

IMPUTABILIDAD Y EDAD PENAL

Juan Bustos Ramírez

1.- El concepto de imputabilidad

La tendencia en la doctrina y la legislación ha sido la de determinar la imputabilidad desde las ciencias naturales. En las legislaciones antiguas sobre la base de la psiquiatría y posteriormente en relación a la psicología. Sólo modernamente se ha incluido una dirección valorativa y se plantea la imputabilidad como una cuestión a definir normativamente. En todo caso, sin embargo, se tiende a dar una importancia fundamental a las ciencias naturales.

Esta tendencia habría que ponerla en revisión desde dos perspectivas diferentes. Por una parte desde el contenido mismo de la fórmula utilizada y, por otra, en relación a la fórmula misma.

A.- Revisión del contenido de la fórmula¹.

La fórmula actualmente utilizada señala que ser imputable implica la capacidad de conocer la ilicitud del obrar y de poder actuar conforme a tal conocimiento. En definitiva simplemente se pone el acento sólo en dos aspectos psicológicos, en el referente al conocimiento (momento cognoscitivo) y el relativo a la voluntad (momento volitivo).

Pero la realidad psicológica del individuo no se agota en estos dos aspectos y habría, por ejemplo, que considerar todo el problema de la afectividad. La fórmula, por tanto, resulta discutible ya en su contenido. Ello justamente tiene especial importancia en el caso de los jóvenes. En efecto, esta tendencia a poner el acento en el conocimiento y la voluntad pareciera basarse en una idea radicalmente racionalista de la sociedad y el hombre, en que las características de éste son el conocimiento y la voluntad. Con lo cual ya de partida el joven aparece como alguien que no aparece dotado de estas características fundamentales del hombre ("maduro"). De este modo se crea una forma de diferenciación propia a la teoría de la divergencia, en que el joven aparece estigmatizado desde el principio y por tanto sujeto a la tutela del Estado y la sociedad, pues presenta características peligrosas para ésta y de la cual la sociedad ha de defenderse. Sobre la base de la ciencia (natural)² y, por tanto, de una pretendida verdad indiscutible se justifica cualquier intervención del Estado sobre la categoría de los jóvenes. La idea clasificatoria de las ciencias naturales traspasa el sistema penal y permite la creación de una ley especial, en el sentido de una ley conforme a las características de personalidad del sujeto.

Pero no sólo ha de criticarse el contenido de esta fórmula desde el aspecto puramente psicológico individual, sino también desde una perspectiva social. Se pone el acento sólo en el individuo aisladamente, olvidándose que el derecho y el derecho penal en específico está referido a relaciones sociales y por tanto al

sujeto en relación a otros. Luego hay que considerar la interacción social entre los sujetos, que resulta fundamental para enjuiciar la responsabilidad de éstos y también por tanto su imputabilidad. Se trata de incorporar a la discusión de la imputabilidad toda la problemática de las llamadas subculturas. Es decir, respecto de determinados individuos (pertenecientes a una determinada subcultura, las cuales se dan en todo sistema social y han de ser reconocidas por toda sociedad abierta o democrática) la cuestión a debatir no está referida a sus aspectos cognoscitivos o volitivos, que resultan innegables, sino en relación a su mundo cultural, a sus vivencias, a sus creencias, que pueden interferir completamente su relación con la cultura dominante o hegemónica (así el caso de los indígenas en América Latina o de los gitanos en Europa). Luego también desde esta perspectiva la fórmula utilizada tradicionalmente resulta demasiado restringida e insuficiente. Implica pasar por alto una situación existente en todo sistema social y en definitiva no atender las necesidades de vastos grupos sociales, con lo cual se produce una relación de dominación sobre ellos y consecuentemente una política discriminatoria.

B.- Revisión de la fórmula en cuanto tal.

La cuestión a discutir es si es posible plantear una definición en torno a este tema sobre la exclusiva perspectiva de las ciencias naturales o sobre un criterio mixto de carácter científico natural y normativo.

El problema de la imputabilidad gira en torno a la consideración del individuo como persona, esto es, como un sujeto dotado de derechos y al que se le pueden imponer obligaciones. Esto es, de un sujeto dotado de autonomía. Se trata, como señala la Constitución de "la dignidad de la persona" y de "los derechos inviolables que le son inherentes". Luego la discusión sobre la imputabilidad no se puede dar en términos naturalísticos o simplemente de una mixtura de estos elementos con otros de carácter valorativos. La problemática de la imputabilidad es primeramente una cuestión a resolver desde un punto de vista político jurídico.

En primer lugar entonces hay un aspecto determinante que condiciona toda la discusión, esto es, que el juicio de imputabilidad o inimputabilidad no puede desvirtuar el carácter de persona del sujeto y por tanto su dignidad y derechos que le son inherentes. No es menos persona un inimputable ni más persona el imputable. Las fórmulas hasta ahora utilizadas tienen sin embargo la tendencia de plantear una cierta minusvalía respecto de los inimputables ("no tienen capacidad para...") y a negarles su autonomía como persona, y por tanto, al mismo tiempo a conceder una tutela sobre ellas por parte del Estado. Se produce una confusión entre las diferentes necesidades que pueden tener las personas y las cuales debe tutelar el Estado, tal como hoy lo señala correctamente el art. 9.2 de la Constitución, con una tutela sobre las personas. Más aún se produce una confusión entre las diferentes necesidades que pueden tener las personas con una diferenciación sobre sus características personales, lo que se utiliza como fundamento para esa tutela del Estado, en razón de su peligrosidad social. Todo ello vulnera clara y palmariamente los deberes

positivos del Estado frente a la persona (art. 9.2 de la Constitución), el principio de la dignidad de la persona (art. 10.1 de la Constitución) y el principio de igualdad (art. 14 de la Constitución).

Conforme, por tanto, a los principios constitucionales actuales, propios a un Estado social y democrático de Derecho, la imputabilidad como juicio sobre un sujeto tiene que partir del principio político jurídico (y no de ciencia natural) de que se trata de un persona y de que éstas son por tanto iguales en dignidad y derecho. De ahí entonces la revisión crítica de las actuales fórmulas sobre imputabilidad, que de algún modo, por su afincamiento en las antiguas posiciones positivistas basadas en las ciencias naturales, tienden a una ideología de la diferenciación.

El juicio de imputabilidad tiene pues un primer nivel ineludible en un Estado social y democrático de derecho, que el sujeto sobre el que recae es una persona humana y por tanto no se puede hacer ninguna discriminación ni en razón de sus cualidades personales ni tampoco por el grupo o sector personal al cual pertenezca.

Ahora bien, a la persona en cuanto se le reconoce como actor social, como sujeto de derechos y obligaciones, se le puede pedir responsabilidad y, por cierto, sólo en la medida que se le hayan proporcionado todas las condiciones necesarias para el ejercicio de sus derechos y obligaciones. No se trata simplemente de atender a la enunciación de un postulado, sino a su efectividad, a su desarrollo como principio social. Su responsabilidad puede darse a diferentes niveles político jurídicos.

En tal sentido habría que distinguir entre una responsabilidad penal en general y una penal criminal³. La responsabilidad penal en general está definida en su contenido por el hecho de una intervención coactiva por parte del Estado sobre los derechos básicos del sujeto y que obliga por tanto a la consideración de todas las garantías desarrolladas para evitar el abuso y arbitrariedad del Estado frente a los derechos fundamentales (o bien derechos humanos) del individuo. Es la lucha política que ha desarrollado desde siempre el individuo frente al Estado. Dentro de esta responsabilidad general hay que considerar la responsabilidad penal administrativa, por ejemplo, y también la responsabilidad penal de los inimputables, ya que a ellos se les aplican determinadas sanciones o medidas en forma coactiva⁴. Principios garantistas básicos en referencia a toda responsabilidad son la responsabilidad por el hecho y la legalidad de los delitos (o, en general, hechos infractores) y las penas (art. 25.1) de la Constitución.

A los inimputables en virtud de su hecho delictivo se les aplican determinadas sanciones o medidas. La cuestión a decidir es entonces la diferencia con los llamados imputables y en definitiva la distinción entre un derecho penal en general y un derecho penal criminal. Determinar cuáles son las razones que hacen posible que a un sujeto en virtud de un hecho delictivo se le aplique una

pena no criminal (sanción o medida) y a otro en virtud del mismo hecho delictivo se le aplique una pena criminal.

Ello quiere decir entonces que hay un segundo nivel en el juicio de imputabilidad, que evidentemente no puede contradecir el primer nivel, esto es, que esta diferenciación en la pena (criminal y no criminal) no puede residir en una discriminación en cuanto a las personas como tales. Por eso mismo no es posible configurar tal segundo nivel sobre la base de distinciones provenientes de las ciencias naturales, como pretendían los positivistas (en relación a características biológicas, psicológicas o sociales). Tal segundo nivel sólo puede surgir desde una consideración político jurídica y por tanto en forma concreta desde una perspectiva político criminal.

Lo político jurídico y lo político criminal en un Estado social y democrático de derecho dice relación con el art. 9.2 de la Constitución. Es decir, que el Estado tiene que considerar que respecto de ciertas personas determinadas necesidades⁵ no han sido satisfechas y que por tanto se dan respecto de ellos obstáculos que impiden o dificultan las condiciones para su libertad e igualdad y de los grupos en que se integran, o bien, no aparece suficientemente garantizada su participación. Luego respecto de estas personas su responsabilidad por los hechos delictivos que cometan no puede ser igual a las de otros en que ello no sucede.

De modo entonces que en este nivel del juicio de imputabilidad han de considerarse diferentes niveles de necesidades y de obstáculos a su satisfacción y sólo una vez hecha esta determinación se puede hablar de un sujeto imputable. La imputabilidad es siempre, por tanto, de carácter sociopolítico y ha de estar fundamentada en lo que señala el art. 9.2 de la Constitución. El juicio de imputabilidad implica en definitiva desde un punto de vista político criminal la incompatibilidad de la *respuesta* del sujeto con su hecho frente a las *exigencias* de protección de bienes jurídicos por parte del ordenamiento jurídico. Respuesta implica capacidad de responder (responsabilidad) y ello tiene como supuesto que el sujeto ha sido satisfecho en sus necesidades particulares o se le han removido los obstáculos que impedían tal satisfacción. Por eso el juicio de imputabilidad en este segundo nivel tiene que considerar estos supuestos de la respuesta del sujeto o de su capacidad de responder, pues es un juicio de exigibilidad (de carácter general)⁶. Desde un punto de vista político criminal tal respuesta concreta, esto es, considerada desde el hecho realizado y no desde la conducta de vida del sujeto o sus características personales ha de ser incompatible con todo el ordenamiento jurídico, es por eso un juicio de incompatibilidad por excelencia, ya que el derecho penal criminal es última ratio. De ahí que la inimputabilidad implique siempre un juicio de determinada compatibilidad. La respuesta del sujeto no será apreciada desde el derecho penal criminal, sino que será considerada, ya que ha habido un injusto penal (un delito) en otros ámbitos sancionatorios coactivos. Luego en caso alguno se niega la capacidad de respuesta del sujeto -lo cual sería negarle su carácter de persona-, cuando se plantea un juicio de inimputabilidad, sino simplemente se afirma que su responsabilidad no puede moverse en el ámbito

penal criminal, porque ello sería arbitrario y abusivo por parte del Estado, sino dentro de otro ámbito coactivo sancionatorio.

Es por eso que el juicio de inimputabilidad no configura una categoría de personas diferentes ("los inimputables"), como ha surgido tendencialmente desde las posiciones positivistas de la peligrosidad, sino que sólo puede significar dentro de un Estado social y democrático de derecho el enjuiciamiento de su responsabilidad en un orden diferente al penal criminal. El planteamiento positivista ha llevado en definitiva dentro de la ciencia penal a considerar dos categorías anómalas de personas, los inimputables por una parte y los imputables por otra. Unos y otros serían peligrosos y la sociedad ha de defenderse de ellos. El simplemente agregar un planteamiento valorativo, como ha sucedido con la fórmula tradicional utilizada en la imputabilidad, ciertamente no ha podido cambiar este orden de cosas y por el contrario ha servido para encubrir esta realidad y justificar el tratamiento estigmatizador y denigratorio que reciben unos y otros.

Es por eso que el juicio de inimputabilidad, en la medida que plantea la responsabilidad por el hecho dentro de otro orden jurídico sancionatorio, no puede implicar que se desmonte todo el edificio de garantías que se ha construido alrededor del individuo en su relación con la intervención del Estado. Por el contrario, se trata de aumentar estas garantías, ya que se parte del reconocimiento que el Estado por diferentes circunstancias (psicológico individuales, psicológico sociales o sociales) no ha estado en condición de satisfacer las necesidades de ese individuo o de remover los obstáculos para su satisfacción⁷. De modo entonces que se han producido interferencias significativas en la respuesta del sujeto, que impiden que el Estado pueda intervenir con la coacción penal criminal. Sólo queda entonces considerar otros ámbitos del orden coactivo penal, siempre que ello no implique transgredir las garantías generales del orden penal y las particulares del orden penal que se le aplique.

2.- La inimputabilidad del menor

Dentro del marco conceptual anterior hay que considerar el juicio de inimputabilidad en relación al menor.

Evidentemente la fórmula tradicional de inimputabilidad como falta de capacidad de conocer el injusto o falta de capacidad de actuar en consecuencia con el conocimiento del injusto, no se puede aplicar al caso del menor.

La problemática del menor no se puede reducir a estos términos de conocimiento y voluntad, sino que se trata en su caso de una consideración global de su situación dentro del sistema social. Se trata de una consideración fundamentalmente político criminal y no por tanto psicologista. Resultaría hoy totalmente absurdo y una total ficción plantear sin más que el menor no tiene capacidad para conocer el injusto o no tiene capacidad para actuar en

consecuencia con su conocimiento. Tal planteamiento carecería de toda fundamentación e implicaría negar la complejidad de la realidad del menor.

Pero no sólo es objetable el contenido de la fórmula tradicional en el caso de los menores, sino también la fórmula misma.

Como señalábamos anteriormente dos son los niveles que tienen que entrar en consideración en el juicio de imputabilidad e inimputabilidad. El primero implica el reconocimiento de persona del sujeto enjuiciado y por tanto de su dignidad y de los derechos que le son inherentes. Ahora bien, en el caso de los menores el juicio de inimputabilidad, dado que el "control social de los menores desviados está fundamentado desde sus inicios en las bases ideológicas de la teoría positivista", ha implicado siempre una negación de su carácter de persona, de ente autónomo, y ha pasado a quedar sujeto bajo la tutela del Estado. Este planteamiento se ha plasmado claramente en las leyes que se le han aplicado, la Ley sobre Tribunales Tutelares de Menores (texto refundido de junio de 1948) y la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social (Ley 77/1978, de 26 de diciembre, que modifica modificó la ley 16/1970, de 4 de agosto).⁸ El menor ha sido considerado como un sujeto peligrosos, diferente, y con tendencia a la desviación (una determinada categoría de individuo) y de ahí que no pueda ser considerado como ser autónomo, como persona y quede sujeto a tutela. El positivismo así como aquellas tendencias eclécticas en el derecho penal, que han combinado las posiciones positivistas con perspectivas valorativas, han confundido el nivel de necesidades diferentes con uno clasificatorio de las personas, sobre la base de una analogía del sistema clasificatorio a nivel de ciencias naturales (plantas, animales, minerales, etc.). Como señala Gaetano de Leo "Existe el problema real de las necesidades diferentes, por así decirlo, que son "especiales" del niño y del adolescente y, por tanto, de intereses y derechos que nacen de la tutela social de aquellas necesidades, pero todo esto no se puede mezclar ni confundir con la cuestión institucional del control social y de la pena respecto a la misma categoría de personas, ya que de otro modo se corre el riesgo potencial -que se ha convertido en históricamente real- de que las diferentes necesidades sean consideradas socialmente como una propensión (un peligro) hacia la desviación y sean tratadas en términos de prevención y reeducación de la criminalidad, con el probable resultado de producir efectos reales de criminalización de aquellas necesidades y de quien las padece"⁹. Cualquier tipo de discriminación entre los sujetos, cualquiera que sea su base (pero en especial aquella que ha tenido su origen en planteamientos de verdad dogmática, ya sea científica o de otra naturaleza) ha significado siempre, y específicamente en el caso de los jóvenes, un proceso de despersonalización, con las consecuencias de una criminalización de sus actividades y de configuración de un sistema tutelar (o de defensa social) por parte del Estado.

En definitiva, en un Estado social y democrático de derecho, el juicio de inimputabilidad en el caso de los jóvenes tiene que partir de este primer nivel, esto es, que son personas y que gozan del reconocimiento de la dignidad de tal y de todos los derechos que les son inherentes, conforme a lo que establece la

actual Constitución de 1978. Esto, de partida implica todo un conjunto de garantías al sujeto, tanto en el orden penal general, como procesal y ejecutivo de sanciones. En contra de las cuales ciertamente chocan las leyes existentes sobre Menores (Ley de Tribunales Tutelares de Menores y Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social).

Pero hay un segundo nivel en el juicio de inimputabilidad, esto es, que ciertamente al sujeto se le reconoce, por ser persona, una capacidad de respuesta, interferida por los obstáculos a la satisfacción de sus necesidades, en virtud de su especial situación dentro del sistema social. Ello implica entonces que al sancionarlo por su hecho injusto (por el delito), resulta indispensable la consideración de este segundo nivel y de las garantías correspondientes, que surgen justamente de la especialidad de esas necesidades y de los obstáculos a su satisfacción.

En definitiva, por tanto, el juicio de inimputabilidad del joven respecto del hecho injusto por él cometido, no significa "irresponsabilidad", ya que siempre se le aplica una sanción, aunque sea mediante un fraude de etiquetas (señalándose que es una medida tutelar o benéfica y no una pena)¹⁰. Se produce en razón del hecho injusto (delito) una intervención coactiva del Estado respecto del joven. Es por eso que no se puede hablar de irresponsabilidad del menor, al menor se le hace evidentemente responsable por sus hechos, de ahí la medida coactiva, y ello porque ciertamente es responsable, porque es persona y, por tanto, sus actos son plenos de significación dentro del sistema social. De ahí entonces que resulte un burdo fraude de etiquetas plantear que al menor no se le aplica un derecho penal, sino otra cosa.

Hay que partir de la realidad y ésta indica, en primer lugar, que la intervención sobre el menor es en virtud de que ha cometido un delito (así muy claramente el art. 9º de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, que señala que "La competencia de los Tribunales Tutelares se extenderá a conocer: 1º A) De las acciones u omisiones atribuidas a los menores realizadas antes de cumplir los dieciséis años, que el Código Penal o Leyes especiales califiquen como delitos o faltas..."). Hoy, conforme a lo que señala la Constitución, la intervención estatal no se puede basar en la peligrosidad del sujeto o en sus características personales (así sucede en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social-art. 1 párrafo segundo referido a los menores, en relación con el art. 2 que señala supuestos de estados peligrosos, entre otros, los vagos habituales, mendigos habituales, toxicómanos, ebrios habituales, etc.- y la Ley de Tribunales Tutelares de Menores -en el art. 9º letra C se refiere a los "prostituidos, licenciosos, vagos y vagabundos"-), sino exclusivamente en virtud de un hecho injusto (delictivo)¹¹. En segundo lugar, la realidad indica que se hace efectiva una responsabilidad del menor, es decir, una capacidad de respuesta del menor y, por eso mismo, se le impone una determinada medida coactiva, que de otro modo no tendría explicación y pasaría a convertirse en puro castigo (como si se tratara de un animal). Otra cosa diferente es que en virtud del juicio de inimputabilidad esa responsabilidad no tenga el carácter de criminal (por eso,

acertadamente el Código Penal habla de responsabilidad criminal en el Libro I título I y por ello también con razón en relación al menor en el art. 8 sólo señala que está exento de responsabilidad *criminal*), pues en virtud de un planteamiento político criminal que tiene en cuenta las necesidades diferentes del joven y los obstáculos a la satisfacción de ellas, se persigue evitar los efectos estigmatizantes de la pena criminal. Pero ciertamente ello no se logra y, todo lo contrario, sí se utiliza el subterfugio del fraude de etiquetas, pues el joven queda marcado o como un peligroso o bien como un ser no autónomo ("irresponsable").

La inimputabilidad del joven no impide su responsabilidad ni que se le aplique un derecho penal. Por eso mismo han de aplicarse todas las garantías del derecho penal en general, además de una profundización de ellas en virtud de la situación especial en que se encuentra el joven frente al Estado.

3.- La edad penal

La problemática de la edad penal está indisolublemente ligada con la del menor y por tanto también con el juicio de imputabilidad. Ahora bien, tradicionalmente la edad penal ha sido confundida con la edad penal criminal y el centro de la discusión sólo ha estado referido a este límite. Pero ciertamente la cuestión a debatir es más amplia, pues se trata también de determinar la edad penal en general, ya que como hemos explicado anteriormente también al menor se le hace responsable penalmente (aunque no sea con carácter criminal). Luego habrá que poner en discusión cuál es la edad del menor que se ha de poner como límite a su responsabilidad penal no criminal. En suma dos son las cuestiones a debatir en relación al menor respecto a la edad, una referente a cuál es el límite en que termina la responsabilidad penal no criminal y otra en relación a cuál es el límite en que empieza la responsabilidad penal no criminal.

A.- Límite en que termina la responsabilidad penal no criminal

En cuanto a este aspecto ha habido una gran variación en la legislación española. El C.P. de 1822 declaraba inimputables a los menores de 7 años (entre 7 y 17 años dependía si se había obrado o no con discernimiento); los C.P. de 1848, 1850, 1870 declaraban inimputable al menor de 9 (entre 9 y 15 años dependía si había obrado o no con discernimiento). El C.P. de 1928 declaró inimputable al menor de 16 y terminó con el sistema del discernimiento; planteamiento que continuó en el C.P. de 1932 y se mantiene hasta ahora. En los proyectos de reforma últimos, posteriores a la Constitución de 1978, extrañamente también se ha producido una gran variación entre ellos en esta materia, el Proyecto de 1980 rebaja la edad, declarando inimputable al menor de 15 años; en cambio la Propuesta de Anteproyecto de 1983 eleva la edad, estableciendo como inimputable al menor de 18 años. Como se puede apreciar, el concepto político jurídico de menor ha tenido grandes variaciones en el transcurso del tiempo y más aún sigue provocando vacilaciones extremas en el legislador.

Desde un punto de vista político jurídico resulta indispensable iniciar el análisis del tema con lo que señala la Constitución en su art. 12, conforme al cual la mayoría de edad es a los 18 años. Luego la plena participación político social de la persona se alcanza a esa edad¹².

Resulta entonces totalmente contradictoria que la edad penal criminal se establezca a los 16 años. Y ello no sólo desde la perspectiva general, de que el ordenamiento jurídico social superior está reconociendo una realidad diferenciada respecto de las necesidades a satisfacer respecto de ciertos individuos y de los obstáculos que hay que superar para su satisfacción, y que también efectivamente su participación social, política y jurídica no es igual que la de los mayores, sino desde la perspectiva particular jurídico penal.

Por una parte, el derecho penal criminal es última ratio, esto es, ha de intervenir sólo en última instancia, luego respetando el orden y condiciones de los controles anteriores en primer lugar, y además sólo cuando han fracasado todos los controles anteriores. Luego en este caso de los jóvenes resultaría contradictoria su intervención, pues no se estaría respetando el orden y condiciones de los controles anteriores, que incluyen al menor de 18 sólo dentro de un determinado nivel; habría en su aplicación un salto y sustitución de niveles, que implicaría que el derecho penal criminal pase a ser no última ratio sino prima ratio.

Por otra parte, la fundamentación de la intervención del Estado en materia penal criminal es la protección de bienes jurídicos y ello supone la participación efectiva y plena de todos los sujetos en su establecimiento como tales. Ese no es el caso cuando se trata de los menores de 18, pues ellos no están en capacidad jurídica de discutir y participar efectivamente en la configuración de las leyes. Respecto de ellos el principio de legalidad de los delitos y las penas tiene, por tanto, una debilidad de origen. La conciencia de la norma y del injusto están en el grupo de los mayores, en ellos está en formación o en *reformulación*.

Por último, en la medida que el derecho penal criminal es un control social específico, resulta indispensable enjuiciarlo también desde sus consecuencias, es decir, éstas no podrían ser perjudiciales socialmente. Desde un punto de vista general, la aplicación del derecho penal criminal tiene un carácter *estigmatizador*, es decir, segrega o tiende a segregar al sujeto de su participación sociopolítica. Por tanto su aplicación al menor de 18, que ya está limitado en su participación sociopolítica, resulta altamente perjudicial, pues va a destruir todos sus procesos de formación participativa. Va a impedir, en definitiva, que el joven llegue a participar efectivamente. Lo cual evidentemente es perjudicial desde el punto de vista social y se opone a los objetivos constitucionales y sociopolíticos del sistema. Ahora bien, desde el punto de vista concreto, en relación a las penas aplicables, se ratifica lo anteriormente señalado, pues la pena por excelencia del derecho penal criminal es la pena privativa de libertad. Respecto de ésta hay abundantes investigaciones que

demuestran sus efectos perniciosos sobre el sujeto (en general procesos de despersonalización) y, por tanto, con mayor razón sobre el menor de 18 años.

En definitiva, analizada la problemática de la edad límite superior de lo que ha de entenderse por joven jurídicamente, resulta necesariamente que, si se quiere ser consecuente desde un punto de vista tanto general como particular con el sistema, la edad tiene que fijarse en los 18 años. La responsabilidad penal criminal ha de empezar a los 18 años.

Cuestión totalmente diferente es que por razones políticas criminales específicas se considere la conveniencia de otorgar al juez penal criminal facultad para aplicar al mayor de 18 y hasta una determinada edad (por ejemplo 21) y siempre que se den determinadas circunstancias, el estatuto jurídico penal del joven. Ello porque se estima que, por una parte, la participación plena sociopolítica del mayor es todavía muy reciente y, por otra, que justamente por eso la aplicación de la pena criminal tendría sobre él efectos altamente perniciosos (a mayor abundamiento, porque cuando se trata de dar una protección amplia al menor por el derecho penal, se llega aún hasta la edad de veintitrés años (art. 452 bis b. C.P.). Por el contrario no tiene fundamentación alguna posible dar facultad al juez de menores para aplicar al joven la justicia criminal, como hacía el proyecto de 1980, pues ello significa desconocer y negar las bases materiales del sistema que hacen surgir el concepto de menor y, por tanto, la necesidad ineludible de aplicación de un estatuto jurídico penal diferente al criminal. No se trata pues de una situación igualable a la de aplicación al mayor de 18, dentro de determinadas condiciones y por razones político criminales concretas, el mismo estatuto jurídico penal del joven; en este caso no se trata de un desconocimiento del concepto de mayor, sino que por una consideración del derecho penal criminal *desde sus consecuencias* se lleva a cabo una medida global *sustitutiva* de carácter penal, con el objetivo preciso de evitar consecuencias perniciosas para el sistema.

B.- Límite en que comienza la responsabilidad penal no criminal.

La otra cuestión a dilucidar en relación a la edad penal del menor es hasta qué edad mínima se puede plantear su responsabilidad penal. Es decir hasta qué edad mínima se puede enfrentar su capacidad de respuesta con las exigencias del ordenamiento jurídico. Ciertamente hay un área que se podría situar hasta los siete años en que de modo alguno alguien podría sostener que se le pueden plantear exigencias jurídicas con sanción penal. Sin embargo, de ahí en adelante se podría entrar a discutir el tema, y se podrían dar argumentos de todo tipo para una u otra postura en cuanto a la edad mínima. Habría que descartar, con el objeto de no caer nuevamente en tesis peligrosistas o positivistas en general, todas aquellas argumentaciones basadas *exclusivamente* en planteamientos biológicos, psicológicos, psiquiátricos o sociológicos. En otras palabras, el criterio determinante ha de ser, como en el caso del límite máximo, de carácter político criminal¹³.

Pareciera que este límite mínimo es necesario ponerlo en conexión con la obligación educativa del Estado, es decir, sólo se puede exigir una respuesta determinada en la medida que se ha dado al sujeto las bases de formación para una tal capacidad de respuesta¹⁴. Tal base de formación está establecida constitucionalmente en el artículo 27 (que se puede entender como un desarrollo concreto del artículo 9.2) e implica entonces como mínimo la enseñanza básica (art. 27.4). Conforme a ello habría que entender, en general, que la edad mínima ha de estar en los trece años, pues a esa edad necesariamente se habrá terminado tal enseñanza. En cierto modo el propio C.P., aunque sea con otros criterios, hace implícitamente alusión a esta edad mínima de posibilidad de exigencia de respuesta frente al ordenamiento jurídico, pues en los delitos de violación, abusos deshonestos, estupro, señala que no se puede tomar en cuenta jurídicamente el consentimiento de la persona menor de doce años. Más aún y como consecuencia de lo anterior, aplicar una sanción penal a un menor de trece años implicaría una grave perturbación de su formación y desarrollo, con lo cual desde la perspectiva de las consecuencias externas aparece desaconsejable la utilización del derecho penal, aún cuando sea penal no criminal. Por otra, y conforme a lo expresado, aunque el sujeto tenga más de trece años, si no ha recibido tal formación básica, no sería posible entonces aplicarle el derecho penal de menores, respecto de él sólo le cabe al Estado asumir su función de asistencia social general, conforme al art. 9.2 y 27 de la Constitución, lo mismo que le cabe en relación a los menores de 13 años.

Notas

- 1.- Cfr. BUSTOS RAMIREZ, Juan: p. 281 ss.
- 2.- Cfr. GONZALEZ ZORRILLA, Carlos (1985) p. 117 ss.
- 3.- Cfr. GONZALEZ ZORRILLA, Carlos (1983) p. 178 ss.
- 4.- A esto no pareciera dedicarle la debida atención CARBONELL MATEU (p. 37), esto es, que sobre el inimputable si bien no recae "pena-castigo", como señala con razón, se le aplica una pena (aunque se le llame medida de seguridad u otro nombre) por el hecho cometido y que con ello se le tiende a estigmatizar del mismo modo o más que al imputable (basta ver los resultados de la justicia de menores, cfr. GIMENEZ-SALINAS, 1981, p. 145 ss.).
- 5.- DE LEO, Gaetano p. 99 y 101.
- 6.- CARBONELL (p. 37, 38 ss.) cuando plantea que en mi posición falta un tercer nivel, pasa por alto que en ella la imputabilidad es un problema político criminal, basado por ello sólo en la exigibilidad y no en un reproche ético -de ahí que él plantee un tercer nivel- fundamentado en una capacidad de entender o querer. Tal capacidad de entender o querer la tienen todos -no se trata de un problema de libre albedrío ni tampoco de determinación al hecho-, la desigualdad que ha de considerarse para la exigibilidad radica en las respuestas

de los sujetos conforme a los obstáculos que se les presentan y su remoción, y a sus necesidades y satisfacción de ellas -que es una cuestión que atañe al sistema social en su conjunto-.

7.- GONZALEZ ZORRILLA, Carlos (1983), p. 179.

8.- Cfr. GIMENEZ-SALINAS COLOMER, Esther (1981) p. 27 s. GONZALEZ ZORRILLA, Carlos (1985) p. 120 s.

9.- DE LEO, Gaetano: p. 99.

10.- Con razón ALBRECHT señala que el "Derecho penal juvenil es Derecho penal. No es derecho social, ni programado a la "ayuda", sino que sirve al control social" (prólogo).

11.- Cfr. s. T.C. 159/1985, de 27 de noviembre; 23/1986, de 14 de febrero.

12.- Cfr. GONZALEZ ZORRILLA, Carlos (1983): p. 177; GIMENEZ-SALINAS COLOMER, Esther (1985): p. 264 s.; 271.

13.- Cfr. GIMENEZ-SALINAS COLOMER, Esther (1985): p. 271. Ciertamente se puede entrar a discutir si resulta conveniente incluir en un proceso penal a jóvenes entre 13 y 16 años (Cfr. ALBRECHT y SCHULER SPRINGORUM, p. 16; pero ello también implica considerar si hoy eso es realmente posible sin caer en un fraude de etiquetas y en un aumento del control social.

14.- Cfr. en este sentido CANTARERO, Rocío (1988): p. 229.

Bibliografía

Albrecht, Peter-Alexis (1987), *Jugendstrafrecht*, Beck, München.

Albrecht, Peter-Alexis y SCHÜLER SPRINGORUM (1983), *Jugendstrafe an vierzehn und fünfzehnjährigen*, Fink, München.

Bustos Ramírez, Juan (1987). *"La imputabilidad en un Estado de Derecho"*, en Control social y sistema penal, PPU, Barcelona.

Canterero, Rocío (1988). *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación. Derecho Penal y Procesal de Menores*. Editorial Montecorvo, Madrid.

Carbonell Mateu, Juan Carlos, Gómez Colomer, Juan Luis y Mengual y Llul, Joan B. (1987), *Enfermedad mental y delito*, Civitas, Madrid.

De Leo, Gaetano (1985), *La justicia de menores*, Teide, Barcelona.

Giménez-Salinas Colomer, Esther (1981), *Delincuencia Juvenil y Control social*, Círculo editor universo, Esplugues de Llobregat, (1985). *"Principios*

básicos para un nuevo derecho penal juvenil", en Jornadas de Estudio de la legislación del menor, Ministerio de Justicia.

González Zorrilla, Carlos (1983). "*Minoría de edad penal. Imputabilidad. Imputabilidad y responsabilidad*", en Documentación Jurídica, Vol. 1, Ministerio de Justicia, (1985). "La justicia de menores en España", en La Justicia de Menores (De Leo, Gaetano), Teide, Barcelona.