

RESEÑA HISTÓRICA SOBRE LA MINORÍA DE EDAD PENAL

Ana Alemán Monterreal

Profesora Titular de Derecho Romano. Universidad de Almería

RESUMEN:

El presente trabajo constituye una reseña sobre la minoría de edad penal, manifestando la trayectoria jurídica de que ha sido objeto en las diversas legislaciones desde el derecho histórico al actual.

La delimitación de una edad a partir de la cual el sujeto deviene responsable por la comisión del acto delictivo ha constituido, y constituye, un problema de difícil resolución, como prueba la ingente legislación que *ab antiquo* ha venido preocupándose del tema.

Palabras clave: Minoría de edad penal – imputabilidad – responsabilidad.

ABSTRACT:

This project is a report on the responsibility of the people who is under age; here I will try to express the evolution of how has it been legislated since the first moment that we come across to this institution, to the present day.

The fact of saying an age from which a person becomes responsible for committing a criminal act has constituted, and it still goes on doing, a problem difficult to solve. As proof of this fact, we can have a look to the huge amount of legislation which, *ab antiquo*, has been dedicated to resolve it.

Key words: to be under age – guilt – criminal responsibility.

Reseña histórica sobre la minoría de edad penal

Como ya afirmaba Mommsen, el concepto de delito reside en el carácter moral de la naturaleza humana, siendo el sistema penal la ley moral convertida en ley política. Por ello, el hombre en cuanto se halla sometido a la ley moral y en cuanto pertenece a un estado está sujeto a la ley penal, sea cual sea su posición y su condición jurídica, no obstante, apreciamos que siempre han existido personas que han carecido de capacidad para delinquir y/o de capacidad para ser penados, o lo que es lo mismo, para sufrir la pena¹.

Pues bien, en el ámbito de estas excepciones ha constituido una constante en nuestro derecho histórico la consideración de la menor edad, en unos casos como determinante de la punibilidad, en otros como eximente, y no faltan aquellos supuestos en que actúa como atenuante de la pena. De aquí que, dediquemos estas líneas siguientes a exponer el recorrido histórico en el que la menor edad ha sido objeto de regulación jurídico penal, y ello, sobre todo, por la dificultad que presenta, como tendremos ocasión de constatar, la determinación del límite de edad a partir del cual es exigible la responsabilidad delictual.

I. LA MINORÍA DE EDAD PENAL EN EL DERECHO HISTÓRICO

En Derecho romano², como sabemos, carecían de capacidad penal, y por consiguiente, eran irresponsables, las personas carentes de capacidad de obrar, por lo que la edad constituía una causa determinante a estos efectos. Probablemente, la dificultad de determinar cuando la persona había alcanzado el pleno desarrollo – a lo que habría que añadir la variabilidad *inter* sujetos-, así como, las exigencias diversas de las distintas acciones punibles, llevaría a establecer límites determinados de edades, según los casos, que delimitaban la plena responsabilidad penal del individuo.

Y, en este sentido, la capacidad penal, en principio, se adquiría cuando se adquiría la pubertad, si bien ya en la ley de las XII Tablas se demostraba que esta capacidad y subsiguiente imputabilidad penal del menor venía considerada, y como tal resuelta, como una cuestión de hecho.

Así, por ejemplo, en la tabla 8,9 se castigaba con la pena capital al púber que por la noche pastase o segase mieses, observando, que cuando el mismo delito fuese cometido por un impúber sería el pretor, quien determinaría según su criterio, si debía ser castigado con azotes, ordenando, por lo demás, la reparación del daño o el pago del doble. El mismo sentido se aprecia en la tabla 8,14 respecto a un *furtum manifestum*, en el que los decenviros habían establecido distintas penas en función de quien lo hubiese cometido, así si era un hombre libre debía ser azotado y entregado a la víctima del hurto, por el contrario, si era un esclavo debía ser azotado y despeñado por la roca, pero si su autor hubiese sido un impúber, al igual que en la tabla 8, 9, el pretor determinará si debe o no ser azotado, obligando a reparar el daño causado³.

1 MOMMSEN, *Derecho Penal Romano*, trad. castellana Dorado, 2ª edic., Colombia 1999, p. 46.

2 Advertimos que un estudio detenido sobre la edad penal en derecho romano podrá verse en un próximo trabajo, por lo que, en este caso, nos limitamos a señalar someramente unas reglas generales al respecto, pues, en otro caso, sobrepasaría ampliamente el sentido de esta reseña.

3 T.8,9 (*Plin., Nat. hist.*, 18,3,12): *Frugem...aratro quaesitam noctu pavisse ac secuisse puberi XII tabulis capital erat, suspensumque Cereri necari iubebant... inpubem praetoris arbitratu verberari noxiamve*

Pero, en cualquier caso, y ciertamente, como regla general la imputabilidad penal por la comisión de un delito se alcanzaba en la pubertad, o sea, en los varones mayores de 14 años y en mujeres mayores de 12, pero, sin embargo este principio no se mantuvo en la práctica, en donde apreciamos una plena irresponsabilidad penal en el *infans*, mientras que para los impúberes, la imputabilidad o inimputabilidad criminal, fue una cuestión a determinar en el caso en concreto, dependiendo de determinadas circunstancias, fundamentalmente, del discernimiento, ya que el conocimiento y la malicia podía suplir a la edad, por lo que cuando éste fuere probado, el impúber era responsable criminalmente, apreciándose, en la mayoría de los casos, una atenuación de la pena prevista para el acto delictivo cometido.

No obstante, no era usual, la condena a los impúberes *infantia maiores*, dada la poca edad y su proximidad al *infans*, lo que dificulta sobremanera que tuviesen conciencia de la ilicitud del acto, la que por lo demás, constituye el criterio determinante de la irresponsabilidad, e incluso, alcanzada la pubertad, la edad es tomada en consideración para fijar la medida de la pena⁴.

Los glosadores y postglosadores manteniendo los tres períodos de la menor edad, con alguna variante del derecho romano⁵, no se pronunciaron expresamente sobre la responsabilidad penal en dichas edades; no obstante, parece advertirse una cierta paridad entre el menor y el incapaz, siempre que éstos fuesen de escasa edad, y en este sentido, afirmar la irresponsabilidad del incapaz, estableciendo, además, que sus guardadores, generalmente los padres, estaban obligados a vigilarlos⁶.

Algo más explícita parece ser la posición sostenida por el derecho canónico, que adoptando fundamentalmente la distinción romana, señalaba determinadas edades en relación a las consecuencias provenientes del delito. El límite mínimo de edad para exigir responsabilidad se concretaba en los 7 años, hasta esa edad se era totalmente irres-

duplionemve decerni. T.8,14 (Gell. 11,18,8): Ex ceteris... manifestis furibus liberis verberari addicique iusserunt (Xviri) ei, cui furtum factum esset...; servos... verberibus affici et e saxo praecipitari; sed pueros impubes praetoris arbitratu verberari voluerunt noxiamque... sarciri.

4 Del todo ilustrativo el fragmento gaiano referente al *furtum*, en donde el motivo determinante de la responsabilidad del impúber es el conocimiento, el darse cuenta, la conciencia clara de que está realizando un acto delictivo, lo que normalmente acontece en un impúber que está próximo a la pubertad, *Gai., Inst.*, 3,208: *In summa sciendum est quaesitum esse, an impubes rem alienam amouendo furtum faciat. plerisque placet, quia furtum ex adfectu consistit, ita demum obligari eo crimine impuberem, si proximus pubertati sit et ob id intellegat se delinquere*; en el mismo sentido se declara en D.50,17,11pr., afirmando la responsabilidad por hurto e injurias de un impúber próximo a la pubertad. Obsérvese como es precisamente la ausencia de conocimiento del hecho delicto también el motivo determinante de la irresponsabilidad penal del *infans* a propósito de delito de homicidio, como expresa Modestino en un conciso y elocuente fragmento recogido en D.48,8,12: *Infans vel furiosus, si hominem occiderint, lege Cornelia non tenentur, quum alterum innocentia consilii tuetur, alterum fati infelicitas excusas*. También la poca edad era causa de absolución en los casos menos graves de incesto, y el motivo no era un conocimiento simple de la relación infringida, sino aquel conocimiento del derecho que servía de base al dolo necesario para el delito; idéntica idea que se constata en numerosos fragmentos, por ejemplo, en D. 47,10,31, en donde se exime de responsabilidad en el delito de injurias al impúber y al *furiosus*, porque *doli capax non est*, quizás, por este motivo, como decía Ulpiano en D.47,2,23, Juliano afirmaba la responsabilidad por hurto del impúber, ya que era capaz de dolo. Interesante la consideración de esta edad en otros delitos públicos como el de falsedad, falsificación de moneda –fundamental al respecto C.9,24,1,4– y violación de sepulcros; respecto a este último, *vid.*, sobre todo, D.47,12,3,1, en donde el motivo de exclusión de la responsabilidad no es otro que la inexistencia de *dolo malo* en el impúber, lo que igualmente le excepciona de la responsabilidad de delito de robo con violencia en D.47,8,2,19. Temas, todos ellos, sobre los que, insistimos, serán tratados en un próximo trabajo.

5 *Infans* de 0 a 7 años; *proximus infanti* entre 7 y 10 años; y, *proximus pubertati* de 10 a 14 años en los varones y de 10 a 12 años en las mujeres.

6 En este sentido, Bartolo, *In leg. Iure provisum, C. de Fabric.* Lib.2 tit.9, señalaba “*Parentes nemque teneri pecunialiter de delicto per furiosus cognatos comiso, ut attentius curent ne quis de agnatione auc vicinia delinquat*”.

ponsable, a partir de esta edad, la capacidad y subsiguiente responsabilidad será una cuestión apreciable en cada caso en concreto, y que, por lo demás, podía constituir una circunstancia atenuante. La plena responsabilidad parece hallarse en la pubertad, fijada, ahora, en 14 años para ambos sexos⁷.

Pero, ciertamente, como ha sostenido Cuello Calón, en nuestra legislación penal con anterioridad a las Partidas no se encuentra una doctrina orgánica sobre la punición de los delitos cometidos por los menores. En efecto, en los textos legales anteriores a las Partidas sólo se encuentran disposiciones aisladas, confusas y entremezcladas con otros temas⁸.

Así, en el *Liber Iudiciorum* sólo encontramos un fragmento en el que establece un límite de edad a efectos de imputabilidad penal respecto a un delito muy concreto; en este sentido, se declaran exentos de responsabilidad a los menores de 10 años que leyeran libros que contuvieran doctrinas heréticas judaicas:

“...*Infantes tamen ipsi, vel pueri a tantis supradictis damnis erunt alieni, si ipsam perfidiae doctrinam infra X. aetis suae annos positi meditasse fuerint visi. Caetarum si post X. annos quisquis talia attendit, vel meditari vetita praesumpserit, superioris institutionis damna vel verbera adnotatus sustineat.*”⁹

En esta línea el Fuero Juzgo señalaba:

“E aquellos mozos é aquellos ninnos estonce seran libres de la pena é de los azotes que nos establecimos, quando fuere probado que leyendo ellos aquel error non avien doce annos; é si ovieren mas de doce annos, e leyeren aquella abusion, sufran la pena, é el pecho, é los azotes que sus maestros han de sufrir en esta nuestra constitución”¹⁰.

Observamos, pues, que la delimitación de la edad en lo tocante a la lectura de libros que no contenga la ley de Cristo viene determinada en 12 años, por lo que los menores de esta edad quedan exentos de responsabilidad penal.

De otro lado, encontramos una referencia imprecisa a infracciones cometidas por quienes se encuentran sometidos al poder de otra persona, entre los que se menciona a los menores “mancebo”, pero sin que se haga la más mínima alusión a la edad, tan sólo una exención de la pena, por haber realizado el acto punible por mandato de su “padron” o “señor”:

“Ningun mancebo libre ó franqueado ó siervo si fiziere algun tuerto de mandado de su padron ó del sennor, el padron ó el sennor sean tenudos de la enmienda é los que le ficieren por mandado dellos non deven aver ninguna culpa: ca no lo ficieron por su voluntad, mas por mandado de lo sennores”¹¹.

7 METZ, “L'enfant dans le droit canonique medieval. Orientations di recherche”, *La femme et l'enfant dans le droit canonique medieval*, London 1985, pp. 93 ss.. Se ha apuntado que en las *Clementinas* se establecía un período de inimputabilidad plena para los menores de 7 años, cuyo motivo residía, fundamentalmente, en la ausencia de malicia; también, que Graciano señalaba que el menor de escasa edad, al igual que el enajenado, *facultatem deliberandi non habuit*, ya que *ex mentis deliberatione non processerunt*, por lo que no se le podía exigir responsabilidad por la comisión de actos delictivos, no obstante, no determinó un límite preciso de la edad a efectos de imputabilidad delictual; y que, en las Decretales de Gregorio IX en algunos casos se declaraba responsable al impúber, pudiéndosele aplicar penas atenuadas, mientras que en otros se consideraba irresponsable al menor de 14 años.

8 CUELLO CALÓN, “La infancia delincuente y abandonada en la antigua legislación penal española”, *Revista Penitenciaria* II (1905) pp. 48 ss.; *Criminalidad infantil y juvenil*, Barcelona 1934, pp. 87 ss..

9 *Liber Iudiciorum* 12,3,11.

10 Fuero Juzgo 12,3,11.

11 Fuero Juzgo, 8,1,1.

En puridad, no existe normativa referente a los límites de edad para exigir responsabilidad penal ni en los textos señalados, ni en el Fuero Viejo de Castilla, ni en el Fuero Real.

Sin embargo, curiosamente, encontramos diversos preceptos tendentes a la protección de los menores. Ya en el Fuero Juzgo se imponían penas severas a los padres de los niños “echados”, o a aquéllos que los vendían o sacaban de su casa con engaño; también, en el Fuero de Castilla se contempla el procedimiento que ha de seguirse en el supuesto de heridas causadas a los niños, así como, la protección de los niños abandonados por su padres que prevé el Fuero Real¹².

Tampoco se preocupan del tema los Fueros municipales, los que, por lo demás, contienen algunas disposiciones referentes al derecho disciplinario del padre.

Tan sólo se encuentran algunas referencias en el Fuero de San Miguel de Escalona, en el que se establece un período de irresponsabilidad absoluta para el infante, delimitando el comienzo de la imputabilidad, con base en un criterio fisiológico: la época en la que se produce el cambio de dientes. En el Fuero de Salamanca se recoge el juramento que debía prestar el padre o pariente más próximo para eximir a los niños de responsabilidad criminal en los delitos de lesiones o en el delito de homicidio. Y, en el Fuero de Villavicencio se declara la irresponsabilidad de los niños fijodalgos culpables de lesiones en riña¹³.

De otro lado, apunta Higuera Quimera, que en el Fuero de Brihuega parece establecerse el comienzo de la responsabilidad penal en los 10 años, mientras que en el Fuero de Ledesma se rebaja esta edad a los 9 años¹⁴.

Pero, ciertamente, habría que esperar a las Partidas, en donde encontramos como la edad de la persona es tenida en cuenta en la determinación de la responsabilidad penal. En efecto, la edad en unos casos determina la punibilidad, en otros la exime, y no faltan aquellos supuestos en que la edad determina una atenuación de la pena. Advirtiendo, además, que no existe todavía una nítida distinción entre la responsabilidad penal y civil.

En efecto, las Partidas ofrecen, sin duda, una ordenación sistemática de la minoría de edad penal, distinguiendo dos límites de edad, a saber: uno, para los delitos que afectan a la honestidad, delitos de lujuria, en donde la irresponsabilidad alcanza hasta los 14 años en el hombre y 12 en la mujer, y otro, para los demás delitos, en cuyo caso, la minoría de edad penal se sitúa en los 10 años y medio. Los menores de estas edades venían excluidos de responsabilidad criminal, por lo que no se les podía acusar de ningún “yerro” que hiciesen, ni se les podía aplicar pena alguna. Junto a ello, existen, como veremos, atenuantes hasta los 14 años, e incluso, hasta los 17.

El límite de la minoría penal no era, pues, invariable, al igual que acontece en los Códigos modernos.

Con suma claridad lo refleja la P.7,1,9 “Por quales yerros pueden fer acufados los menores e por quales non”, distinguiendo las edades señaladas a efectos de la inimputabilidad por la comisión de dichos actos delictivos. He aquí el texto:

“Moço menor de catorze años nõ puede fer acufado de ningũ yerro ql fufieffen q ouieffe fecho en razõ de luxuria. Ca maguer fe trabajaffe de fazer tal

12 Fuero Juzgo 7,3,3; Fuero Viejo de Castilla 2, 1, 8; Fuero Real 4,22.

13 SÁNCHEZ OBREGÓN, *Menores infractores y Derecho Penal*, México 1995, pp. 9 ss..

14 HIGUERA GUIMERA, “Los antecedentes históricos de la minoría de edad penal”, *Actualidad Penal* 33 (2003) [http/ www.laley.net](http://www.laley.net).

yerro como este, nõ deue ome afnar q lo podria cõplir. E fi por auentura acaciefie q lo cõplieffe, nõ aura entedimiẽto cõplido para entẽder, nin faber lo q fazia. E porẽde nõ puede fer acufado, nin le deuẽ dar pena porende. Pero fi acaciefie q este tal, otro yerro fizieffe, affi como fi firieffe, o mataffe, o furtaffe, o otro fecho femejante deftos e fueffe mayor de diez años, e medio, e menor de catorze: dezimos que bien lo puedẽ ende acufar: e fi aquel yerro le fuere prouado non le deuen dar tan grand pena en el cuerpo, nin en el auer como fariã a otro que fueffe de mayor edad, ãte gela deuẽdar muy mas leue. Pero fi fueffe menor de diez años e medio: eftõce non le pueden acufar de ningun yerro que fizieffe. Effen mifmo dezimos q feria del loco, o del furiofo, o del defmemoriado q lo non pueden acufar de cofa que fizieffe mientras q le durare la locura. Pero non fon fin culpa los parientes dellos, quando non les fazen guardar de quifa que non puedan fazer mal a otri”.

Observamos, pues, que el límite penal para los delitos de lujuria viene establecido, como apuntábamos, en los 14 años para el hombre, lo que se justifica en la ausencia de entendimiento, presentando, en consecuencia, una falta de capacidad para comprender lo que están haciendo o han hecho, siendo, cuando menos, imposible la lascivia en tan pocos años de edad.

En la misma línea la P.1,1,21, referente a las personas que pueden ser excusadas de no saber las leyes, señala la falta de entendimiento como el criterio determinante para la exención de responsabilidad en los delitos de lujuria del varón menor de 14 años y de 12 en la mujer:

“...Effen mifmo dezimos del moço que fueffe menor de catorze años: o la moça menor de doze: Moguer prouaffe fecho de lujuria. Eftos tales efcufados ferian de la pena de las leyes, por que non han entendimiento....”

Edad que reitera la P.7,18,2 excluyendo expresamente al mozo menor de 14 años y a la moza menor de 12 de la acusación del delito de incesto,

“...Otrofi puede fer acufado defte yerro todo ome que lo fiziere: fueras ende moço menor de catorze años, e la moça menor de doze”

E igualmente, la P.7,21,2 equipara al menor de 14 años al que realiza el acto de sodomía a la fuerza, y por consiguiente, viene eximido de responsabilidad por la comisión de este delito; el motivo es obvio: los forzados no tienen culpa, mientras que los menores no entienden la gravedad de lo que hacen. Delito que, por lo demás, es castigado con la pena de muerte.

“...E fi le fuere prouado deue morir porende: ...o fueffe menor de catorze años. Ca eftonce non deue recibir pena, porque los que fon forçados non fon en culpa, otrofi los menores non entienden que es tan grã yerro como es aquel que fazen...”

Para los demás delitos dice la P.7,1,9 que a los menores de 10 años y medio “Non le deven dar ninguna pena”, reiterando la incapacidad de comprensión y entendimiento en la realización del acto delictivo. Lo que igualmente constatamos en la P.1,1,21, cuando sostiene que el menor de 10 años y medio queda excusado de las penas que las leyes establecen para determinados delitos –hurto, homicidio, falsedad- por la mengua de edad y de sentido¹⁵.

15 “...mas fi por auentura fueffen menores de diez años e medio, e fizieffen algun otro yerro, affi como furto, o omicidio, o falsedad, u otro malfecho qualquer ferian efcufados otrofi delas penas que las leyes mandan por mengua de edad y de fentido”.

En idéntico sentido se expresa la P.7,8,3, referente al homicidio, que insiste en la minoría de edad penal de los 10 años y medio, al igual que en la causa que justifica la inimputabilidad del acto delictivo: no sabe ni entiende lo que está haciendo,

“...Otrofi dezimos que fi algund ome que fueffe loco, o de[m]memoriado, o moço que non fueffe de edad de diez años e medio mataffe a otro, que non cae porende en pena ninguna, porque non fabe, nin entiende el yerro que faze.”

Criterio que también encontramos en la P.7,14,17, para los delitos de hurto, “Como los que lon menores de diez años e medio, e los locos, e los de[m]memoriados no lon tenudos a la pena del furto que facen¹⁶.”

Es más, en la P.7,1,9 también se establece que desde los 10 años y medio en adelante podían ser castigados, ya que cada sujeto puede presentar una diversa capacidad de entendimiento y comprensión, por lo que habrá que estar al caso concreto para la determinación de la responsabilidad criminal.

Gregorio López señalaba que el límite de la edad penal en el derecho común venía establecido en la edad de 10 años y medio para los hombres y 9 años y medio para las mujeres; límite de edad que no había pasado a ninguna de las leyes de las Partidas. En su opinión las leyes fijaban estos límites por presumir que por debajo de estas edades no se tenía capacidad de dolo, pero que si en el caso en concreto el juez creía que el menor de 10 años y medio había actuado con dolo podía castigarlo arbitrariamente¹⁷.

Pero, además, el mayor de 10 años y medio y menor de 14, que ya podían ser condenados, advierte la P.7,1,9, que la pena debía ser atenuada en relación a la ordinaria.

Atenuación a la que igualmente alude la P.7,31,8, elevando, en este caso la edad a los 17 años, ya que en estas edades no debían de ser condenados con las mismas penas que se le imponen a los mayores de edad. Insistiendo, de nuevo, en la minoría de edad penal de los 10 años y medio.

“...E fi por aventura el q ouieffe errado fueffe menor de diez años e medio nõle deuẽ dar ninguna pena. E fi fueffe mayor defta edad e menor dediez e fiete años, deuen le menguar la pena q darian a los otros mayores por tal yerro...”

En este sentido señala Tomás y Valiente que en la práctica parece probable que se ampliara el límite de los 17 años, ya que como cuenta Alonso de Villadiego, al mayor de esa edad y menor de 25, aunque no había precepto legal al respecto, era costumbre que los jueces aminorasen la pena ordinaria. Lo que es seguro, dice Tomás y Valiente, es que esta práctica fue una realidad en el siglo XVIII, pues Feijóo opinaba en su contra, por considerar que precisamente entre los 18 y los 25 años se cometían muchos delitos, en concreto, adulterios, estupros y homicidios en pelea, ya que en esta edad es “más furiosa la concupiscencia y más violenta la ira”, por lo que debía de ser más fuerte el castigo con la finalidad de detener estos actos delictivos y corregir esos instintos en edad tan crítica¹⁸.

16 “Moço menor de diez años e medio, furtando alguna cofa como quier que fi lo fallare con el furto q lo pueden tomar con todo effo no pueden, nin deuẽ demandarle la cofa cõ la pena del furto. Effen mefmo dezimos del loco, del de[m]memoriado, o furiofo...”. Obsérvese el reiterado tratamiento paritario que las Partidas realizan de la minoría de edad penal con los estados de enajenación mental: locos, desmemoriados, furiosos.

17 GREGORIO LÓPEZ, glosa a P.7,1,9, citado por TOMÁS y VALIENTE, *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII, XVIII)*, Madrid 1992, p. 340, n.130 y 131.

18 TOMÁS y VALIENTE, *El derecho penal cit.*, pp. 340 ss.. ALONSO DE VILLADIEGO DE VASCUÑANA y MONTOYA, *Instrucción política y práctica judicial*, Madrid 1747, p. 73, num. 163; FEIJÓO, *Teatro crítico universal*, Madrid 1734, VI, primero, quinta parte, pp. 27 ss..

Por último, tan sólo señalar que la P.7,15,5 referente a los daños realizados por quien está en poder de otro, por ejemplo, el hijo en poder de su padre, o el menor de 25 años sometido a guarda; distinguiendo entre los delitos de los que no es responsable, de aquéllos de los que deben responder, entre los que se encuentran el deshonorar, el herir o el matar¹⁹.

Igualmente, mencionar que son numerosas las disposiciones en las Partidas dedicadas a la protección de la infancia²⁰.

Como expone Cuello Calón existen numerosas leyes, ordenanzas, pragmáticas, etc., de carácter penal con posterioridad a las Partidas hasta la codificación de 1822 que establecen nuevos límites de edad penal, con la finalidad de exceptuar o atenuar las durísimas penas impuestas ante la comisión de determinados actos delictivos²¹.

Así, en las Ordenanzas Reales de Castilla se exceptúan los menores de 12 años de las duras penas impuestas a los vagos mayores de esta edad²².

En la Novísima Recopilación, encontramos numerosas pragmáticas en este sentido. Por ejemplo, en Nov. R.,12,14,1, los ladrones menores de 20 años son castigados con arreglo a las leyes comunes, que establecen penas más benignas que las galeras; idéntico criterio que se sigue para los rufianes de la misma edad en la Nov. R.,12,27,2. También, se atenúan, respecto a esta edad, las durísimas leyes contra los gitanos, como se atestigua en Nov. R.,12,16,2²³.

Pocos años después se reduce la edad a 17 años.

En este sentido, Felipe II en 1566 ordena que los ladrones menores de 20 pero mayores de 17 fuesen condenados a galeras; y Carlos II en 1695 dispone que los gitanos menores de 17 años no fuesen condenados como los adultos a la pena de galeras, sino que fueran apresados o destinados en las obras cuando fueran mayores de 14 años, estableciendo medidas determinadas cuando no alcanzasen esta edad²⁴.

19 "...:cadavno deftos que ficieffe daño en cofas de otro por mandado de aquel en cuyo poder efuieffe, non feria tenuto de fazer emienda del daño que afsi fueffe fecho. ...Pero fi alguno deftos defhonraffe, o firieffe, o mataffe a otro, por mandado de aquel en cuyo poder eftouieffe, non fe podria efcucar de la pena: por que non es tenuto de obedecer fu mandado en tales cofas como eftas..."

20 En este sentido, P.7,8,9 limita el abuso del derecho de corrección de padres y maestros, castigando con el destierro por 5 años; P.4,20,4 dispone que no sean entregados a los padres los niños que fueron abandonados; P.7,14,22 castiga duramente –pena de muerte- el robo de niños; P.7,22,1 y 2 establecen penas severas en los casos de prostitución de menores, etc..

21 CUELLO CALÓN, "La infancia delincuente" *cit.*, pp. 746 ss..

22 Ordenanzas Reales de Castilla 8,14,2. Idéntica medida que encontramos posteriormente en la Nov. R.12,31,2.

23 Así en la pragmática de 25 de noviembre de 1552 de Don Carlos y Doña Juana, y el príncipe Don Felipe, se establece: "Mandamos á todas las justicias de nuestros reynos, que los ladrones, que conforme a las leyes de nuestros reynos deben ser condenados en pena de azotes, de aquí en adelante la pena sea, que los traigan á la vergüenza y que sirvan quatro años en nuestras galeras....Y mandamos que los ladrones, y vagamundos y holgazanes menores de la dicha edad de veinte años..., siendo presos por lo suso dicho, no sean echados a las galeras, sino que sean penados y castigados conforme á las leyes de nuestros reynos." Don Carlos y Doña Juana, y el príncipe Don Felipe en pragmática de 25 de noviembre de 1552 y Don Felipe II por otra de 3 de mayo de 1566: "...Y en quanto á la edad de veinte años, se guarde con los dichos rufianes lo que está dispuesto y declarado cerca de los ladrones." Y finalmente, una pragmática de Don Carlos y Doña Juana en 1539, y Don Felipe II en 1560: "...Las Justicias los prendan.; y al que fuere, o fueren de edad de veinte años fasta cinquenta, los envien á las nuestras galeras...; y siendo de menos edad de los dichos veinte años y mayores de cinquenta, sean executadas en ellos solo las penas en la dicha pragmática contenida..."

24 Respectivamente, Nov., R.12,14,2: "...y habiendo á lo menos diez y siete años: y como quiera que, conforme al uso y estilo que los jueces tienen en estos reynos...; ordenamos y queremos, que la dicha

Y, Felipe V que castigaba con la pena de muerte a los ladrones mayores de 17 años por los robos cometidos dentro de la Corte y en cinco leguas, atenuaba la pena a 200 azotes y 10 años de galeras cuando el ladrón fuese menor de 17 y mayor de 15 años:

“...:que á cualquiera persona que, teniendo diez y siete años cumplidos, dentro de la Corte y en las cinco leguas de su rastro y distrito le fuere probado haber robado á otro, ya sea entrando en las casas, ó acometiéndole en las calles y caminos, ya con armas o sin ellas..., se le deba imponer pena capital...: que si el reo de semejante delito no tuviere la edad de diez y siete años cumplidos y excediere de los quince, se le condene en la pena de doscientos azotes y diez años de galeras, y a que, pasados, no salga de ellas sin mi expreso consentimiento...”²⁵.

Refiere Tomás y Valiente como los jueces respetaban generalmente en sus sentencias los límites de edad establecidos en las leyes, pero, ciertamente, como no eran del todo concisos, la interpretación judicial quedaba sujeta a un amplio margen de valoración²⁶.

Al respecto, señala que en ocasiones no se expresaba la edad concreta de los reos a los que en autos se califica de “menores”. E igualmente, relata el caso acontecido en 1766 en que el juez de comisión enviado por el Consejo Real a San Idelfonso para averiguar y castigar a los autores de un delito de injurias, castigaba a cinco reos a distintas penas, y absolvía a uno de ellos “por ser de mui corta edad”.

En Osuna en 1687, un fiscal señalaba como el menor de 19 años que había matado a un hombre no debía de ser castigado con pena distinta de la ordinaria para este delito: muerte en la horca, pues concurrían todas los caracteres de capacidad y entendimiento para su imposición; aunque, refiere que no fue condenado, advierte que el motivo no fue la edad, sino las influencias y gestiones de su padre: un doctor principal de Osuna.

Finalmente, nos cuenta el caso en que el padre González en carta de 15 de septiembre de 1643 dirigida al padre Pereira, que confirmaba que teniendo el reo más de 17 años aunque menos de 25 podía ser condenado a muerte si el arbitrio judicial no consideraba justo disminuirle la pena ordinaria. En esta ocasión el muchacho ejecutado tenía 18 o 19 años, era autor de tres homicidios, y la reina confirmó como justa la sentencia, ordenando su cumplimiento inmediato.

En puridad, la doctrina es unánime en afirmar la severidad y el exceso de crueldad como notas distintivas y caracterizadoras de los siglos XVI al XVIII con que eran tratados los jóvenes infractores; durísimas penalidades destinadas a erradicar la vagancia y la criminalidad, las que habían alcanzado una difusión insospechada.

Por ello, como sostienen Guallart y López de Goicoechea esta legislación pretende extirpar “la extensa turba de rufianes, fulleros, gitanos y valientes de nuestra hampa”, por lo que los mismos procedimientos, jurisdicciones y regímenes de trata-

condenación de galera sea precisa, y no en defecto de setenas. Y, Nov., R. 12,16,7: “En todos los casos contenidos en los capítulos ántes de este, en qué a los que contravinieren se impone pena de galeras, debe entenderse y ejecutarse en los que fueren mayores de diez y siete años; siendo mayores de catorce, se envíen á presidios, donde sirvan para las obras...”.

²⁵ Como se recoge en Nov. R. 12,14,3. Sobre esta pragmática, véase: GARCÍA VALDÉS, *La teoría de la pena*, 3ª edic., 1987, p. 40; ANTÓN ONECA, “El derecho penal de la Ilustración y D. Manuel de Lardizábal. Estudio preliminar al discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma”, *REP* 174 (1966) p. 601

²⁶ Véase estos casos en TOMÁS y VALIENTE, *El derecho penal de la monarquía absoluta cit.*, pp. 341 ss..

miento en castigos corporales, cárceles y galeras, se aplicaban tanto al adulto como al menor, beneficiándose este último solamente con una duración más corta de la pena²⁷.

Este duro tratamiento de los menores infractores se verá posteriormente mitigado en el reinado de Carlos III, momento en que se inicia el tratamiento educativo de los menores infractores o abandonados²⁸.

En efecto, junto a importantes medidas adoptadas en este ámbito, observamos una notable atenuación en la persecución contra gitanos y vagabundos, pero en lo que a nosotros nos interesa apreciamos como a los menores de 16 años no se le puede imponer la pena, ya que:

“estos aunque sean hijos de familia, serán apartados de la de sus padres que fuesen vagos y sin oficio y se les destinará á aprender alguno, ó se les colocará en hospicios ó casas de enseñanza. Cuidarán de ellos las juntas o ó diputaciones de caridad, que el consejo hará establecer por parroquias, conforme a lo que se me propone y se practica en Madrid, asistiendo los párrocos o los eclesiásticos celosos y caritativos que destinen”²⁹.

En esta misma pragmática con anterioridad se establecía:

“Exceptúo de la pena á los niños y jóvenes de ambos sexos que no excedieren de diez y seis años”.

Respecto a los jóvenes vagabundos mayores de 17 y menores de 36 se dispuso su destino a las armas. Y, para el caso de que fueran menores de 17 se decía:

“que las justicias amonesten á los padres y cuiden de que éstos, si fueran pudientes, recojan á sus hijos é hijas vagos, les den educación conveniente, colocándolos con amo o maestro...”.

Y, “que cuando fueren huérfanos estos niños y niñas viajantes, tullidos, ancianos o miserables, vagos o viciosos, los mismos padres, tomen los Magistrados políticos las veces de aquellos, y supliendo su imposibilidad o desidia, reciban en si tales cuidados de colocar con amos ó maestros á los niños y niñas, mancomunando en esta obligación no sólo a la Justicia, sino también a los regidores, Jurado, Diputación, etc.”³⁰

En este contexto debemos mencionar una relación oficial de las causas criminales habidas en Granada en el mes de julio de 1791, en ellas, por un lado, se incluye el caso de un muchacho de 16 años condenado a ser “apercibido y entregado a sus padres” por la comisión de obscenidades lujuriosas; por otro, encontramos idéntica pena con la que se castiga a una chica de la misma edad por “escándalos de yncontinencia”³¹.

27 GUALLART y LÓPEZ DE GOICOECHEA, *El Derecho penal de los menores. Los Tribunales para niños*, Zaragoza 1925, pp. 76 ss.. Entre otros, *vid.*, LALINDE ABADÍA, *Iniciación histórica al derecho español*, Barcelona 1970, pp. 243 ss.; CUELLO CALÓN, “La infancia delincuente” *cit.*, pp. 746 ss.; PACHECO, *El Código Penal concordado y comentado*, T.I, 5ª edic., Madrid 1881, pp. 43 ss.; SALDAÑA, Adiciones a la obra de VON LISZT, *Tratado de Derecho penal*, trad. de la 18ª edic. alemana, vol. I, 3ª edic., Madrid, pp. 442 ss., en concreto, p. 468; SAINZ CANTERO J.A., *Lecciones de derecho penal*. Parte general, Barcelona 1981, pp. 215 ss.; SÁNCHEZ OBREGÓN, *Menores infractores cit.*, pp. 9 ss.; DU BOYS, *Historia del derecho penal de España*, trad. castellana, anotada y adicionada por VICENTE y CARAVANTES, Madrid 1872, pp. 545 ss..

28 *Id.*, por todos: CUELLO CALÓN, “La infancia delincuente” *cit.*, pp. 750 ss., y LALINDE ABADÍA, *Iniciación histórica al derecho español cit.*, pp. 528 ss..

29 Nov. R. 12,16,11.

30 Respectivamente, Nov. R.12,31,7 y 12,31,10. Véase también, Nov. R. 12, 31,12.

31 TOMÁS y VALIENTE, *El derecho penal de la monarquía absoluta cit.*, p. 343.

II. LA MINORÍA DE EDAD EN LA CODIFICACIÓN PENAL ESPAÑOLA

Desde el reinado de Carlos III hasta el primer Código Penal de 1822 no aparece en nuestro país ninguna ley relativa a jóvenes infractores, y ello a pesar de los intentos codificadores penales que ponían de manifiesto la urgente necesidad de reformar la antigua legislación penal española³².

En los códigos españoles del siglo XIX, apreciamos que la menor edad se ha venido considerando como causa determinante a efectos de la responsabilidad penal.

El primer sistema que conoce nuestra codificación responde a los parámetros de lo que se ha dado en llamar modelo clásico de responsabilidad. Sistema que recogió desde su origen la tradicional distinción entre menores y adultos, que con origen en el modelo propio del derecho romano, fue recogido y con ello generalizado por el código napoleónico de 1810, imponiéndose como sistema en nuestros textos de 1822, 1848-50, y 1870, entre los cuales solamente se registran cambios puntuales en los límites de edad.

El Código Penal de 1822 declaraba exento de responsabilidad al menor de 7 años, en tanto que exigía el análisis del discernimiento para decidir su capacidad criminal, y con ello, su eventual responsabilidad al mayor de 7 y menor de 17. En efecto en su artículo 23 tras fijar la minoría de edad penal en 7 años³³, límite que eximía incondicionalmente de responsabilidad, señalaba a continuación:

...si el mayor de esta edad, pero que no haya cumplido la de 17, cometiere alguna acción que tenga el carácter de delito o culpa, se examinará y declarará previamente en el juicio si ha obrado o no con discernimiento y malicia según lo que resulte, y lo más o menos desarrolladas que estén sus facultades intelectuales...³⁴.

Lo que, por lo demás, venía completado por los artículos 24 y 25, que establecían respectivamente, cuando los comprendidos en esta edad habían actuado sin discernimiento y malicia y, *sensu contrario*, cuando había obrado con discernimiento y malicia; en el primer caso no se le impone pena alguna, mientras que en el segundo se prevé una atenuación de la pena³⁵.

32 Como el Proyecto del Marqués de Ensenada, o el Anteproyecto de Lardizábal de 1777. Sobre el tema, *vid.*, por todos VENTA SASTRE, "La minoría de edad en el proceso de la codificación penal española (siglos XIX y XX)", *Cuadernos de política Criminal* 77 (junio de 2002) <http://www.vlex.com>; IDEM, *La minoría de edad penal*, Madrid 2002, pp. 21 ss., quien con suma claridad realiza una detenida y detallada exposición histórica, con amplísima bibliografía al respecto.

33 "Tampoco puede ser considerado como delincuente ni culpable, en ningún caso, el menor de 7 años cumplidos", dice el artículo 23 en su párrafo primero. Señala DEL ROSAL BLASCO, "Joven delincuente y derecho penal", *CPC* 54 (1994) pp. 1039, como se acoge al límite temporal de irresponsabilidad, así como a los criterios subjetivos y morales del derecho canónico, a su vez, receptor del derecho romano, el que declaraba la exención total de responsabilidad antes de los 7 años, y consagraba el criterio del discernimiento para los delitos cometidos por los impúberes de 7 a 12 o 14 años.

34 Interesante señalar en la redacción de este artículo, por un lado, la paridad entre el delito o la culpa; y, por otro, la inclusión del término malicia junto al discernimiento.

35 Obsérvese que el artículo 24 determina junto a la exención de responsabilidad una medida de corrección y cuidado a cargo de los padres, abuelos, tutor o curador, y en su defecto, permite al juez determinar su ingreso en una casa de corrección por el tiempo que estime oportuno, siempre que no pase de la época en que cumpla los 20 años de edad. De otro lado, añadir respecto a la atenuación de la pena que se señala en la cuarta parte a la mitad de la pena señalada al delito, conforme a los términos establecidos en los artículos 64 y 65 de este Código, los que establecen una graduación de penas dependiendo del delito cometido.

El Código penal de 1848-50, por su parte, eleva la minoría de edad penal a 9 años³⁶, manteniendo como su predecesor el criterio del discernimiento, como atestigua su artículo 8.3, pero, en este caso, para los mayores de 9 y menores de 15, quedando, por consiguiente, en ausencia del mismo, exentos de responsabilidad. Por contra, para el caso de que hubiesen actuado con discernimiento, se establece la imposición de una sanción discrecional en su duración pero siempre inferior en dos grados a la prevista por la ley para el delito que hubiere cometido; estableciéndose, además, una franja entre los 15 y 18 años en que sólo se prevé una atenuación obligatoria a la pena inmediata inferior³⁷.

El Código de 1870 no difiere en exceso de su predecesor, no obstante incorpora un tratamiento protector del menor, que parecía haberse olvidado en nuestra legislación penal, disponiendo que los mayores de 9 pero menores de 15 años que carecieran de discernimiento debían de entregarse a su familia con el encargo de vigilarlos y educarlos debidamente, y a falta de persona idónea, se prevenía el traslado a un establecimiento de beneficencia³⁸.

En efecto, la minoría de edad penal se reitera en 9 años, ya que el apartado segundo del artículo 8 dice:

“No delinquen, y por consiguiente, están exentos de responsabilidad criminal, el menor de nueve años”.

Añadiendo en su párrafo tercero:

“No delinquen, y por consiguiente, están exentos de responsabilidad criminal, el mayor de nueve años y menor de quince, a no ser que haya obrado con discernimiento...”

En este supuesto, y siempre que el menor sea declarado irresponsable, se establece el tratamiento protector anteriormente señalado.

En caso de ser considerado responsable, por obrar con discernimiento, se le impondrá una pena discrecional, pero siempre inferior en dos grados, por lo menos, a la señalada por la ley para el delito cometido³⁹.

El fundamento de tal sistema es simple, al menor de una cierta edad se le considera por su propia condición inculpable, y en otras franjas de edad presenta una capacidad de culpabilidad disminuida respecto del adulto, del que esencialmente le separa su capacidad de discernimiento. De ahí que, la exención de responsabilidad penal en la franja más conflictiva dependiera de la constatación de dicho discernimiento para imponer una sanción atenuada, pero similar en todo a la de los mayores.

Pero este sistema sufrirá un cambio esencial que se mantendrá hasta la entrada en vigor del Código penal de 1995. Este cambio se produce a finales del siglo XIX con la llamada lucha de escuelas, y supone una transformación de la filosofía penal con importantes consecuencias en materia de menores, sobre todo, porque asistimos al abandono del criterio del discernimiento, ya que se considera inútil, o cuando menos,

36 Como establece el artículo 8.2 cuando afirma que “está exento de responsabilidad criminal el menor de 9 años”.

37 Véase, respectivamente, el artículo 72 párrafo primero, y el apartado segundo del artículo 9, que preceptúa que es circunstancia atenuante la del ser el culpable menor de 18 años.

38 Recuérdese el tratamiento educativo de los menores infractores y delincuentes durante el reinado de Carlos III. ANTÓN ONECA, “El Código penal de 1870”, *ADPCP* T.23, fasc. 1 (1970), p. 242, califica dicha medida de precursora del moderno tratamiento de protección.

39 Según señala el artículo 86, párrafo primero.

imposible de verificar; pero, además, porque se va a determinar un cambio esencial en la actitud punitiva frente a los menores delincuentes⁴⁰.

Surge así un nuevo modelo caracterizado en primer lugar por imponer la exclusión del menor del sistema penal de adultos, a través de un mecanismo basado en un criterio puramente cronológico o biológico: la fijación de una determinada edad antes de la cual el sujeto se considera menor, y por ello, exento de la posible intervención punitiva tradicional a través de penas, y a partir de la cual podrá ser sancionado aunque con notables atenuaciones. Es más, las medidas a imponer se fundamentan y determinan con base en la concreta necesidad de corrección del menor.

El Código Penal de 1928 fue precedido de varias leyes. Por un lado, una Ley sobre condena condicional de 17 de marzo de 1908 que modificó *de facto* el artículo 86 del Código penal de 1870, al contemplar la suspensión de la condena para el mayor de 9 y menor de 15 años que hubiese obrado con discernimiento. Por otro, de una legislación de Tribunales, que sienta los inicios de su imposición con la Ley de Bases de 2 de agosto de 1918 con la creación de los entonces llamados Tribunales para niños, que elevó la edad penal a 15 años, y que se componía de la ley de 25 de noviembre de 1918 y del Reglamento del 10 de julio de 1919; disposiciones que constituyeron el punto de partida de la jurisdicción especial de menores en España⁴¹.

Ciertamente, el Código Penal de 1928, como ha sostenido Ventas Sastre, introduce importantes novedades respecto del anterior Texto punitivo, llegando a constituir una excepción en la configuración que de la minoría de edad penal se venía realizando desde el Código de 1848, y que, por lo demás, constituirá una constante hasta la aprobación del nuevo Código penal de 1995⁴².

En este sentido es destacable su artículo 56, que se expresa en los siguientes términos:

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

Apreciamos, pues, por un lado, que el nuevo Código eleva el límite de edad penal a los 16 años; y por otro, la sustitución del criterio del discernimiento por el criterio cronológico o biológico.

Pero, ciertamente, esta modificación del criterio del discernimiento por el biológico, no se produce de forma absoluta, pues a pesar de la exención de responsabilidad del menor de 16 años, el apartado 2º del artículo 855 establece la posibilidad de exigir responsabilidad cuando, el mayor de 9 y menor de 16 hubiese actuado con discernimiento⁴³:

40 SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, “Fundamentos teóricos y antecedentes del sistema de responsabilidad penal de los menores”, *Centro de Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia*, Madrid 2005, pp. 5141 ss..

41 DEL ROSAL BLASCO, “Joven delincuente” cit., p. 1042; ANTÓN ONECA, “Los antecedentes del nuevo Código Penal”, *RGLJ* 54 (1929) pp. 42 ss.; VENTAS SASTRE, “La minoría de edad en el proceso de la codificación” cit., p. 36; *La minoría de edad penal* cit., pp. 143 ss.; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, “Fundamentos teóricos y antecedentes”, cit., p. 5143

42 VENTAS SATRE, “La minoría de edad en el proceso de la codificación” cit., p. 37.

43 DEL ROSAL BLASCO, “Joven delincuente y Derecho penal” cit., p. 1043, considerando este cambio legislativo más aparente que real. Sobre el tema, JIMÉNEZ DE ASÚA, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal conforme al Código Penal de 1928*. Parte general, T. I, Madrid 1929, pp. 247 ss..

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

Item mas, se regula como circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal la de ser el culpable mayor de 16 y menor de 18, en cuyo caso el Tribunal podía imponer la pena inmediatamente inferior en la medida que estime procedente⁴⁴. Cumplidos los 18 se consagra la plena responsabilidad penal.

Finalmente, reiterar que este Texto Legal puede considerarse el primer Código Penal que establece una jurisdicción especial de menores, confiando a los mismos a los Tribunales Tutelares, y en consecuencia, inhibiéndolos de la jurisdicción ordinaria.

El Código Penal de 1932, por un lado abandona definitivamente y sin excepción el criterio de discernimiento, sustituyéndolo definitivamente por el criterio cronológico; y por otro, eleva con carácter general la edad penal a los 16 años, quedando, por consiguiente, los menores de esta edad, al menos aparentemente, fuera del derecho penal⁴⁵, ya que quedan sometidos a la jurisdicción especial de los Tribunales Tutelares, entonces denominados para niños. A los mayores de esta edad y menores de 18 se les aplican auténticas penas, aunque atenuadas⁴⁶.

Sin apenas modificaciones, este sistema es constatado en el Código Penal de 1944, manteniéndose, en el párrafo primero de su artículo 8.2, en los mismos términos que el Código de 1932, por lo que se respeta el límite de exclusión de la responsabilidad criminal en 16 años⁴⁷. No obstante, el artículo 57 de la Ley de Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941 afecta a la circunstancia atenuante tercera del artículo 9, por lo que queda sin efecto en los supuestos en que el mayor de 16 y menor de 18 cometiese delitos de robo con armas, de asociación para acometer estos robos, y de secuestro⁴⁸, ya que serán penados, dice, como mayores de 18 años.

Igualmente, sin importantes modificaciones, se presentan los diversos textos revisados y refundidos que posteriormente rigieron en nuestro ordenamiento⁴⁹, hasta el momento de la sustitución del Texto refundido del Código Penal de 1983 por el vigente Código Penal de 1995. Textos que, por lo demás, mantienen la exclusión de responsabilidad criminal hasta los 16 años, subsistiendo este criterio hasta la entrada en vigor del vigente Código.

Sin embargo, a partir de los años 80 observamos que la evolución de pensamiento jurídico penal, político y social no iba a dejar indiferente al legislador, y como era de suponer, la actividad legislativa no se hizo esperar, y se concretó en la Ley orgá-

44 Circunstancia 5ª del artículo 65 en relación con el artículo 154.

45 Ya que a éstos le eran aplicables las medidas previstas en la Legislación especial por la que se regían los Tribunales Tutelares de Menores. Ley de Bases de 2 de agosto de 1918 con sus posteriores modificaciones.

46 El artículo 71 disponía que al mayor de 16 y menor de 18 se aplicará siempre, en el grado que corresponda, la pena inmediatamente inferior en uno o dos grados.

47 Artículo 8.2, párrafo primero: “Está exento de responsabilidad criminal el menor de dieciséis años. Cuando el menor que no haya cumplido esta edad ejecute un hecho castigado por la ley será entregado a la jurisdicción especial de los Tribunales Tutelares de Menores”. También, señalar, como novedad, la regulación introducida por el artículo 65 que, junto a la tradicional atenuación de la pena, establece que el Tribunal puede sustituir, en atención a las circunstancias del menor y del hecho, la pena impuesta por el internamiento en una institución especial de reforma, por tiempo indeterminado hasta conseguir la corrección del culpable.

48 *Vid.*, respectivamente, artículo 53, 54 y 56.

49 Como así acontece en el Texto Revisado de 1963, o en el Texto Refundido de 1973.

nica 4/1992 de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores, que sienta las bases de un nuevo sistema que tomaría su forma definitiva con la entrada en vigor del Código penal de 1995, y posteriormente, con la ley 5/2000.

Con todo, el conjunto de modificaciones que introduce la ley de 1992 en el sistema de responsabilidad del menor son muy significativas. En primer lugar opta por un concepto restringido de delincuencia juvenil frente al dominante en los sistemas anteriores, ya que en su artículo 9 determina que sólo se exige responsabilidad del mayor de 12 años y menor de la edad fijada en el Código penal, cuando realiza hechos tipificados como delitos o faltas en las leyes penales; excluyéndose, en consecuencia, los comportamientos asociales o desviados que en sistemas anteriores podían fundamentar la presunción de una futura peligrosidad, y con ello, la posible intervención a través de la imposición de medidas⁵⁰.

III. LA MINORÍA DE EDAD PENAL EN EL DERECHO ACTUAL

El Código Penal de 1995, que en su artículo 19 párrafo 1º dice:

“Los menores de 18 años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código”,

Fijando, por consiguiente, la minoría de edad penal en 18 años; y, añadiendo, en su párrafo segundo:

“Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor”.

De lo dicho, se infiere, por un lado, que el Código penal del 95 sigue un criterio puramente cronológico, fijando el límite de edad a partir del cual el sujeto responde plenamente de sus actos delictivos. De otro, que la responsabilidad penal del menor de 18 años se regirá de acuerdo a una ley específica creada a dichos efectos.

Pero, además el artículo 69 contempla la posibilidad de que el mayor de 18 y menor de 21 puedan aplicársele las disposiciones contenidas en dicha ley.

La inexistencia de la reiterada ley en el momento de la entrada en vigor del Código, supuso la inaplicabilidad de su artículo 19, hasta la promulgación de una ley reguladora de la aludida responsabilidad penal, como señala el párrafo segundo de su disposición final séptima⁵¹.

50 SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, “Fundamentos teóricos y antecedentes del sistema de responsabilidad”, cit., p. 5149. Igualmente, dice Sainz Cantero, se introduce una importante ampliación del catálogo de sanciones, incorporando importantes novedades como trabajos en beneficio de la comunidad, tratamiento ambulatorio, privación del derecho a conducir vehículos a motor..., flexibilizando, de este modo, el sistema sancionador y permitiendo una mayor adecuación de las sanciones a los parámetros concretos de necesidad preventiva del menor; por otra parte, estas sanciones tienen carácter facultativo, en el sentido de que el hecho delictivo no implica necesariamente la imposición de alguna de ellas, sino que dicha imposición sólo procederá cuando se estime necesario, y en estos casos, se concede una absoluta discrecionalidad en la elección de la sanción que se considere más adecuada a la necesidad del sujeto. También, se incluyen importantes cambios procesales orientados a dar coherencia al sistema de responsabilidad del menor con el texto constitucional. Con estas modificaciones nuestro ordenamiento vino a sumarse a otros muchos sistemas que organizan un sistema de justicia de menores tanto desde el punto de vista procesal como penal sustantivo, quizás el mejor ejemplo es el ordenamiento penal alemán, pudiendo citar igualmente al ordenamiento penal francés y portugués.

51 Disposición Final 7 “El presente Código entrará en vigor a los seis meses de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado y se aplicará a todos los hechos punibles que se cometan a partir de su

Habría que esperar a la Ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores 5/2000 de 12 de enero de 2000.

La LORRPM distingue tres categorías diversas con base en la edad del sujeto: menores de 14 años; entre 14 y 18 años; y, excepcionalmente, jóvenes de 18 a 21 años⁵². Estableciendo, además, distintos regímenes en función de las aludidas categorías.

El régimen de los menores de 14 años viene recogido en su artículo 3, señalando que no se le exigirá responsabilidad con arreglo a esta ley, sino que se le aplicará las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y en las demás disposiciones vigentes⁵³.

En cuanto a los menores de edad comprendida entre los 14 y los 18 años quedan sometidos al sistema de responsabilidad de esta ley conforme preceptúa el artículo 5.1, o sea, siempre que hayan cometido los hechos contemplados por el artículo 1 de esta ley, y no concurra en ellos ninguna de las causas de exención o de extinción de la responsabilidad criminal a las que refiere el vigente Código penal. Añadiendo, que la concurrencia de las circunstancias previstas en los números 1º, 2º y 3º del artículo 20 del Código Penal supone la aplicación, en su caso, de las medidas terapéuticas señaladas en el artículo 7.1 letras d) y e) de esta ley.

Ahora bien, dentro de este intervalo de edad –mayor de 14 hasta 18- se establece una serie de categorías, a saber: de 14 a 16 años y de 17 a 18 años, contemplando, además, para los mayores de 16 años una agravación específica ante la comisión de determinados delitos, como señala el apartado 10 del epígrafe II de la Exposición de Motivos, cuando dice:

“Conforme a los principios señalados, se establece, inequívocamente, el límite de los catorce años de edad para exigir este tipo de responsabilidad sancionadora a los menores de edad penal y se diferencian, en el ámbito de aplicación de la ley y de la graduación de las consecuencias por los hechos cometidos, dos tramos, de catorce a dieciséis y de diecisiete a dieciocho, por presentar uno y otro grupo diferencias características que requieren, desde un punto de vista científico y jurídico, un tratamiento diferenciado, constituyendo una agravación específica en el tramo de los mayores de dieciséis años la comisión de delitos que se caracterizan por la violencia, intimidación o peligro para las personas”⁵⁴.

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

52 Así, el artículo 1.1 de la LORRPM establece con carácter general su ámbito de aplicación al señalar que la ley se aplica para exigir responsabilidad de las personas mayores de 14 años y menores de 18 por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas. Previendo, su apartado 2, la posibilidad de aplicar sus disposiciones a las personas mayores de 18 y menores de 21. Reservando la denominación de menores para los que no han cumplido los 18 años, y utilizando la de jóvenes para los mayores de dicha edad (artículo 1.4).

53 Dicho artículo igualmente establece que el Ministerio Fiscal deberá remitir los testimonios que considere convenientes a la entidad pública de protección de menores, para que dicha entidad promueva las medidas de protección adecuadas conforme a lo dispuesto en la Ley orgánica 1/1996 de 15 de enero. Cf., GIMÉNEZ-SALINAS Y COLOMER, “La nueva Ley de justicia juvenil en España: un reto para el 2000”, *Legislación de menores en el siglo XXI: análisis de Derecho comparado*, CGPJ, Madrid 1999, pp. 118 ss.; GONZÁLEZ ZORRILLA, “Minoría de edad penal, Imputabilidad y Responsabilidad”, *Documentación jurídica*, Monográfico dedicado a la propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal de 1983, vol. I, num. 37/40, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, enero/diciembre 1983, pp. 178 ss.; HERRERO HERRERO, “La legislación del menor: aspectos criminológicos”, *La nueva Ley de Responsabilidad penal del menor (Aspectos técnicos-jurídicos)*. Documento presentado en el curso celebrado en la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, curso académico 1999-2000, pp. 29 ss.; MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, “La imputabilidad”, *La Ley*, n° 3957 de 22 de enero de 1996., pp. 1610 ss.,

54 *Vid.*, URBANO CASTRILLO Y DE LA ROSA CORTINA, *Comentarios a la Ley orgánica de responsabilidad penal del menor*, Navarra 2001, pp. 69 ss.; POLAINO NAVARRETE, “La minoría de edad

Finalmente, el artículo 4 establece la posibilidad de aplicar las disposiciones de esta ley a los mayores de 18 y menores de 21, a quiénes, por lo demás, les son de aplicación las normas del Código Penal; para ello deben de cumplirse las tres condiciones contempladas en el apartado segundo:

“1. Que el imputado hubiere cometido una falta o un delito menos grave sin violencia o intimidación en las personas, ni grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas....

2. Que no haya sido condenado en sentencia firme por hechos delictivos cometidos una vez cumplidos los dieciocho años....

3. Que las circunstancias personales del imputado y su grado de madurez aconsejen la aplicación de la presente ley, especialmente cuando así lo haya recomendado el equipo técnico en su informe”⁵⁵.

No obstante, este régimen quedó en suspenso hasta el 1 de enero de 2007 por la Ley orgánica 9/2002 de 10 de diciembre.

Pero, la Ley orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, tras haber considerado la exclusión de esta posibilidad sólo para los actos punibles con internamiento en régimen cerrado, ha decidido restringir definitivamente el campo de aplicación de la jurisdicción de menores a las edades comprendidas entre los 14 y los 18 años.

En este sentido expresa nitidamente la Ley en su Exposición de Motivos: “se suprime definitivamente la posibilidad de aplicar la Ley a los comprendidos entre dieciocho y veintiún años”. Estableciendo, además una serie de modificaciones al artículo 10 de la 5/2000 sobre la aplicación y duración de las medidas, que distingue entre los 14 o 15 años y los 16 o 17 años de edad.

En cualquier caso, y con ello concluimos, como dice la Exposición de Motivos, las estadísticas revelan un aumento considerable de delitos cometidos por menores, que ha causado gran preocupación social y ha contribuido a desgastar la credibilidad de la Ley, por lo que se hace necesario la revisión de determinados aspectos, y ello, a pesar de ese “balance y consideración positiva” con la que valora a la ley 5/2000 durante sus primeros años de vigencia.

Sólo nos queda, pues, esperar el balance de las modificaciones introducidas por la Ley 8/2006, cuyo objetivo no es sino, como dice su Exposición de Motivos, resolver los problemas de que adolecía la Ley 5/2000 de 12 de enero.

penal en el Código Penal y en las Leyes orgánicas 5 y 7/ 2000”, *Anuario de justicia de menores* 1 (2001) pp. 143 ss..

⁵⁵ *Vid.*, GOMEZ RECIO, “La aplicación de la nueva Ley de responsabilidad penal de los menores a los jóvenes mayores de dieciocho años”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* 437 (mayo 2000) pp. 1 ss..