Consejo General del Poder Judicial emitió en relación al anteproyecto de julio de 1997. Así, la responsabilidad se considera penal, y se introduce la distinción de la denominación "Derecho penal de adultos", frente al "Derecho penal de menores". Con esta nueva concepción, el punto cuarto de la Exposición de Motivos queda redactado en los siguientes términos:

"El artículo 19 del vigente Código penal (...), fija efectivamente la mayoría de edad penal en los dieciocho años y exige regulación expresa de la responsabilidad penal de los menores de dicha edad en una Ley independiente. También para responder a esta exigencia se promulga la presente Ley Orgánica, si bien lo dispuesto en este punto en el Código penal debe ser complementado en un doble sentido. En primer lugar, asentando firmemente el principio de que la responsabilidad penal de los menores presenta frente a la de los adultos un carácter primordial de intervención educativa que trasciende a todos los aspectos de su regulación jurídica y que determina considerables diferencias entre el sentido y el procedimiento de las sanciones en uno y otro sector, sin perjuicio de las garantías comunes a todo justiciable. En segundo término, la edad límite de dieciocho años establecida por el Código penal para referirse a la responsabilidad penal de los menores precisa de otro límite mínimo a partir del cual comience la posibilidad de exigir esa responsabilidad y que se ha concretado en los trece años, con base en la convicción de que las infracciones cometidas por los niños menores de esa edad son en general irrelevantes y que, en los escasos supuestos en que aquéllas pueden producir alarma social, es suficiente para darles una respuesta igualmente adecuada el ámbito familiar y asistencia civil, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado."

Salvo por la elevación del límite mínimo a la edad de catorce años, el actual punto cuarto de la LO 5/2000 está redactado en los mismos términos que el proyecto de 1998, del cual trae causa. La redacción se mantuvo pese a que en los debates parlamentarios sobre las enmiendas al proyecto, de 11 de noviembre de 1999⁷⁶, hubo voces de grupos políticos pronunciándose en contra de concebir la naturaleza penal de la responsabilidad⁷⁷.

76. Diario de Sesiones del Congreso, 11 de noviembre de 1999, Núm. 270, págs. 14.449 a 14.460.

77. Por el Grupo "Nueva Izquierda-Iniciativa per Catalunya", el Sr. LÓPEZ GARRIDO afirmaba que el proyecto debatido era "un error", pues "no estamos ante una responsabilidad penal, no estamos aplicando aquí los principios del Código penal, estamos ante un objeto fundamentalmente educativo. (...) No es un proyecto de naturaleza penal, es de otra naturaleza. Por eso debería haberse dado ese paso mucho más decidido y valiente y despojar de todo carácter penal a este proyecto de ley de una vez por todas, cuyo contenido no lo tiene realmente" (D.S.C., 11 de noviembre de 1999, núm. 270, págs. 14.449 y sigs.).

5. La postura del CGPJ

Como ya se ha avanzado, fue la postura del CGPJ la que motivó el cambio en la concepción de los proyectos legislativos, transformando la responsabilidad del menor en una responsabilidad de naturaleza penal. En el informe, de fecha 12 de noviembre de 1997, que el Consejo realizó al Anteproyecto de LO de la Justicia de Menores de 1 de julio de 1997, el poder judicial no da importancia a la caracterización de la legislación de menores desde uno u otro punto de vista y fija el criterio de referencia en la adecuación a la normativa internacional y a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, así como su adecuación a la práctica ya asentada de los órganos jurisdiccionales especializados de menores. Lo que en última instancia debe presidir la naturaleza de la responsabilidad y del procedimiento es la consideración de que la Ley, en definitiva, versa sobre la imposición de medidas restrictivas de la libertad de los menores. Así pues, el contenido de la Ley es un contenido propio del Derecho penal juvenil. En última instancia, como muy bien pone de manifiesto el Consejo, “lo que caracteriza el Derecho penal juvenil en el ámbito del derecho comparado, especialmente el europeo, es precisamente el hecho de que la imposición de una sanción (llámese pena o medida) venga siempre determinada tanto por la naturaleza de la infracción cometida, como por las necesidades educativas del autor⁷⁸”.

Esta opinión del CGPJ ya fue manifestada en el **Libro Blanco de la Justicia**, en cuya página 247 se señalaban los principios por los que la futura ley reguladora de la responsabilidad penal del menor debía regirse⁷⁹:

a) La naturaleza penal de la Justicia de menores, sin perjuicio de sus propias especialidades.

b) La consecuente sujeción del procedimiento a los principios del proceso penal, como tuvo oportunidad de poner de manifiesto el Tribunal Constitucional en la Sentencia 36/1991, con reconocimiento expreso de los principios de oralidad, inmediación, concentración y proporcionalidad.

c) Particular consideración de los principios específicos del proceso de menores, especialmente el principio educativo, de publicidad restringida en aras de la intimidad del menor, de oportunidad

con control judicial, y de intervención mínima, teniendo siempre en cuenta el superior interés del menor.

d) Sometimiento a la Justicia de los menores comprendidos entre los trece o los catorce años, y los dieciocho, y de los mayores hasta los veintiuno, si bien en este caso limitando el enjuiciamiento a los delitos menos graves, de conformidad con los artículos 16 y 69 del Código penal de 1995.

e) Delimitación de un amplio catálogo de medidas, de cumplimiento en el medio natural de vida del menor y con una duración máxima de cinco años, culminadas como sanción más grave con el internamiento, último recurso en ningún caso aplicable a los menores de catorce años.

f) Posibilidad de intervención judicial a los efectos de modificar las medidas adoptadas, siempre a favor del menor.

g) La garantía desde el inicio del procedimiento, y en todas sus fases, de los derechos de la víctima, destacando en cualquier caso el reconocimiento del ejercicio de la acusación particular.

h) La configuración del juez de menores como juez de ejecución, con potestad para adoptar las medidas compulsivas que sean necesarias frente a la Administración, en garantía del efectivo cumplimiento de las decisiones judiciales.

En definitiva, y en palabras del propio Consejo, es necesario destacar “la preocupación por lograr una regulación de carácter no esencialmente represivo sino orientada fundamentalmente a la integración y la recuperación del menor infractor. El tratamiento jurídico-penal de los menores posibilita no solamente la mejor ocasión de cumplir en toda su plenitud el fin constitucional de la pena, es decir, la reeducación y reinserción social, sino que constituye la más eficaz de las medidas preventivas de una futura delincuencia de mayores, infinitamente más difícil de tratar posteriormente⁸⁰”. En consecuencia, el Derecho penal de menores es, para el CGPJ, un derecho con igual función que el Derecho penal de mayores, y las finalidades de las consecuencias impuestas (llámesele “pena”, llámesele “medida”), son las mismas en ambos casos, retribución, y prevención general y especial. Retribución en la medida que la responsabilidad es penal —no porque se base en el castigo—, prevención general por cuanto se pretende evitar la futura delincuencia de mayores, y prevención especial por cuanto adquiere mu-

A su vez, por el Grupo “Izquierda Unida”, el Sr. CASTELLANO CARDALLIAGUET manifestaba que “es público y notorio que en lugar de optar por la judicialización, nos hubiera gustado que hubiéramos ido por el camino de la administrativización, eso sí, con la correspondiente intervención en su momento por parte de los fiscales, pero haberle dado otro trámite” (D.S.C., 11 de noviembre de 1999, núm. 270, págs. 14.453 y sigs.)

78. Página 22 del Informe del CGPJ.

79. *Ibidem*, págs. 22 a 24.

80. *Ibidem*, págs. 20 a 21.

cha relevancia la reinserción y reeducación del menor infractor.

Ya se ha dicho que fue la postura del Consejo la que hizo cambiar la concepción sobre la naturaleza penal de la responsabilidad del menor. Esta gran influencia del poder judicial sobre la decisión final del poder legislativo se ha dejado ver de nuevo en la definitiva redacción de la LO 5/2000, ya que analizando los principios expuestos, que para el CGPJ debían regir la legislación penal del menor, se observa cómo se han respetado todos los parámetros, excepto el del reconocimiento de la acusación particular como derecho propio de la víctima.

III. La nueva Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero (LORRPM)

1. Consideraciones previas

La LORRPM, partiendo de todos los principios recogidos en la normativa internacional, y con la práctica que la evolución de la legislación interna anterior había conseguido consolidar en nuestro país, es la manifestación jurídica de una necesidad “imperiosa” que llevaba sin colmarse más de una década —recordemos, quince años después desde la LOPJ de 1985—. Toda la regulación está presidida por el **principio del superior interés del menor**, término éste que fue extraído de la CDN, en cuyo artículo 3º se disponía que en todas las medidas tomadas por instituciones públicas o privadas de bienestar social, tribunales, autoridades administrativas u órganos legislativos y concernientes a los niños, la consideración primordial a que se aten-

derá será el interés superior del niño. Y así lo ha hecho el legislador español dando por cumplimentado el mandato derivado de la Convención.

2. La naturaleza jurídica de la responsabilidad

Respecto de la naturaleza jurídica de la responsabilidad, ya se ha comentado cómo se omite realizar una manifestación expresa de la naturaleza penal en la Exposición de Motivos y se acude a la terminología “naturaleza formalmente penal, pero materialmente sancionadora educativa del procedimiento y de las medidas aplicables”⁸¹. Se entiende que la naturaleza formalmente penal se refiere al procedimiento⁸², y la materialmente sancionadora educativa a las medidas aplicables⁸³. Además, en algún momento la Ley habla de responsabilidad sancionadora (que no es lo mismo que responsabilidad penal), así por ejemplo en el punto 10 de la Exposición de Motivos, dedicado a los menores de catorce años, o en el punto séptimo en el que se afirma que “la presente Ley tiene la naturaleza de disposición sancionadora, pues desarrolla la exigencia de una verdadera responsabilidad jurídica a los menores infractores”.

Más llamativo, si cabe, es el artículo 50.3 dedicado al quebrantamiento de la medida privativa de libertad impuesta a un menor y en el que se dice que “el Juez remitirá testimonio de los particulares relativos al quebrantamiento de la medida al Ministerio Fiscal, por si el hecho fuese constitutivo de alguna de las infracciones a que se refiere el artículo 1 de la presente Ley Orgánica y **merecedora de reproche sancionador**”⁸⁴. ¿Por qué evitar

81. Pese a la complicada redacción de esta frase de la Exposición de motivos, la doctrina mayoritaria ha terminado por aceptarla sin mayor reparo, elogiándola, incluso, por su “vocación de síntesis” entre las aspiraciones propias del modelo de responsabilidad y las del modelo educativo. Así se manifiesta, entre otros, J. M. TAMARIT SUMALLA, “Principios político-criminales y dogmáticos del sistema penal de menores”, en J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, y J. M. TAMARIT SUMALLA (Coords.), *Justicia penal de menores y jóvenes (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*, Valencia, 2002, pág. 24.

82. Partidario del procedimiento de naturaleza penal, como efectivamente se ha concebido finalmente, es ANDRÉS IBÁÑEZ. Este autor consideraba que la disyuntiva no se encontraba en la opción Derecho penal y proceso penal de menores sí o no, sino en “qué clase de proceso penal”. P. ANDRÉS IBÁÑEZ, “El proceso penal con menores”, en *La responsabilidad penal de los menores*, M. T. MARTÍN LÓPEZ (Coord.), Cuenca, 2001, págs. 15 a 16.

83. De la naturaleza materialmente sancionadora educativa se deriva, en opinión de MARTÍNEZ SERRANO, el carácter individualizador de la justicia de menores, pues de manera distinta a cómo se procede en el Derecho penal de adultos, en la LORRPM no se establece una sanción concreta para un delito o falta concretos, ni “necesariamente a todo hecho delictivo sigue una respuesta judicial”. Además, la medida se elige en función de toda una serie de criterios, entre los que se encuentran la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor. A. MARTÍNEZ SERRANO, “Principios sustantivos y procesales básicos de la responsabilidad penal de los menores establecidos en la LO 5/2000”, en M. R. ORNOSA FERNÁNDEZ (Dir.), *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*, Madrid, 2001, pág. 22.

84. La negrita es mía. Además de en este artículo, el término “reproche” se utiliza también en los artículos 14.1, 27.4 y 51.2, si bien, sin añadirle el calificativo “sancionador”. VARGAS CABRERA estima que esta terminología no es usada en un sentido técnico-jurídico que descansa en la categoría correspondiente del juicio de culpabilidad, sino “conectada al fundamento esencialmente educativo de las medidas”. B. VARGAS CABRERA, “Comentario al artículo 7”, en C. CONDE-PUMPIDO FERREIRO (Dir.), *Ley de responsabilidad penal de los menores. Doctrina con jurisprudencia y normativa complementaria*, Madrid, 2001, págs. 133 a 135.

de manera tan reiterada la afirmación pura y simple de que el menor de dieciocho años es responsable penalmente por los hechos típicos cometidos? La única razón lógica es, además de motivos de consenso parlamentario, el hecho de haber ido copiando las exposiciones de motivos de uno a otro anteproyecto introduciendo los cambios mínimos imprescindibles pero sin cambiar la terminología de la responsabilidad.

Sin embargo, y a pesar de la omisión del calificativo “penal”, la opción por la naturaleza penal de la responsabilidad es clara y así se manifiesta unas veces expresamente y otras de forma tácita. Expresamente en el título de la Ley, reguladora de la responsabilidad penal del menor, y en el artículo 5º que hace referencia a las causas de exclusión de la responsabilidad penal, remitiéndose a la regulación del Código. Tácitamente, se expresa en la remisión al artículo 19 del Código penal sin proponer modificación alguna —modificación que hemos visto se incluía en todos los textos proyectados en los que se concebía una naturaleza no penal de la responsabilidad—.

Así pues, la nueva LO participa de la opinión de que los menores de edad civil, pero mayores de 14 años, son responsables penalmente. Esta concepción es la que recoge el artículo 19 del Código penal según el cual: “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**⁸⁵ del menor”. Así, el menor es responsable penalmente, pero no con arreglo a las disposiciones del Código penal, que fija el “Derecho penal de Adultos”, sino conforme a una Ley penal especial que será la encargada de fijar cómo y cuándo⁸⁶ un menor responde penalmente.

Sin embargo, al menor de catorce años que haya infringido la Ley penal no se le aplicarán, en ningún caso, las previsiones de la nueva ley, pues se considera que esas infracciones “son, en general, irrelevantes y que, en los escasos supuestos en que aquéllas pueden producir *‘alarma social’*⁸⁷ son suficientes para darles una respuesta igual-

mente adecuada los ámbitos familiar y asistencia civil, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado”. Con ello, se aplica un **criterio biológico-cronológico** a la hora de exigir responsabilidad penal a los menores, presumiendo *iuris et de iure* la inimputabilidad al menor de catorce años. El régimen de los menores de catorce años se prevé en el artículo 3º, siendo de aplicación lo dispuesto en la normativa sobre protección de menores del Código Civil y demás disposiciones vigentes. Nos encontramos, pues, ante una norma penal, que niega y excluye la responsabilidad criminal a los menores de catorce años, y reenvía a las disposiciones civiles de derecho común, y foral en el caso en que las hubiera, haciendo especial referencia se realiza a la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (también citada en el artículo 1.3º).

En consecuencia, se distinguen dos situaciones según la edad del infractor. En ambos casos la acción realizada será típica y antijurídica, pero nunca será culpable y punible penalmente si el sujeto tiene menos de 14 años, y podrá serlo, si no concurren circunstancias eximentes de la responsabilidad criminal, cuando el sujeto sea mayor de esa edad. Ello, en el bien entendido de que también pueden jugar causas excluyentes de la antijuridicidad en ambos casos, que harán innecesaria la intervención de cualquier tipo que ésta sea.

Desde la entrada en vigor de la LORRPM, con la naturaleza penal que se le otorga a la responsabilidad configurada por la misma, menor de edad penal sólo será el menor de 14 años. Con ello, frases del tipo “el Código penal fija la mayoría de edad penal en los 18 años” son técnicamente incorrectas. Así, deberá distinguirse entre “menor infractor”, que será el menor de edad civil y mayor de 14 años, y el “menor de edad penal”, que será el menor de 14 años.

Pero de la naturaleza penal de la responsabilidad no sólo se derivan consecuencias puramente terminológicas. Si atendemos a las definiciones doctrinales dadas en relación al “sistema penal”⁸⁸, deberemos concluir que la nueva Ley, lejos de ser una ley aislada, deberá pasar a integrar y completar el sistema penal español, llenando las “lagu-

85. La negrita es mía.

86. En este caso será necesario remitirse a los tipos del Código penal, que nos dirán cuándo el menor responde penalmente, es decir, por la verificación de una conducta típica.

87. Hice *supra*—epígrafe 2.4.2—, una crítica al empleo del término “venganza” por el legislador. El uso del término “alarma social” también es muy criticado por la doctrina en todos los ámbitos por cuanto supone una excesiva ambigüedad contraria al principio de taxatividad penal. Sin embargo, vemos cómo, muy a pesar de todo, el legislador lo sigue empleando.

88. H. HORMAZÁBAL MALARÉE, “El Derecho penal subjetivo y sus límites”, en *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Volumen II, Valencia, 1997, págs. 6-7.

nas⁸⁹ y remisiones normativas que se realizaban a un Código ya derogado.

Efectivamente, se entiende por sistema penal el conjunto de normas relacionadas entre sí funcionalmente, de modo que cada una de ellas está en función de alguna otra. En este sistema no sólo entran las normas contenidas en el Código penal, sino también las contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Ley General Penitenciaria, las leyes especiales, y desde su entrada en vigor hace un año, la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. Y aunque en principio la LO 5/2000 nació con vocación de regulación completa en materia de menores infractores, no puede olvidarse que el resto del sistema penal puede aplicarse por vía supletoria⁹⁰. Además, este sistema penal no es un sistema estático, sino dinámico, lo que supone que se debe tener en cuenta tanto el plano teórico como el práctico, pues en él cabe distinguir tres momentos, el de producción de las normas, el de aplicación de las mismas y el de ejecución de la pena y las medidas de seguridad —medidas en el caso del Derecho penal de menores—.

3. Principios orientadores

Los principios orientadores o principios generales que han informado la redacción de la ley se expresan en el punto sexto de la Exposición de Motivos. El primero de ellos ya ha sido comentado y es el de la naturaleza formalmente penal y materialmente sancionadora educativa. El segundo, el reconocimiento expreso de todas las garantías constitucionales derivadas de los derechos fundamentales (los del artículo 24 y los conexos, el principio de igualdad, el principio de dignidad y libre

desarrollo de la personalidad...), así como de las especiales exigencias del interés del menor (restricción de la publicidad...). El tercero es la diferenciación por tramos de edad a efectos procesales y sancionadores⁹¹. Este principio se ve cumplido por el establecimiento de los siguientes tramos:

1.- De catorce a dieciséis años, existe responsabilidad penal pero primará el carácter educativo de las medidas.

2.- De dieciséis a dieciocho años, existe responsabilidad penal, las medidas tendrán igualmente finalidad educativa pero también revestirán las características de sanción.

3.- Posibilidad de aplicación de la Ley a los sujetos cuya edad está comprendida entre los dieciocho y los veintiún años, denominados “jóvenes” siempre y cuando se den los requisitos del artículo 4º, y el Juez de Instrucción lo considere oportuno, atendiendo a las condiciones personales y al grado de madurez del autor, y la naturaleza y gravedad de los hechos⁹². La decisión requerirá previa audiencia del Ministerio Fiscal, el Letrado del imputado y el Equipo Técnico. Los requisitos son:

1º- Que los hechos constituyan una falta o un delito menos grave, sin violencia o intimidación en las personas, ni grave peligro para la vida o la integridad física de las mismas.

2º- Que no exista una anterior Sentencia firme de condena por hechos delictivos cometidos una vez cumplidos los dieciocho años. No se tendrán en cuenta ni las acciones imprudentes —delitos o faltas—, ni los antecedentes cancelados.

El cuarto de los principios seguidos es la flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas aconsejadas por las circunstancias del caso concreto. Y finalmente, el quinto, lo constituye la

89. No se utiliza el término “lagunas”, en este contexto, en sentido técnico-jurídico, pues como opina algún sector doctrinal hablar de la existencia de lagunas en el Derecho penal no sólo es incorrecto por definición, sino incluso peligroso por los mecanismos de búsqueda de solución (recordemos la prohibición de analogía *in malam partem* que existe en el Derecho penal).

90. Así, la LORRPM se configura como una “Ley penal especial”, es penal porque exige responsabilidad de tal naturaleza, y es especial porque establece un régimen específico para los menores, diferente al régimen general previsto en el Código penal, pero a la vez, se remite a éste para completar su regulación, p. e. en materia de exención y extinción de la responsabilidad, autoría, participación, etc. C. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, “Introducción”, en C. CONDE-PUMPIDO FERREIRO (Dir.), *Responsabilidad penal de los menores. Doctrina con jurisprudencia y normativa complementaria*, Madrid, 2001, págs. 56 a 58.

91. En realidad, el tratamiento diferenciado según la edad es únicamente cuantitativo y no cualitativo, y se manifiesta en los límites máximos de duración de las medidas pero no en el tipo de medida que puede ser impuesto, pues todas las previstas en la ley pueden ser impuestas a los mayores de catorce y menores de dieciséis. Ante esta regulación, GONZÁLEZ CUSSAC y CUERDA ARNAU opinan que se debiera haber escogido un criterio cualitativo en la diferenciación por tramos de edad, excluyendo la imposición de las medidas “más gravosas y de mayor impacto sobre los derechos fundamentales del menor, como son la de internamiento en régimen cerrado y la de inhabilitación absoluta”. Esta última medida introducida por la LO 7/2000, como se explicará *infra*—epígrafe 3.5.2.2.—. J. L. GONZÁLEZ CUSSAC y M. L. CUERDA ARNAU, “Derecho penal de menores: criterios generales de aplicación de las medidas”, en J. L. GONZÁLEZ CUSSAC et al. (Coord.), *Justicia penal de menores y jóvenes (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*, Valencia, 2002, pág. 90.

92. Sobre la posibilidad real de aplicación de la LO 5/2000 a los jóvenes de entre dieciocho y veintiún años, *vid. infra* epígrafe 3.5.2.2., al hablar de las reformas introducidas por las LO 9/2000 y 9/2002.

competencia de las Comunidades Autónomas⁹³ y de sus instituciones en relación a la reforma y protección de menores para la ejecución de las medidas impuestas en la Sentencia, pero control judicial de esta ejecución.

4. Derecho penal de adultos vs derecho penal de menores⁹⁴

En el punto séptimo de la Exposición de Motivos se establecen cuáles son, a juicio del legislador, las diferencias básicas entre el Derecho penal de adultos y el Derecho penal de menores. El primero tiene como finalidades esenciales la proporcionalidad entre el hecho y la sanción, y la prevención general intimidatoria. Proporcionalidad que no puede ser entendida en el estricto término de retribución ya que la proporcionalidad juega exclusivamente como límite máximo de imposición de la sanción, pero nunca como mínimo. La prevención general intimidatoria, históricamente denominada prevención general negativa es una manifestación de la teoría de la coacción psicológica de FEUERBACH. La versión actual de esta teoría sería la concepción de la pena como “amenaza condicional” con el fin de evitar la no realización de la conducta típica, y en un Derecho penal moderno correspondiente al Estado de derecho debe complementarse con la prevención general integradora.

Es indudable que, en cuanto categorías de sujetos claramente diferenciadas, los adultos y los menores no deben ser destinatarios de las mismas normas penales, no en relación al contenido de las conductas típicas⁹⁵, sino en relación al contenido de las consecuencias jurídicas. Así se dice en la Exposición de Motivos, al igual que se preveía en los anteproyectos legislativos, que el Derecho penal de menores posee un “carácter primordial de **intervención educativa** que trasciende a todos los aspectos de su regulación jurídica y que determina diferencias entre el sentido y el procedimiento de las sanciones” con respecto al Derecho penal de Adultos. Igualmente las medidas a imponer a los menores delincuentes “**fundamentalmente no pueden ser represivas, sino preventivo-especiales**, orientadas hacia la efectiva reinserción”, y ello

con criterios de valoración que no se encuentran en la ciencia jurídica, sino fuera de ella.

En el Derecho penal de menores la reacción jurídica dirigida al menor infractor de la Ley penal constituye sobre todo una intervención educativa de especial intensidad. Las medidas de posible adopción no tendrán carácter retributivo y estarán guiadas por criterios de prevención especial, fundamentalmente la reinserción social del menor delincuente. Frente al Derecho penal de adultos, en el Derecho penal de menores configurado por la nueva Ley Orgánica, prima como instituto esencial el de la educación de los infractores. Ante esta afirmación podemos plantearnos hasta qué punto esta finalidad esencial es pertinente en un Derecho penal. Conocidas son las críticas que se realizan a la función educadora del Derecho penal cuando de adultos se trata, pero ¿merece la misma crítica si dicha función se realiza por el Derecho penal de menores?

A mi entender, sólo podrá admitirse la finalidad educativa de las medidas a imponer si la “educación” consiste en el aprendizaje de los valores superiores del ordenamiento jurídico, constitucionalmente establecidos, que han merecido tutela penal. Igualmente la función educativa sólo debe ir encaminada a enseñar que la libertad individual en un Estado social y democrático de derecho, como lo es el Español, tiene su límite en la libertad y los derechos de los demás, y es cuando ese límite se traspasa cuando, la tutela penal entra en juego. Más allá de esas funciones, todo Derecho penal con finalidad educativa en su fase de ejecución debe ser considerado inconstitucional por violación del derecho fundamental de libertad individual, ideológica y de pensamiento (esta última ilimitada). En este sentido el artículo 55 de la Ley, cuando dispone los derechos de los menores internados, recoge que “todos los menores internados tienen derecho a que se respete su propia personalidad, su libertad ideológica y religiosa y los derechos e intereses legítimos no afectados por el contenido de la condena”. La finalidad educativa debe ir encaminada a enseñar cuáles son los bienes jurídicos tutelados por el Derecho penal, así como qué consecuencias recaen de su lesión o puesta en peligro. No se trata de que moral y éticamente se asuman y acepten esos valores como propios, sino, y en todo caso, de que

93. Las Comunidades Autónomas ya tienen competencia para regular en el ámbito jurídico del menor. Una recopilación de la legislación asistencial autonómica puede consultarse en C. CONDE-PUMPIDO FERREIRO (Dir.), *La ley de responsabilidad penal de los menores. Doctrina con jurisprudencia y normativa complementaria*, Madrid, 2001, Anexo II. Legislación de las Comunidades Autónomas, págs. 623 a 676.

94. Sobre la posibilidad de diversificación del Derecho penal según sus destinatarios, vide *supra* epígrafe 2.1.1.

95. Vide *supra*—epígrafe 2.1.1.—, lo explicado en este sentido sobre la posibilidad de comisión de determinados tipos penales por sujetos menores de edad.

se respeten ya que, como proclama el artículo 10.1º de la Constitución, la dignidad de la persona, “el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. El respeto a la autonomía ética de las personas es un aspecto del principio de dignidad de la persona, limitador del *ius puniendi*⁹⁶.

5. Los principios constitucional-penales en la Ley⁹⁷

Se desarrollan en el presente apartado la configuración y recogida de los principios constitucionales limitadores del *ius puniendi* aplicables, en cuanto que Derecho penal, a las disposiciones de la nueva LO 5/2000.

A) Principio de legalidad y garantías derivadas

La considerable amplitud del principio de legalidad penal sugiere que no sólo es un límite al *ius puniendi* estatal en un sentido restringido —en tanto que sólo hace referencia a la potestad de dictar normas penales—, sino en un sentido amplio que comprende también el *ius perseguendi*, esto es la facultad de perseguir la infracción de dichas normas. Dicho de otra forma, constituye un límite no sólo para el legislador, sino también para los jueces y para los funcionarios encargados de hacer efectiva la ejecución de la pena concreta impuesta⁹⁸.

Son garantías derivadas del principio de legalidad el principio de taxatividad, el principio de prohibición de la analogía, la irretroactividad de la Ley penal y el principio *non bis in idem*. Los mismos, en cuanto son fundamentalmente de aplicación a la teoría del delito y no a las consecuencias jurídicas, no van a ser desarrollados en este epígrafe. Aquí sólo trataremos aquellas manifestaciones del principio de legalidad que tienen directa aplicación en el ámbito de las sanciones y que han sido recogidos en la nueva Ley de Menores.

a) Reserva de Ley Orgánica

La reserva de Ley orgánica establecida por el artículo 81.1 de la Constitución para el desarrollo de

los derechos fundamentales y las libertades públicas⁹⁹, se cumple en la nueva Ley por cuanto sólo tienen carácter de ley ordinaria los preceptos establecidos por la Disposición Adicional Sexta. Estos son los siguientes artículos:

-Artículo 16: Incoación del expediente.

-Artículo 21: Remisión al órgano competente, cuando el caso no corresponda al Juez de Menores.

-Artículos 23 a 27: Actuación instructora del Ministerio Fiscal, Secreto del expediente, Participación del perjudicado e inexistencia de acción particular y popular, Diligencias propuestas por el letrado del menor, Informe del equipo técnico.

-Artículos 30 a 35: Remisión del expediente al Juez de Menores, Apertura de la fase de Audiencia, Sentencia de conformidad, Otras decisiones del Juez de Menores, Pertinencia de pruebas y señalamiento de la audiencia, Asistentes y no publicidad de la audiencia.

-Artículos 37 a 39: Celebración de la Audiencia, Plazo para dictar Sentencia, Contenido y Registro de la Sentencia.

-Artículos 41 y 42: Recursos de apelación y reforma, Recurso de casación para unificación de doctrina.

-Artículos 61 a 64: Reglas generales, Extensión de la responsabilidad civil, Responsabilidad civil de los aseguradores, Reglas de procedimiento.

Así, todas las disposiciones relativas a la previsión de las medidas a imponer como consecuencias jurídicas del delito, y a su forma de ejecución, están adoptadas bajo la forma de Ley orgánica. Superando la polémica doctrinal habida en relación a la constitucionalización o no de la reserva de Ley orgánica en materia de penas, el legislador, al prever todas las consecuencias jurídicas del delito bajo el rango orgánico —en este sentido hay que hacer constar que la LO 5/2000 es una ley de consecuencias jurídicas—, parece aceptar que tal principio es efectivamente exigible y necesariamente aplicable. Cierto es que la mayoría de las medidas previstas limitan de alguna forma la libertad del sujeto infractor, sin que sea prevista ninguna medida económica —lo que parece lógico—. Pero también se encuentran previstas con el mismo rango medidas tales como la privación del permiso de conducir o de las licencias de armas, que doctrinalmente han sido las más discutidas, y la pena de amonestación, medidas, todas éstas, de las que no puede predicarse estrictamente que restrinjan la libertad individual del ciudadano.

96. H. HORMAZÁBAL MALARÉE, “El Derecho penal subjetivo y sus límites”, pág. 18.

97. Sigo en este punto: J. C. CARBONELL MATEU, *Derecho penal: Concepto y principios Constitucionales*, edit. Tirant lo Blanch, 3ª Edición, Valencia 1999.

98. H. HORMAZÁBAL MALARÉE, “El Derecho penal subjetivo y sus límites”, pág. 6.

99. El Derecho penal afecta casi siempre a tales derechos y libertades en forma directa. S. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 6ª edición, Barcelona, 2002, pág. 115.

Una mención específica merece el artículo 60, dedicado al **Régimen Disciplinario** aplicable a los menores internados. Éstos “podrán ser corregidos disciplinariamente en los casos y de acuerdo con el procedimiento que se establezca reglamentariamente, de acuerdo con los principios de la Constitución, de esta Ley y del Título IX de la Ley 30/92 (...), respetando en todo momento la dignidad de aquéllos y sin que en ningún caso se les pueda privar de sus derechos de alimentación, enseñanza obligatoria y comunicaciones y visitas, previstas en esta Ley y disposiciones que la desarrollen”. A continuación se regulan en los puntos 2º a 6º el tipo de infracciones que pueden regularse (faltas muy graves, graves o menos graves, según la violencia del sujeto, su intencionalidad, la importancia del resultado y el número de personas ofendidas), así como qué tipo de sanción corresponde a cada tipo de falta. Con esta regulación se salva la vulneración del principio de legalidad en lo que respecta al establecimiento de las sanciones administrativas restrictivas de libertad, ya que cualquier restricción de derechos debe ser prevista por ley, respetando el contenido esencial del derecho restringido, y teniendo en todo caso respaldo judicial. Respaldo que se consigue con la prescripción del punto 7º del artículo 60 por cuanto “las resoluciones sancionadoras podrán ser recurridas, antes del inicio de su cumplimiento, ante el Juez de Menores”.

Por lo que hace a la fijación de las faltas y su descripción, dado que las mismas tendrán el carácter de infracciones administrativas, su previsión podrá hacerse mediante regulación que no sea Ley Orgánica conforme al artículo 25.1 de la Constitución. Incluso, como algún sector manifiesta, podrán ser fijadas por la vía reglamentaria. De hecho, ésta es la vía que se adopta en la nueva Ley del Menor en la que deja a las disposiciones que la desarrollen (por la vía reglamentaria) la tipificación de las conductas constitutivas de infracción administrativa¹⁰⁰.

b) Vertiente técnica del principio de legalidad

La vertiente técnica del principio de legalidad supone el establecimiento de tres principios básicos, *nullum crimen sine lege praevia, scripta et stricta* (legalidad criminal), *nulla poena sine lege* (legalidad penal) y *nemo damnetur nisi per legale iudicium* (legalidad procesal), al que se añade la legalidad en materia de ejecución de penas.

La **legalidad criminal** requiere que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito o falta según el Código penal o las Leyes penales especiales vigentes. Este principio se recoge en el artículo 1º de la Ley, así como por la aplicación supletoria de los artículos 1.1º y 10 del Código penal¹⁰¹.

El artículo 1.1º de la LORRPM regula el ámbito de aplicación de la norma en los siguientes términos: “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”. Con esta declaración general contenida en el artículo 1.1º el legislador ha optado por un sistema de incriminación que ha sido bastante discutido en sede doctrinal. Abandonando la tarea de elaborar una Ley de menores que contuviera la redacción de tipos específicos, el legislador optó por la vía más sencilla de remisión en bloque al Código penal y a las leyes penales especiales. A medio camino entre las dos soluciones citadas, TAMARIT SUMALLA estima que hubiera sido preferible la redacción de la LORRPM con la específica mención de los tipos por los que puede exigírsele responsabilidad penal a un menor, con exclusión, entre otros, de los tipos imprudentes y de las infracciones de menor gravedad¹⁰².

100. A fecha de hoy, todavía no se ha aprobado el Reglamento de desarrollo de la LORRPM, existiendo únicamente un “Borrador del Proyecto de Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores” a propuesta de la comisión interautonómica de directores y directoras generales competentes en materia de menores, de fecha 28 de junio de 2001. De dicho Borrador se dio traslado al Consejo de Estado para dictamen el pasado mes de noviembre de 2002. El capítulo V del Borrador es el dedicado al “Régimen disciplinario de los centros”, regulando todos los extremos de la potestad sancionadora: principios, tipificación de faltas, tipificación de las sanciones y su graduación, concurso de faltas y sanciones, y el procedimiento de imposición, ejecución y extinción de la sanción (artículos 56 a 76). Por otra parte, y a efectos puramente informativos, el Borrador consta de cinco capítulos, de los cuales el capítulo I regula las “Disposiciones generales” (artículos 1 a 5), el capítulo II las “Reglas comunes para la ejecución de las medidas” (artículos 6 a 11), el capítulo III las “Reglas específicas para la ejecución de determinadas medidas no privativas de libertad” (artículos 12 a 17) y el capítulo IV las “Reglas específicas para la ejecución de las medidas privativas de libertad” (artículos 19 a 55).

101. Disponen estos artículos, respectivamente: “No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración”, “Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley”.

102. J. M. TAMARIT SUMALLA, “Principios político-criminales y dogmáticos...” págs. 34 a 35.

Lo único que, en todo caso, ha quedado despenalizado en el Derecho penal de menores, son los delitos privados, como la calumnia y la injuria, pues en la ley no hay reconocimiento de la acusación particular en ningún caso —artículo 25—, y en estos delitos la interposición de querrela queda vetada al Ministerio Fiscal¹⁰³.

La **legalidad penal** requiere que no será impuesta ninguna pena o consecuencia jurídica del delito en forma distinta a la prevista por la ley. Este principio se contiene en el artículo 2 del Código penal, a cuyo tenor no será castigado ningún delito ni falta que no se halle previsto por Ley anterior a su perpetración. Por su parte, es en el artículo 43 donde la nueva Ley recoge este principio disponiendo que no podrá ejecutarse ninguna de las medidas establecidas por la Ley “en otra forma distinta que la prescrita por la Ley y en los reglamentos que la desarrollen”.

La **legalidad procesal** supone que no podrá aplicarse ninguna consecuencia jurídica si no es en virtud de Sentencia firme dictada en un proceso previamente establecido. También en el artículo 43 citado se recoge este principio por cuanto expresa que “no podrá ejecutarse ninguna de las medidas establecidas en esta Ley sino en virtud de Sentencia firme dictada de acuerdo con el procedimiento regulado en la misma”. El Juez ordinario predeterminado por la Ley será el Juez de Menores del lugar de comisión de los hechos delictivos (artículo 2), salvo el caso de pluralidad de hechos delictivos y unidad de sujeto activo en que se estará al partido judicial del domicilio del menor, y subsidiariamente a los criterios del artículo 18 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Por último, la **legalidad en la ejecución de las penas** se contiene en los artículos 46 a 60 que, en cumplimiento de lo expresado en el citado artículo 43, disponen las reglas para la ejecución de las medidas previstas y las reglas especiales para la ejecución de las medidas privativas de libertad¹⁰⁴. El control de la ejecución corresponde al Juez que ha dictado la Sentencia (artículo 44), que ejerce las funciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria del Derecho penal de adultos. Una de las funcio-

nes previstas al Juez en la fase de ejecución, la recogida en el artículo 50.2º, ha sido criticada por la Fiscalía General del Estado, quien la ha calificado de atentatoria de la “garantía de ejecución”¹⁰⁵. En virtud del artículo citado, que recoge las medidas a adoptar en los casos de quebrantamiento de condena, el Juez está facultado a sustituir la medida que ha sido incumplida por una de internamiento en régimen semiabierto por el tiempo que reste para su cumplimiento. Si bien es cierto que esta facultad queda reservada a casos muy excepcionales, no lo es menos que se permite imponer *a posteriori* una medida más grave que aquélla a la que fue condenado¹⁰⁶.

B) Principio general de libertad y derivaciones

a) Principio de prohibición de exceso y principio de intervención mínima. La necesidad de pena

El **principio pro libertate** puede deducirse constitucionalmente de los siguientes artículos: el artículo 1 (la libertad es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico), el 9.2º y el artículo 17 (dedicado a la libertad individual). Según este principio, cualquier injerencia en los derechos de los ciudadanos tiene que ser siempre justificada, y en todo caso la mínima posible e indispensable. Cualquier restricción debe ser, en principio, evitada salvo que sea indispensable (*odiosa sunt restringenda*). De estas pautas nace el principio de **prohibición de exceso** —cuya formulación consiste en afirmar que tan sólo puede limitarse la libertad en aras de la tutela de las propias libertades de los demás ciudadanos, y sólo en la medida de lo estrictamente necesario—, que debe sustentarse en tres ideas: la necesidad, la adecuación y la proporcionalidad.

En base a la necesidad, el Derecho penal no deberá extenderse más allá de los casos en que sea estrictamente necesario —pues toda pena innee-

103. R. VENTURA FACI y V. PÉLAEZ PÉREZ, *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Comentarios y jurisprudencia*, Madrid, 2000, págs. 52 a 53.

104. La Ley Orgánica General Penitenciaria no es aplicable en la ejecución de las medidas de la LORRPM, pues en la D.F. 1ª de la misma, cuando enumera las leyes de aplicación supletoria, la norma penitenciaria se excluye. Aun así, entiendo la Fiscalía General del Estado, que la L.O.G.P. puede aplicarse por vía analógica *in bonam partem*. Tal afirmación se contiene en el epígrafe “XI.9. Ejecución de las medidas privativas de libertad”, de la Circular núm. 1/2000, de 18 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores.

105. Epígrafe “XI.7. Quebrantamiento de la medida”, de la Circular FGE núm. 1/2000.

106. B. MAPELLI CAFFARENA, M. I. GONZÁLEZ CANO, T. AGUADO CORREA, *Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Sevilla, 2002, págs. 275 a 276.

saría es injusta—, y aplicado este principio a las consecuencias jurídicas, éstas no deberán ser aplicadas más que en el mismo caso de necesidad. Elegida la sanción por ser necesaria, ésta será lo más adecuada y lo menos gravosa posible, y en todo caso, evitando la privación de libertad del menor. Manifestación del principio de **necesidad y adecuación** lo constituye el artículo 5.2º que prevé la aplicación, “en caso necesario” —términos textuales de la ley—, de las medidas de internamiento terapéutico y de tratamiento ambulatorio a los menores en quienes concurren las circunstancias eximentes de la responsabilidad de los números 1º, 2º y 3º del artículo 20 del Código penal (enajenación mental, trastorno mental transitorio, intoxicación plena y alteraciones en la percepción)¹⁰⁷. En estos casos, se estima, es adecuada la aplicación de las medidas citadas¹⁰⁸.

La necesidad, se manifiesta igualmente en el artículo 9.1ª al establecer las medidas cualitativamente adecuadas cuando la infracción sea una falta: amonestación, permanencia de fin de semana (hasta un máximo de 4), prestaciones en beneficio de la comunidad hasta 50 horas y privación del permiso de conducir o de otras licencias administrativas.

En relación a este principio, y como premisa del mismo, en el punto noveno de la Exposición de Motivos se afirma que se hará “un uso flexible del principio de intervención mínima, en el sentido de dotar de relevancia a las posibilidades de no apertura del procedimiento o renuncia al mismo, al resarcimiento anticipado o conciliación entre el infractor y la víctima, y a los supuestos de suspensión condicional de la medida impuesta o de sustitución de la misma durante su ejecución”. Pues bien, esto que el legislador llama aplicar de

manera flexible el principio de intervención mínima, no es más que aplicarlo en sus estrictos términos, lo que garantiza la total constitucionalidad del Derecho penal de menores establecido, al mismo tiempo que la adaptación al principio de “**diversificación y desjudicialización**” promovido por la normativa internacional¹⁰⁹. En el ámbito del Derecho jurisdiccional, la diversificación y la desjudicialización pueden considerarse una derivación del principio de oportunidad¹¹⁰. Este último, a su vez, en conexión directa con el carácter secundario o fragmentario del Derecho penal, por el cual solo debe intervenir penalmente cuando no es posible encontrar una tutela más eficaz por un medio menos gravoso.

A su vez, manifestación de la diversificación es el artículo 18 que regula el desistimiento de la incoación del expediente y su sustitución por la corrección en el ámbito educativo y familiar, en los casos de delitos menos graves¹¹¹ sin intimidación o violencia, y en el caso de faltas. Igualmente el artículo 19 que regula el sobreseimiento del expediente sustituyendo el proceso por la conciliación entre el menor infractor y la víctima o la reparación del daño causado. Una tercera manifestación de la intervención mínima es el artículo 27.4º, que permite a los miembros de los Equipos Técnicos proponer la no continuación del procedimiento por haberse expresado suficientemente el reproche, o por ser inadecuado y lesivo para el menor su continuación. Por último, encontramos la institución de la suspensión condicional de la ejecución de la medida definitivamente impuesta, o su sustitución en la fase de ejecución por otra que se adecue más a las nuevas circunstancias del menor¹¹².

Por su parte, la **necesidad de pena** es de aplicación en dos momentos, en el legislativo, en el que habla-

107. GONZÁLEZ CUSSAC y CUERDA ARNAU critican, con razón, este precepto porque habilita la imposición del sucedáneo de las medidas de seguridad en Derecho penal de menores pero sin tener como base el presupuesto del pronóstico de peligrosidad futura establecido por el artículo 95.1.1º del Código penal. J. L. GONZÁLEZ CUSSAC y M. L. CUERDA ARNAU, “Derecho penal de menores...”, págs. 81 a 88.

108. Esta necesidad vuelve a reiterarse en la regla 7ª del artículo 9. “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 medidas terapéuticas descritas en el artículo 7.1, letras d) y e) de la misma”.

109. *Vid. supra*, epígrafe 2.2.4.

110. En la LORRPM se regula lo que la doctrina ha denominado “principio de oportunidad reglada”. Según este principio, por oposición al “principio de oportunidad libre” de los países anglosajones, las facultades de disposición de la acción penal que ostenta el Ministerio Fiscal se encuentran clara y taxativamente reguladas en el texto de la norma, de manera que tan sólo es posible ejercerlas en el momento y cuando concurren todos los requisitos que la ley establece. La LORRPM recoge la oportunidad reglada a lo largo de todo su articulado y en todas las fases del procedimiento. En este trabajo los principios procesales no son tratados, por ello, y para mayor información sobre el tema *vid. A. MARTÍNEZ SERRANO*, “Principios sustantivos y procesales básicos...”, págs. 26 a 32.

111. Son delitos menos graves aquellos que estén penados con pena menos grave (artículo 13.2 del Código penal), y son penas menos graves las fijadas por el artículo 33.3 del Código penal.

112. Todas estas manifestaciones del principio de intervención mínima son citadas en M. T. MARTÍN LÓPEZ, “Consideraciones sobre la delincuencia de menores”, en M. T. MARTÍN LÓPEZ (Coord.), *Justicia con Menores: Menores infractores y Menores Víctimas*, Cuenca, 2000, pág. 133.

mos de necesidad abstracta de pena, y en el judicial o de determinación individual, en el que hablamos de necesidad concreta de pena. El análisis del cumplimiento de este principio en la Ley de menores requiere una previa consideración, y es la de que, si bien el legislador no ha querido llamar penas a las consecuencias jurídicas previstas, éstas no pueden sustraerse a la aplicación de este principio. Además, sea cual sea la denominación que se le haya dado, el propio legislador reconoce que tienen carácter (penal) sancionador, y en todo caso constituyen una privación de derechos para el menor infractor.

El cumplimiento de la **necesidad abstracta** (la pena elegida debe ser cuantitativamente la menor posible) puede verse en el catálogo de medidas previstas como consecuencias jurídicas, acordes con la finalidad resocializadora y educativa de que se les dota.

Por su parte, la **necesidad concreta** (donde sea posible sustituir la pena privativa de libertad debe hacerse) se encuentra en figuras tales como:

-la posibilidad de aplicar la normativa de menores a los jóvenes de entre 18 y 21 años,

-la posibilidad de suspender la ejecución del fallo por tiempo determinado y un máximo de dos años conforme al artículo 40 cuando la duración de la medida impuesta no sea superior a dos años,

-la posibilidad de sustituir o dejar sin efecto la ejecución de las medidas (artículo 51),

-la posibilidad de modificar la medida dentro de la fase de ejecución conforme a los artículos 14.1º y 49 (se podrá en cualquier momento dejar sin efecto la medida impuesta, reducir su duración o sustituirla por otra, siempre y cuando la modifi-

cación redunde en beneficio del menor y se exprese suficientemente a éste el reproche merecido por su conducta).

En todo caso, y según el artículo 7.3º, “para la elección de la medida o medidas **adecuadas**¹¹³ (...), se deberá atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos¹¹⁴, 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 (...). 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”.

b) Principio de proporcionalidad

Como primera consecuencia directa derivada del principio de proporcionalidad en el Derecho penal de menores hay que citar la imposibilidad de que las medidas a imponer sean de mayor gravedad que las previstas por el Código penal en el Derecho penal de adultos. Esta premisa, que fue puesta de manifiesto por el Tribunal Constitucional en Sentencia 61/1998, de 17 de marzo¹¹⁵ —recordando la jurisprudencia sentada por la tantas veces citada STC 36/1991—, es particularmente importante en la LORRPM, dado que la misma es, casi exclusivamente una ley de consecuencias jurídicas. Por ello, el artículo 8.II, aunque redactado bajo el título de *principio acusatorio*¹¹⁶, no hace más que recoger este contenido esencial del prin-

113. La negrita es mía.

114. Parece que es en este precepto donde debe basarse la necesidad, o no, de imposición de una medida en los casos de tentativa de delito, pues no hay en la Ley ningún artículo concreto que la regule. En este aspecto, mejor hubiera sido dedicar uno de los preceptos a la regulación de la tentativa, tal y como se hacía en la Proposición de Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor, de 29 de noviembre de 1996 (presentada por el Grupo Socialista del Congreso (B.O.C.G. Congreso de los Diputados, VI legislatura, Serie B, Núm. 71-1). En el artículo 10 de esta proposición se recogía la regulación de la tentativa en los siguientes términos: “1º.- Sólo se responderá conforme a esta ley por los delitos y faltas consumados. 2º.- No obstante, también se responderá por la tentativa en el caso de delitos graves en que concorra violencia o intimidación. 3º.- En los demás casos de tentativa de delito o falta el Juez pondrá los hechos en conocimiento de las Instituciones administrativas de protección de menores y archivará las actuaciones. 4º.- La realización de los actos preparatorios definidos en los artículos 17 y 18 del Código penal sólo dará lugar, si se considera precisa, a la imposición de la medida de amonestación” (la negrita es mía).

115. Esta Sentencia deriva de un recurso de amparo interpuesto contra una Sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado de Menores nº 2 de Madrid. En la misma se condenó a un menor, de 14 años de edad, por la comisión de un hurto frustrado de un bien valorado en 13.900 pesetas, imponiéndosele una medida de cuatro meses de internamiento en régimen semiabierto. En el Código penal derogado la misma acción se castigaba con un arresto menor —cuya duración era de uno a treinta días—. En consecuencia, el Tribunal Constitucional estimó vulnerado el principio de proporcionalidad y otorgó el amparo, recordando el F.J. 7º de la STC 36/1991 en el que se estableció 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” (F.J. 4º, último párrafo de la STC 61/1998).

116. Es el párrafo primero de este artículo el que recoge el principio acusatorio —más procesal que material— pues establece que el Juez, a la hora de determinar la medida a imponer, estará limitado por la medida solicitada por el Ministerio Fiscal, sin que pueda imponer una mayor restricción de derechos, ni una medida por tiempo superior a la solicitada por el acusador. Sin embargo, este artículo no reconoce técnicamente el principio acusatorio, aunque así se titule el precepto. El principio acusatorio implica que el Juez viene determinado por las acusaciones a la hora de dictar Sentencia, de manera que no puede condenar por hechos diferentes de los que se acusa, ni por delitos, grados de autoría o participación más graves a los estimados por los acusadores, ni aplicar agravantes no solicitadas. Pero el artículo 8.I LORRPM, lo que en realidad establece es una doble restricción, por un la-

cipio de proporcionalidad en el Derecho penal de menores estableciendo que “tampoco podrá exceder la duración de las medidas privativas de libertad contempladas en el artículo 7.1ª.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”¹¹⁷.

Sentado lo anterior, y en un sentido amplio, recoge este principio la necesidad de que exista proporcionalidad entre los hechos tipificados y las consecuencias jurídicas previstas, tanto en su duración como en su clase (proporcionalidad cuantitativa y cualitativa). Esta proporcionalidad en la duración —proporcionalidad cuantitativa— se recoge en las reglas 2ª a 6ª del artículo 9. Por su parte, la medida de internamiento en régimen cerrado sólo podrá ser aplicable cuando se haya empleado violencia o intimidación en las personas o cuando se haya actuado con grave riesgo para la vida o la integridad de las mismas —proporcionalidad cualitativa—. La duración de las medidas no podrá exceder de dos años, ni de cien horas si son prestaciones en beneficio de la comunidad u ocho

finés de semana si es permanencia de fin de semana. Cuando el infractor tenga dieciséis o más años, las medidas podrán elevarse a cinco años, doscientas horas o dieciséis fines de semana, si existió violencia, intimidación o grave riesgo para la vida o integridad de las personas. Las acciones u omisiones imprudentes nunca podrán sancionarse con medidas de internamiento en régimen cerrado.

El buen espíritu de la LORRPM, perfectamente acorde con el principio de proporcionalidad, se ha visto quebrado con las sucesivas modificaciones a la que se ha visto sometida. La LO 7/2000¹¹⁸, que modificaba la LO 5/2000, inicialmente sólo en materia de terrorismo¹¹⁹ —es decir, únicamente para los delitos de los artículos 571 a 580 del Código penal— acabó por determinar también la imposición de las medidas en los delitos de homicidio, asesinato, violación, agresiones sexuales agravadas, y todos aquellos delitos castigados en el Código penal con una pena privativa de libertad igual o superior a quince años¹²⁰. Los cambios introducidos que afectan al principio penal analizado —recogidos en la Disposición Adicional 4ª— son fundamentalmente cinco¹²¹:

do que el Juez de Menores no podrá imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos, ni de mayor duración respecto de la que haya sido solicitada por el Ministerio Fiscal —único acusador en el proceso—; y por otro lado, esta declaración se complementa con la contenida el párrafo II del propio artículo 8 con la limitación de la duración de las medidas restrictivas de libertad al tiempo de duración de la pena privativa del Derecho penal de adultos. Vid. C. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, “Comentario al artículo 8”, en C. CONDE-PUMPIDO FERREIRO (Dir.), *Ley de la responsabilidad penal de los menores. Doctrina con jurisprudencia y normativa complementaria*, Madrid, 2001, págs. 185 a 195.

117. De la dicción literal de este precepto hay que resaltar la aplicación exclusiva a las medidas privativas de libertad, de forma que en las medidas cuya naturaleza no sea privativa de libertad no tendrá el Juez en la determinación de la duración la limitación establecida por el tipo del Código penal. Por otra parte, el límite establecido por el artículo 8.II LORRPM es una remisión a la pena que hubiere recaído *in concreto*, y no al marco abstracto fijado por el Código. B. MAPELLI CAFFARENA, M. I. GONZÁLEZ CANO y T. AGUADO CORREA, *Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000...*, págs. 99 y 100.

118. LO 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en relación con los delitos de terrorismo (BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 2000).

119. Notorio fue que los motivos de fondo de la reforma fueron los hechos violentos promovidos por la “Kale Borroca” y protagonizados, en su mayoría, por sujetos menores de edad durante el año 2000.

120. Aunque, efectivamente, la ley afecte a estos otros delitos, es una ley concebida específicamente para el “terrorismo” de menores y jóvenes. Esto ha dado lugar a opiniones contrarias, como la de GIMÉNEZ-SALINAS, que estima que la LO 7/2000 ha roto la balanza y el “equilibrio difícilmente conseguido entre la sanción y la educación”, además de introducir la duda “sobre las posibilidades educativas en los jóvenes que han cometido un delito de terrorismo”. E. GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, “Capítulo I. Comentarios a la Exposición de Motivos y al Título Preliminar”, en *Justicia de Menores: una justicia mayor. Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad penal de los Menores*, CGPJ, 2000, pág. 35. Sobre las dos leyes orgánicas de modificación, la 7/2000, y la 9/2000, *vid.* la misma autora, “Comentarios a la LO 7/2000 y a la LO 9/2000 de 22 de diciembre”, en la misma obra colectiva, págs. 539 a 600. En este artículo se recogen los informes del C.G.P.J. (págs. 545 a 563), de la Fiscalía General del Estado (págs. 563 a 576), y de la Comisión Permanente del Consejo de Estado (págs. 576 a 595) sobre el anteproyecto de la modificación. Particularmente, en el último de los citados, se afirmaba que “a juicio del Consejo de Estado, podría resultar desproporcionado elevar a todos los menores por igual de 2 a 10 años la duración de la medida de internamiento en régimen cerrado”.

121. Junto a estos cambios, la LO 7/2000 introdujo cuatro más: 1) atribución de la competencia para conocer del enjuiciamiento de los delitos de terrorismo cometidos por menores a un Juzgado Central en la Audiencia Nacional, 2) creación de centros especiales para la detención, medidas cautelares y medidas de ejecución definitivas, en los delitos de terrorismo, 3) prohibición de acumular en el expediente abierto en el Juzgado Central de la Audiencia Nacional, otros expedientes del mismo menor, teniendo en todo caso preferencia el expediente de la Audiencia Nacional, y 4) aumento de los plazos de prescripción de los delitos y de las medidas impuestas en los tipos afectados. C. CEZÓN GONZÁLEZ, *La Nueva Ley Orgánica reguladora...*, pág. 15.

1) Se agravan las medidas que pueden imponerse en los delitos citados, distinguiendo por tramos de edad, de 14 a 16, y de 16 a 18 años: si el menor tiene más de 16 años, podrá imponérsele una medida privativa de libertad —internamiento en régimen cerrado— de uno a ocho años, complementada otra medida de libertad vigilada por un máximo de cinco años. Si el menor tuviera menos de 16 años la duración disminuye a un plazo máximo de cuatro años para el internamiento en régimen cerrado, y al plazo máximo de tres años para la libertad vigilada.

2) En los casos descritos en el punto anterior para los menores de entre 14 y 16 años, la medida de internamiento impuesta no podrá ser objeto de modificación, suspensión o sustitución durante la fase ejecutiva, si no ha transcurrido, al menos, la mitad de la duración fijada en condena.

3) Se introduce la obligatoriedad de imponer, en los casos de comisión de delitos de terrorismo, la medida de **inhabilitación absoluta** por un tiempo superior entre cuatro y quince años al de la duración de la medida de internamiento¹²². La inhabilitación producirá la privación de todos los honores, empleos y cargos públicos del menor infractor, 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 medida¹²³. Si bien la imposición de la inhabilitación es obligatoria, para determinar la duración concreta de la medida, el Juez habrá de atender proporcionalmente al número y gravedad de los delitos cometidos, así como a las circunstancias concurrentes del menor. Estos factores de motivación son criticados por transcribir, casi literalmente, los elementos previstos por el artículo 579.2 del Código penal, alejándose en gran medida de las disposiciones propias de la LORRPM, en cuyo artículo 7.3 se señala que para la elección de la medida adecuada se atenderá, especialmente, a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor¹²⁴.

4) Se prohíbe la aplicación de la LORRPM a los jóvenes adultos que presuntamente hayan cometido los delitos contemplados, y

5) Se establece un nuevo máximo de cumplimiento de la medida en fase de ejecución, en los casos de concurso, es decir, cuando el menor hubiere cometido más de un delito y alguno de ellos fuere de los delitos afectados por el cambio. En estos casos, el internamiento podrá alcanzar los diez años de duración si el menor tuviere más de 16 años, y los cinco años si el menor tuviere menos de 16.

En consecuencia, la LO 7/2000 crea dos regímenes claramente diferenciados, el primero, el régimen que podría denominarse general, y el segundo, un régimen especial para determinados delitos, que está marcado por la limitación en la discrecionalidad judicial en la elección y ejecución de la medida —pues asocia determinadas medidas a determinados delitos—, y por la limitación igualmente del principio de flexibilidad¹²⁵.

La incidencia de las reformas introducidas por la LO 9/2000¹²⁶ afectan, especialmente, al régimen de aplicación de la LORRPM a los jóvenes adultos —de dieciocho a veintiún años—, pues dicha ley orgánica dejó en suspenso, durante un plazo de dos años, la posibilidad abierta por el artículo 4º de la ley. Cuando, por fin, dicho plazo estaba a punto de finalizar se ha vuelto a dejar en suspenso la aplicabilidad del artículo 4º LORRPM hasta el 1 de enero de 2007¹²⁷.

c) Principio de culpabilidad

Varios son los sentidos que pueden atribuírsele al principio de culpabilidad. En un primer sentido, el principio de culpabilidad es un elemento indispensable del juicio de imputación subjetiva, pues sin infracción de un deber jurídico —norma subjetiva de determinación— no puede procederse al juicio de reproche.

122. Con esta regulación, en la que se determina la duración de la nueva medida introducida en la ley en función de la medida de internamiento efectivamente impuesta, el límite máximo de imposición de la inhabilitación absoluta puede incluso llegar de catorce a veinticinco años.

123. No cabe duda de que la finalidad de la medida de inhabilitación absoluta no es educativa, sino puramente represiva y preventiva —inocuidadora políticamente hablando, podría decirse—.

124. Manifiestan esta crítica V. CERVELLÓ DONDERIS, y A. COLÁS TURÉGANO, *La responsabilidad penal...*, pág. 34.

125. Así lo reconoce la Fiscalía General del Estado en su Circular núm. 2/2001, de 28 de junio, sobre la incidencia de las Leyes Orgánicas 7 y 9/2000, de 22 de diciembre, en el ámbito de la jurisdicción de menores. El texto puede encontrarse en B. MAPELLI CAFFARENA, M. I. GONZÁLEZ CANO y T. AGUADO CORREA, *Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000...*, págs. 697 a 713.

126. 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 1/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 2000).

127. Disposición transitoria única de la LO 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, y del Código civil, sobre sustracción de menores (BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 2002).

Pero el principio de culpabilidad también puede aparecer como **fundamento de la pena**, cuando el sujeto tenga capacidad de culpabilidad, conocimiento de la antijuridicidad del hecho y le sea exigible una conducta conforme a derecho. En esta significación de la culpabilidad la manifestación más clara de la Ley de menores es la relativa a la edad mínima de exigencia de responsabilidad penal (14 años), y a la diversificación por tramos a la hora de aplicar las medidas previstas. También en el artículo 5.1º que remite a las causas de exclusión de la responsabilidad criminal fijadas en el Código penal, entre las que se encuentran las exenciones por inculpabilidad.

En un último sentido, la culpabilidad se erige como fundamento de la determinación o medición de la pena. Así, no puede imponerse ninguna pena si no ha mediado dolo o imprudencia, y la determinación de la consecuencia irá correlativa al contenido de voluntariedad en la acción realizada. En la Ley Orgánica 5/2000 se echa en falta un artículo similar al artículo 5 del Código penal vigente (“no hay pena sin dolo o culpa”). En el artículo 9.6ª se habla de la imprudencia, pero para prohibir la aplicación del internamiento en régimen cerrado (como ya se ha dicho al hablar de la proporcionalidad). Sin embargo y dada la aplicación supletoria del Código penal, según la Disposición Final Primera, debe entenderse que dicho precepto es de directa aplicación y que por tanto, no cabrá en ningún caso responsabilidad penal objetiva¹²⁸. De igual manera actuará el artículo 14.3º del Código, relativo al error de prohibición, en aquellos casos en que el menor sea imputable pero no pueda reprochársele su conducta, o le sea reprochable en menor medida, por su desconocimiento.

C) Principio de resocialización

Sentado el carácter primordialmente educativo y resocializador de la Ley de Menores, no podía faltar en su articulado un precepto específico dedicado a este principio, constitucionalizado en el artículo 25 de nuestra Carta Magna. En efecto, es el artículo 55 el encargado de regularlo y lo hace en los siguientes términos.

“1. Toda la actividad de los centros en los que se ejecuten medidas de internamiento está inspirada por el principio de que el menor internado es sujeto de derecho y continúa formando parte de la sociedad.

2. En consecuencia, la vida en el centro debe tomar como referencia la vida en libertad, reduciendo al máximo los efectos negativos que el internamiento pueda representar para el menor o su familia, favoreciendo los vínculos sociales, el contacto con los familiares y allegados, y la colaboración y participación de las entidades públicas y privadas en el proceso de integración social, especialmente de las más próximas geográfica y culturalmente.¹²⁹

3. A tal fin se fijarán reglamentariamente los permisos ordinarios y extraordinarios de los que podrá disfrutar el menor internado, a fin de mantener los contactos positivos con el exterior y preparar su futura vida en libertad.”

Este principio sólo hace referencia a la medida privativa de libertad ya que el artículo se inserta dentro del Capítulo II del Título VII, dedicado a las reglas especiales para la ejecución de las medidas privativas de libertad. La razón de esta limitación es, en Derecho penal de adultos, que es en este tipo de medidas donde el principio resocializador debe jugar plenamente, ya que en el resto de medidas, dadas sus características, el principio se encuentra implícito. Sin embargo, las características especiales del Derecho penal de menores obliga a que la idea resocializadora impregne todos los tipos de medidas de la LORRPM, y además lo haga en todas sus fases, es decir, no sólo en la ejecución, sino también en las fases de previsión legal y determinación judicial¹³⁰.

Si en Derecho penal de adultos la necesaria participación social de todos los ciudadanos obliga a evitar cualquier tipo de marginación o exclusión social del condenado o sometido a una medida de seguridad, y el principio de resocialización debe materializarse en los esfuerzos por ampliar las posibilidades de esa participación social, otorgando alternativas a la vida delictiva¹³¹, con más razón en el Derecho penal de menores tendrán que seguirse estas guías orientadoras, pues el menor que delinque, en expresión coloquial, “tiene todavía toda la vida por delante”. Es más, en el caso de una gran mayoría de menores infractores, hay que ofertar, incluso, alternativas al modelo de vida que conduce al comportamiento criminal. De ahí, la inclusión de medidas tales como la convivencia con otras familias a la propia o grupos educativos previamente seleccionados, o la realización de tareas socio-educativas.

128. No puede decirse lo mismo respecto de la responsabilidad civil derivada de los hechos cometidos, pues en los términos en los que se ha regulado, en particular la responsabilidad de los padres, tutores o guardadores del menor, tiene un carácter si no objetivo, cuasi-objetivo.

129. Precepto de especial importancia cuando se trate de presos menores o jóvenes “pro etarras”.

130. V. CERVELLÓ DONDERIS y A. COLÁS TURÉGANO, *La responsabilidad penal...*, pág. 121.

131. S. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, pág. 134.

IV. Bibliografía

- ALBRECHT, P. A., *El Derecho penal de Menores*, edit. PPU, Colección "El sistema Penal", Barcelona, 1990, traducción al castellano de Juan Bustos Ramírez. CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho penal: Concepto y principios Constitucionales*, edit. Tirant lo Blanch, 3ª Edición, Valencia, 1999. CERVELLÓ DONDERIS, V. y COLÁS TURÉGANO, A., *La responsabilidad penal del menor de edad*, Madrid 2002. CEZÓN GONZÁLEZ, C., *La nueva Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Con las reformas introducidas en el articulado de las Leyes Orgánicas 7/2000 y 9/2000*, Barcelona, 2001. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., (Dir.), *Ley de la responsabilidad penal de los menores. Doctrina con jurisprudencia y comentarios*, Madrid 2001. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. y GIMÉNEZ-SALINAS, E., "Situación actual y perspectivas de futuro del tratamiento de los infractores juveniles en España", en *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, V. I., Valencia, 1997. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., "Imputabilidad y nuevo Código penal", en Cerezo Mir et al. (Eds.), *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada, 1997. DE LEO, G., *La justicia de menores*, C. González Zorrilla (Trad.), Barcelona 1985. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. et al. (Coord.), *Justicia penal de menores y jóvenes (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*, Valencia, 2002. GONZÁLEZ ZORRILLA, C., en "Minoría de edad penal, imputabilidad y responsabilidad", en *Documentación jurídica*, enero-diciembre, Madrid, 1983. GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Un proyecto alternativo a la regulación de la responsabilidad penal de los menores*, Valencia, 2000. HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ, V., "La nueva Ley de la reforma penal de menores: aspectos educativos y garantías procesales", en *Boletín Oficial del Ministerio de Justicia*, nº 1648, 1992. HORMAZÁBAL MALARÉE, H., "El Derecho penal subjetivo y sus límites", en *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Volumen II, Valencia, 1997. MAPELLI CAFFARENA, B., GONZÁLEZ CANO, M. I., AGUADO CORREA, T., *Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Sevilla, 2002. MARTÍN LÓPEZ, M. T. (Coord.), *Justicia con Menores: Menores infractores y Menores Víctimas*, Cuenca, 2000; *La responsabilidad penal de los menores*, Cuenca, 2001. MARTÍN OSTOS, J., *Jurisdicción de Menores*, edit. Bosch, Barcelona, 1994. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M., (Dir.), *Menores privados de libertad*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid 1996. MATA LLÍN EVANGELIO, A., "La capacidad de culpabilidad de los sujetos sometidos a la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores", en *Estudios penales y criminológicos*, XXII, 2000. MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, 2ª Edición, Barcelona, 1985; *Derecho penal. Parte General*, 6ª Edición, Barcelona, 2002. ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R., (Dir.), *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*, Madrid, 2001. RÍOS MARTÍN, C., *El menor infractor ante la Ley penal*, Granada, 1993. SAJÓN, R., *Derecho de Menores*, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995. SERRANO BUTRAGUEÑO, I., *Comentarios al Código penal de 1995*, edit Comares, Granada, 1998. SILVA SÁNCHEZ, J. M., "V. El régimen de la minoría de edad penal (artículo 19)", en *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997. V.V.A.A., *Justicia de Menores: una justicia mayor. Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad penal de los Menores*, CGPJ, 2000. V.V.A.A., *Juzgados de Menores: Legislación, Jurisprudencia y Formularios*, Consejo Superior de Abogados de la Comunidad Valenciana, Valencia, 1998. VENTURA FACI, R. y PÉLAZ PÉREZ, V., *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Comentarios y jurisprudencia*, Madrid, 2000.