

EL ART. 19 DEL CP ¿ENTRE LA INIMPUTABILIDAD Y LA ABSTENCIÓN DE PENAR?*

MIGUEL A. COBOS GÓMEZ DE LINARES**

Resumen: La falta de claridad del art. 19 del CP produce dudas interpretativas a la hora de responder a la pregunta acerca de si los menores de edad penal son o no responsables penalmente teniendo en cuenta que no se les aplican penas –al menos en sentido formal, como “penas del CP”– pero son responsables con arreglo a la Ley de responsabilidad penal de los menores. La duda se acrecienta cuando se observa que no faltan autores en la doctrina que afirman la inimputabilidad de los menores o una “peculiar” imputabilidad disminuida, a pesar de lo dispuesto claramente en la ley.

Palabras clave: Menores. Imputabilidad. Abstención de penar.

Abstract: Art. 19 of the Spanish Penal Code creates interpretation doubts when answering the question about juvenile criminal responsibility. Minors are not punished with the same type of sanctions as adults, at least in a formal sense, because they are not sentenced to formal penal sanctions. Nevertheless, according to Juvenile criminal responsibility Law, minors are criminally responsible. The interpretation uncertainty is increased by authors that claim for minors’ non-imputation or for a particular diminished imputation, in spite of the law’s clear statement.

Keywords: Juvenile offenders. Imputability. Non intervention.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD EN LA DOCTRINA; III. LA INIMPUTABILIDAD EN LA JURISPRUDENCIA; IV. INIMPUTABILIDAD, MINORÍA DE EDAD, E INTERPRETACIÓN DEL ART. 19 CP.; V. INIMPUTABILIDAD Y ABSTENCIÓN DE PENAR; VI. CONCLUSIONES.

* Fecha de recepción: 30 de octubre de 2012.

Fecha de aceptación: 21 de diciembre de 2012.

** Prof. Titular de Derecho penal. Departamento de Derecho penal de la Universidad Complutense de Madrid. Correo electrónico: cobgommi@der.ucm.es

I. INTRODUCCIÓN¹

El título de este trabajo puede entenderse de dos maneras: como disertación sobre si la previsión del art. 19 del CP implica afirmar la inimputabilidad de los menores o bien que simplemente el ordenamiento jurídico se abstiene de prever penas para ellos. O se trata más bien de una cínica afirmación si se entiende que a la formal o aparente disyuntiva antes señalada se opone una cruda realidad que obliga a plantearse si el nuevo tratamiento jurídico penal de los menores implica o no un paso atrás frente al sistema paternalista anterior, ayuno de garantías, pero también de acusados, procesos, y largos encierros. Por otro lado, la afirmación de la imputabilidad o no de los menores afecta a la cuestión fundamental de si aplicar penas o medidas de seguridad a los menores, respecto a lo cual el hecho de que en la LO 5/2000 se denominen las sanciones “medidas educativas” no empece a que se parezcan más a las penas o a las medidas de seguridad, o incluso que según qué medida educativa se aplique unas sean más bien penas y otras más bien medidas de seguridad.

II. IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD EN LA DOCTRINA

Clásicamente el efecto de la inimputabilidad era la exención de responsabilidad penal y la reclusión en manicomios o sanatorios mentales, en definitiva el encierro. Solo más recientemente con la Criminología crítica –desde los años 60 del pasado Siglo XX– se buscó tratar de forma desinstitucionalizadora a los enfermos mentales, lo cual aunque con más reservas incluye a los inimputables en general que cometían delitos.

Pues bien, en el caso de los menores una serie de Recomendaciones de la ONU –en especial de la Convención sobre los derechos del niño de 1989– seguidas de Directivas de la UE han dado lugar en España a un tratamiento de la minoría de edad que difiere de la anterior, basada en una visión tutelar.

Parece claro que el establecimiento de una determinada edad como límite por arriba o por abajo de la mayoría de edad responde a la afirmación de que a partir de ella –los 18 años según la CE– se posee madurez suficiente para tomar decisiones.

Desde el punto de vista civil se sitúa en dicha edad el momento a partir del cual se posee capacidad plena de obrar. Así la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de Marzo de 1989 establecía que “... si a partir de los 18 años se pre-

¹ El texto publicado responde en esencia al contenido de la conferencia leída en el marco de las XII Jornadas de profesores y estudiantes de Derecho penal de las Universidades de Madrid, de Mayo de 2012. No obstante se ha incorporado un número mínimo de citas que se consideran orientativas para el lector, y se ha adaptado el texto, lo cual ha aumentado ligeramente su extensión respecto de la versión original, condicionada por la brevedad exigida a los intervinientes. Por último, deseo agradecer a los compañeros del Departamento de Derecho penal de la UAM su invitación, y felicitarles por el éxito de organización y de asistencia.

supone el grado de madurez suficiente para toda actuación civil (con las excepciones legales que se establezcan) por debajo de esa edad habrá de atenderse a la actuación concreta que se pretenda realizar, cubriendo la falta de previsión legal expresa por cualquiera de los medios integradores del ordenamiento legal (arts. 1º, 3º y 4º del Código civil) y no por el recurso a una regla general de incapacidad que además no se adviene (*sic*²) ni con el debido respeto a la personalidad jurídica del menor³.

En definitiva, la CE estableció la mayoría de edad (art. 12) a los 18 años, si bien en materia civil antes de la entrada en vigor de la Constitución ya se establecía esa misma mayoría de edad por el Real D-L 33/1978 de 16 de Noviembre (art. 1º), y en su art. 2º se modificaba el art. 320 del CC. que recogía ya la redacción del actual art. 315⁴.

En materia penal como es conocido se produjo una larga situación de tránsito entre la entrada en vigor de la CE (Diciembre de 1978) y la promulgación del CP de 1995. Durante este tiempo la mayoría de edad penal continuó situándose en los 16 años (art. 8, 2º primer apartado, del CP derogado) con lo cual parecía contravenirse la Convención sobre los derechos del niño de 1989 (art. 1) pues esta definía como “niño” a los menores de 18 años, y por consiguiente a los de 16 y 17 años, que por definirse como “niños” no debieran recibir el mismo tratamiento que los adultos. Así se establecía en la Regla 2.2 a) que “Menor es todo niño o joven, ..., que puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto”, y en la 2.3, que “En cada jurisdicción nacional se procurará promulgar un conjunto de leyes, normas y disposiciones aplicables específicamente a los menores delincuentes...” Finalmente, en la Regla 3.3 se establece que “Se procurará asimismo extender el alcance de los principios contenidos en las Reglas a los delincuentes adultos jóvenes”⁵.

Por este motivo ya se planteaba entonces la cuestión del tratamiento legal de los menores de 18 años pero mayores de 16. El TC en 1991 concluyó que la aplicación de la legislación penal de los adultos no infringía la mencionada Convención dado que fijar el límite de la inimputabilidad presumida del menor en una edad inferior a los 18 y someter al mayor de 16 a la jurisdicción de adultos “no contraviene ningún compromiso internacional que acarree inconstitucionalidad”⁶. Sí resultaba materialmente asumible el claro beneficio existente para dicho grupo de edad por aplicación de los arts. 9,3ª (atenuación por menor

² Quizá quería decir “no se compadece con...”

³ Citada por DÍEZ PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil, Vol. I*. 9ª ed. Tecnos, 1998, p. 232 y n. 2.

⁴ Art. 315 (modificado por la Ley 11/1981): “La mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos”.

⁵ Negrita añadida.

⁶ V. el ATC 286/1991, FFJJ 1º, 2º y 3º, en mi opinión con una argumentación nada convincente, pues si el menor de 18 es un niño no puede someterse a una jurisdicción de adultos y nada tiene que ver con ello que el art. 40.3,a) de la Convención reconozca a los Estados la potestad de fijar un límite inferior a los 18. En el FJ 3º se arguye que la CE no exige que ese grupo intermedio de edad deba equipararse a los inimputables y que tampoco existe discriminación por el hecho de que entre las opciones del legislador éste haya optado por aplicar el procedimiento para delincuentes adultos.

edad) y 65, ambos del CP derogado (rebaja obligatoria en un grado y potestativamente en dos) y el diferente y más suave trato penitenciario⁷.

Tras la entrada en vigor del CP de 1995 y previéndose una profunda reforma en materia de menores, obligada tras la STC de 1991 que declaraba la inconstitucionalidad del art. 15 de la Ley de Tribunales tutelares de menores (LTTM)⁸, junto al apartado primero del art. 19 del CP en el que se establecía también la mayoría de edad penal a los 18 años se remitía el tratamiento de los menores a la ley que regulase en el futuro dicha materia.

Se observa en resumen una evolución con un primer periodo en el que se otorga la consideración de inimputables a los menores de edad penal –menos de 16– y de semiimputables a quienes se encontraban entre los 16 y los 18, a los cuales se atenuaban las penas aplicables. Y un segundo periodo que se extiende hasta la situación actual en la que los menores de edad penal son responsables –y parece que imputables– pero con arreglo a una ley penal especial.

En resumen, la mayoría de edad se establece en la CE a efectos generales pero indudablemente el art. 12 CE es una previsión dirigida a establecer el derecho de sufragio activo a partir de una determinada edad, dado que éste reside en los individuos –“...los ciudadanos...” (art. 23.1 CE)– y no en los Sindicatos ni Partidos políticos⁹. A efectos generales tiene gran importancia para la legislación civil, pues de acuerdo con el art. 149.1,8ª CE el Estado tiene competencia exclusiva en materia de legislación civil, de manera que sin perjuicio de las peculiaridades forales prevalece la norma constitucional en lo que a mayoría de edad se refiere.

Por todo ello, en materia penal una vez entró en vigor la LRPMP puede concluirse lo siguiente:

⁷ V. STC 9/1994, FJ 4º.

⁸ En la STC de Pleno de 14 de Febrero de 1991 (STC 36/1991, FFJJ 1 a 8) se resuelve sobre cinco cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por varios Juzgados de Menores, por tanto ya se había producido una primera reforma en la materia que dio lugar a la creación de Juzgados especializados de menores sustituyendo a los anteriores Tribunales tutelares, para lo cual fue esencial la LOPJ, 6/1985. Lo más importante de dicha STC fue la declaración de inconstitucionalidad del mencionado art. 15 de la LTTM (Texto refundido y Reglamento aprobados por D. de 11 de Junio de 1948) por violación de las garantías del art. 24 CE, y del principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE. El TC se basó en la interpretación del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, la Convención de Roma y la Convención de la ONU de los derechos del niño. Debido a la derogación del procedimiento corrector o reformador urge el TC al legislador para que rellene el vacío normativo, lo cual repite lo indicado ya por la STC 71/1990, y ahora reiteraba “la imperiosa necesidad de una pronta reforma legislativa en esta materia”. Resultaban proféticas las palabras de GUI MORI: “Nos tememos que la urgente reforma tarde mucho en llegar y que los Jueces se vean obligados “provisionalmente” a aplicar durante muchos años la doctrina del TC, la Convención de los derechos del niño y las Reglas de Beijing para llenar el vacío normativo existente en materia tan crucial. Pero esto es lo que hay” (*Comentarios a la Jurisprudencia constitucional*, p. 390).

⁹ STC 63/1987, FJ 5º en relación con las SSTC 53/1982, 5/ y 23/1983, y 51/1984.

1º La mayoría de edad penal se sitúa en los 18 años (art. 19.1 CP) y desaparece el trato especial de las edades intermedias entre los 18 y los 21 años a efectos de evitar la aplicación del régimen penitenciario de adultos (derogación del art. 69 CP). Hasta los 18 años y desde los 14 los menores son responsables penalmente con arreglo a la LRPM. Por debajo de esa edad no son responsables penalmente y por tanto solo respecto de ellos podría –eventualmente– afirmarse que son inimputables.

2º Objetivamente existen límites en la cuantía –temporal– de las medidas a aplicar así como peculiaridades procesales que favorecen la resolución del conflicto producido por el delito o falta a través de alternativas distintas al proceso como la mediación, o que favorecen la conformidad y consiguiente rebaja en la cuantía de la medida solicitada o suspensión de las medidas aplicables¹⁰.

3º En consecuencia, los menores de 18 años y mayores de 14 no tienen ya la consideración de inimputables ni de semiimputables. Son responsables como antes se indicó, y por tanto deberá buscarse un fundamento de dicha responsabilidad para explicar la falta de reacción penal en unos casos o la lenidad –aunque no tanta en muchos casos– frente a la legislación penal de adultos.

III. LA INIMPUTABILIDAD EN LA JURISPRUDENCIA

La importancia del estudio del tratamiento de la imputabilidad por la Jurisprudencia requeriría un espacio y atención que exceden el formato y los objetivos de este trabajo de manera que solo se resumirá cuáles son los aspectos más relevantes de aquella.

La afirmación de la inimputabilidad o lo que a los efectos viene a ser equivalente requiere: la comisión de un delito, la condición de inimputable o en su caso semiimputable y la peligrosidad criminal del sujeto. Por otro lado, la aplicación de una medida de seguridad privativa de libertad requiere además que el tipo del delito cometido prevea una pena privativa de libertad “... y ha de justificarse la necesidad fundada de la privación de libertad, a los fines terapéuticos perseguidos con el concreto supuesto de la imposición de la medida de internamiento”, todo ello además de importantes referencias a la peligrosidad del sujeto¹¹.

Por otro lado, se afirma también recientemente con cita de Sentencias anteriores, nada menos que “en el Código en vigor late propiamente la exclusión culpabilística del elemento

¹⁰ V. al respecto COBOS en “La mediación en la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores, y su Reglamento” en *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, coordinado por Margarita Martínez Escamilla y M^a Pilar Sánchez Álvarez. Colección de Mediación y Resolución de conflictos. Ed. Reus, Madrid 2011, pp. 309 y ss.

¹¹ STS, 124/2012 de 6 de Marzo (ponente Sánchez Melgar) con cita de otras, en especial el FºJº Tercero, con especial referencia a la STS 603/2009, de 11 de junio.

subjetivo del tipo penal cuando tal hecho es cometido por un inimputable, como ocurría en la regulación anterior en el artículo octavo del mismo”¹² lo cual parece dar a entender que en el CP actual se sitúa el dolo en la culpabilidad, o en el tipo y en esta última, y que queda excluido por la inimputabilidad. También es verdad que otras Sentencias se muestran mucho más apegadas al tenor del art. 20 del CP y respetuosas con la falta de definición legal –y menos aún de declaración– sobre la ubicación de elementos de la teoría del delito en el CP. Así, la STS 1192/2011 de 16 de Noviembre afirma claramente que “... *no es posible comprobar el segundo término de la fórmula de la imputabilidad (capacidad de comprender la ilicitud y de conducirse según esa comprensión)* (STS nº 243/2005 de 25 de febrero)...” que “...*la capacidad de comprensión de la ilicitud y de comportarse de acuerdo con ella carece de respuesta desde un punto de vista empírico, razón por la cual sólo cabría una respuesta normativa.* (STS 600/1995, de 3 de mayo)...” y que “*si el juicio se refiere a motivabilidad del autor por medio de normas jurídicas, los conocimientos empíricos no pueden ser ignorados en la determinación de la capacidad del autor* (STS nº 733/1997 de 22 de mayo).” Con esta Sentencia y las que cita en su apoyo se aprecia la enorme distancia que puede separar los razonamientos de grupos enteros de decisiones del TS, desde las ancladas en concepciones culpabilísticas prácticamente arrumbadas por la doctrina hasta las que hacen honor tanto a la importancia de las ciencias auxiliares del Derecho penal como a la inevitable preponderancia de las consideraciones normativas a la hora de decidir.

En lo que aquí interesa puede concluirse que la desaparición del art. 20 de cualquier referencia a los menores hace desaparecer asimismo toda referencia a los mismos cuando el TS versa sobre la inimputabilidad y sus grados, porque la minoría de edad *per se* no es un supuesto de inimputabilidad ni de imputabilidad disminuida.

IV. INIMPUTABILIDAD, MINORÍA DE EDAD, E INTERPRETACIÓN DEL ART. 19 CP.

Llama poderosamente la atención que de acuerdo con el párrafo 2º de la Disposición final 7ª del CP el art. 19 no entraba en vigor –al igual que otros preceptos– al mismo tiempo que el grueso del nuevo CP¹³. En efecto, la Disposición derogatoria declaraba vigente una

¹² STS 216/2012, de 1 de Febrero con cita de la STS núm. 1019/2010, de 2 de noviembre.

¹³ “7ª. El presente Código entrará en vigor a los seis meses de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado y se aplicará a todos los hechos punibles que se cometan a partir de su vigencia. No obstante lo anterior, queda exceptuada la entrada en vigor de su artículo 19 hasta tanto adquiera vigencia la ley que regule la responsabilidad penal del menor a que se refiere dicho precepto”. 7ª. *Entrada en vigor y desarrollo reglamentario*. 1. La presente Ley Orgánica entrará en vigor al año de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. En dicha fecha entrarán en vigor los artículos 19 y 69 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal. 2. Durante el plazo mencionado en el apartado anterior, las Comunidades Autónomas con competencia respecto a la protección y reforma de menores adaptarán su normativa para la adecuada ejecución de las funciones que les otorga la presente Ley.”

serie de preceptos del viejo CP ¹⁴de manera que –en lo que ahora interesa– a los mayores de 16 años –anterior límite legal de punición– y menores de 18 se les aplicarían los arts. 9.3 –atenuante por minoría de edad penal– y 65 –referido a la dosimetría penal para las atenuantes–¹⁵. Así, hasta la entrada en vigor de la LRPM entre los 16 y los 18 años recibían los menores infractores un trato penológico más favorable.

Como puede observarse se elevó en 2 años el límite de aplicación del CP en razón de la edad pero no queda tan claro el fundamento legal de dicha inaplicabilidad.

En efecto, en el anterior CP se establecía lacónicamente en el art. 8.2 que “Están exentos de responsabilidad criminal... 2º. El menor de 16 años”. Antes de cumplir esa edad “el menor... será confiado a los Tribunales Tutelares de Menores”.

Parece claro que el anterior CP seguía el paradigma de la inimputabilidad para los menores de 16 años. En efecto, se incluía en el art. 8 entre las causas de exención de la responsabilidad criminal a los menores de dicha edad. Esta concepción se reforzaba por el hecho de que si bien eran remitidos los menores infractores a unos Tribunales la pretensión de los mismos no era tanto enjuiciar las conductas como darles una supuesta protección especial. La denominación de estos Tribunales como “tutelares” y el hecho de que sus titulares pudieran no ser Jueces dan una idea de la pretensión al menos teórica de amparar y tutelar a los menores cuyos padres o encargados de custodia no cumplían los deberes que las leyes civiles depositaban en ellos. De ahí que dichos Tribunales tutelaran en forma sustitutiva a quienes debían hacerlo y no cumplían con sus deberes o potestades, y esa función se extendía no solo a menores infractores sino a quienes practicaban la mendicidad, la prostitución o estaban en situación de abandono. Se observaba por tanto que a pesar de la entrada en vigor de la CE existía una falta de garantías total para el menor tanto si cometía delitos como si se encontraba en una situación de las que podían considerarse de peligrosidad social pues o bien se le podía juzgar por quien no era un jurista o desde luego no era un Juez profesional, o aplicársele medidas equivalentes a penas o medidas de seguridad “curativas” por ser a todos los efectos inimputable.

En resumen la antigua Ley y el CP anterior configuraban un marco jurídico de tratamiento de individuos mediante la aplicación de medidas de seguridad que tenía como finalidad teórica la tutela y protección de los menores. Debe destacarse que este mismo marco era el existente en buena parte de Europa durante los años 50, y que en España no es sino a partir de la STC de 1991 que se pone de manifiesto la necesidad de dar un vuelco a la ausencia de garantías legales de los menores tras el nuevo marco constitucional. Y por obra de dicha STC se produce por fin la reforma de 1992, que abre camino a la futura ley

¹⁴ “DISPOSICIÓN DEROGATORIA. 1. Quedan derogados: a) El texto refundido del Código Penal..., con sus modificaciones posteriores, excepto los artículos 8.2, 9.3, la regla 1ª del artículo 20 en lo que se refiere al número 2º del artículo 8, el segundo párrafo del artículo 22, 65, y las adicionales primera y segunda de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio.”

¹⁵ En este caso privilegiada dado que en vez de moverse dentro del marco penal aplicable, el Juez debía aplicar la pena inferior en uno o dos grados.

5/2000 de responsabilidad penal del menor. No obstante las dudas persisten tras la entrada en vigor del CP de 1995.

En efecto, de una primera lectura del art. 19 apartado primero¹⁶ pudiera obtenerse la idea de que se está declarando la inimputabilidad de los menores de 18 años: “no serán responsables criminalmente” afirma dicho precepto. No obstante en el apartado segundo sí se afirma la responsabilidad –que ya no denomina “criminal”– del menor, pues “podrá ser responsable” penalmente. Resulta realmente confusa la manera en que se usan los términos ya que, por un lado parece que el adulto es un responsable *criminal*, mientras el menor es un responsable *penal* a pesar de que ambos términos debieran usarse de forma indistinta o mejor, desaparecer el primero, ajeno a la tradición legislativa continental. Por otro, no se entiende bien el uso del verbo en modo potencial –“podrá”– dado que si se refiere el legislador a que lo sea en el futuro o no –en el sentido de inocente o culpable– dependerá de lo que resulte del proceso penal de menores, carece de sentido por ser una obviedad. Y si se refiere a que un menor puede no ser responsable con arreglo a la LRPM debido a que finalmente no se incoe un expediente o finalice sin condena debido a la mediación o a otra forma alternativa de finalizar el expediente, nada tiene que ver con lo que se supone debe proclamarse en un precepto como el que establece una regla general de exención de la responsabilidad criminal como proclama el epígrafe del Capítulo segundo del Libro primero del CP que lo precede. Subsisten por tanto las dudas acerca de la posición del legislador penal sobre la cuestión de la responsabilidad de los menores.

Pero no solo antes de la nueva legislación sino tras la aprobación del CP de 1995 con más de 15 años de aplicación, y de la LRPM como más de 10, buena parte de la doctrina continúa estableciendo el ámbito de interpretación del art. 19 en sede de imputabilidad.

En la doctrina española, no obstante se insiste en esta materia en aquella hipótesis que surgiría tras una primera lectura del art. 19: los menores de 18 años son inimputables, es decir, no podría imputárseles subjetivamente una conducta constitutiva de un ilícito penal. O que la minoría de edad penal constituiría una causa relativa de inimputabilidad¹⁷. Razonan MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN que si bien el menor sería responsable, el legislador reconoce unas peculiaridades debido al proceso de socialización y de motivación del menor, lo cual daría lugar también a una responsabilidad peculiar. No obstante afirman más adelante que “aunque se emplee para esas sanciones el nombre de medidas... dogmáticamente deben ser consideradas como penas, ya que no se basan en la *peligrosidad del menor*, sino en su culpabilidad, aunque esa culpabilidad presente algunas peculiaridades”¹⁸. En conclusión por los motivos que dichos autores exponen, quizá debieran prescindir de toda referencia a una “relativa imputabilidad” y explicar de forma más clara cómo construyen la responsabilidad del menor con verdaderas penas si afirman que son inimputables.

¹⁶ “... no serán responsables”.

¹⁷ Así, RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *CP comentado*. Art. 19, y MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*. P.G. 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia 2010, p. 363.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 365.

V. INIMPUTABILIDAD Y ABSTENCIÓN DE PENAR

La otra hipótesis provisional que se plantea en esta ponencia proviene de la peculiaridad consistente en afirmar la responsabilidad de los menores y la inaplicación de penas. Pues bien, la abstención de penar es una figura dogmática que puede utilizarse como opción despenalizadora desde el punto de vista del legislador, o bien desde el del Juez.

En el primer caso se trata de una decisión de política criminal adoptada en el Parlamento con el doble control que implica la exigencia de LO para legislar en materia penal, en cuya virtud se despenaliza una conducta. Las razones que se aducen en estos casos suelen ser que, o bien se entiende que la conducta antes penada no reviste caracteres de delito por insuficiente gravedad –argumento de antijuridicidad material– o se dice que la culpabilidad del individuo –útese el término en el sentido que se prefiera– está tan atenuada que no existe una necesidad de intervención penal. O, en fin, que se plantea un dilema entre la protección del bien jurídico y la de otro interés que en ciertos casos se pueda entender preponderante. Esta decisión de política criminal a la que acabo de referirme cuenta con ejemplos como el desacato, el hurto entre parientes, o la inmunidad parlamentaria.

Cabe también que el legislador decida remitir al Juez la posibilidad de que se abstenga de penar materialmente aunque se produzca una condena formal –arts. 80 a 87 CP (suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad– sobre la base de hacer depender la decisión de política criminal de circunstancias vinculadas al caso concreto.

Pues bien, ni desde el punto de vista legislativo ni del judicial puede entenderse que se produzca una abstención de penar, pues o bien las denominadas “medidas educativas” de la LRPM se consideran materialmente penas –como afirman MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN¹⁹– o bien, dado que se privaría materialmente de libertad y por periodos que pueden ser muy prolongados –hasta 10 años– equivalentes a penas graves del CP puede concluirse que no hay realmente una abstención de penar en relación con los menores.

Finalmente, sí debe reconocerse que se aplican en la LRPM técnicas de evitación del proceso y de resolución de conflictos como la mediación, pero que existen también para adultos, de manera que no existe una gran diferencia en el trato entre adultos y menores.

VI. CONCLUSIONES

¿Dónde situamos la minoría de edad penal dispuesta en el art. 19? En mi opinión, con las reservas lógicas por el estado provisional de esta investigación, el art. 19 cumple más bien una función de causa de exención derivada del principio de oportunidad equivalente

¹⁹ V. *supra* n. 17.

a razones de política criminal, lo cual no implica la ausencia de razones plausibles para su mantenimiento sino únicamente la necesaria advertencia de que el principio de oportunidad tiene muchas facetas, o si se quiere formas de aparición y que no se acaba en el Derecho procesal sino que entronca con el pensamiento político criminal que tanto debe a v. LISZT y hoy a ROXIN.

La anterior afirmación implica *contrario sensu* que la eximente de minoría de edad al quedar fuera del art. 20 CP no es una causa de exención de la antijuridicidad –tampoco lo ha sido históricamente– ni de la denominada culpabilidad, imputación subjetiva o responsabilidad penal personal a través de la afirmación de inimputabilidad, si bien lo fue en el derogado CP, art. 20, 3.

El art. 19 del CP vigente, por tanto, ha supuesto un cambio de paradigma y de ahí que su contenido se haya dejado fuera de las cláusulas generales de exención de la responsabilidad penal –art. 20 CP– para funcionar como cláusula de remisión a una ley especial, a otro ámbito de la responsabilidad penal. Esta ley especial lo sería además por contener las disposiciones procesales que rigen un verdadero proceso penal de menores que antes no existía, dado el carácter tuitivo o protector de la antigua Ley de Tribunales Tutelares de menores. Y es que a menos que se cambie el paradigma del tratamiento de los menores creando un nuevo sistema, para dotar de garantías al tratamiento jurídico de los menores infractores habrá que aplicar el mismo sistema hasta ahora conocido, a saber: el sistema de depuración de la responsabilidad penal de los adultos, en definitiva, el proceso penal al uso, de manera que lo que se gana en garantías formales puede perderse por la dureza de la ejecución.

En efecto, la cuestión que surge de inmediato es la sensación de que “la trampa está servida”: las garantías que se arbitran en el tratamiento jurídico del menor se explican por la adquirida condición de acusado. Las ventajas son que se presumirá su inocencia, tendrá derecho a un Abogado de su elección, y será juzgado por un Juez profesional especializado. Pero los inconvenientes son, en primer lugar los propios del proceso penal y de la ejecución de las medidas: las intimidantes formalidades del Juicio, la posibilidad de que se ejerza la acusación particular, la separación de la familia durante lapsos temporales que pueden ser largos, y la considerable gravedad de las medidas de encierro.

En mi opinión el balance de esta nueva situación es favorable a la demanda social de seguridad –retribución– frente a los muy escasos estadísticamente pero muy morbosos y mediáticos delitos cometidos por algunos menores.

Así visto el art. 19 contendría la decisión legislativa de política criminal consistente no en despenalizar las conductas constitutivas de delito cometidas por menores de edad penal, sino en regular las consecuencias jurídicas que se les aplicarán a través de una ley especial. Se trata de una decisión de política criminal consistente en afirmar claramente la imputabilidad de los menores, y en consecuencia su procesamiento para depurar su responsabilidad, pero previendo la aplicación de un tipo de medidas pensadas exclusivamente para ellos.

El menor es responsable de sus actos en la misma medida que un adulto en lo que se refiere a su capacidad de conocer, de identificar la realidad del perjuicio. Siguiendo la afirmación de los conocidos neurocientíficos KUPFERMANN, KANDEL e IVERSEN, el comportamiento tiene aspectos no cognitivos que reflejan no lo que el individuo sabe, sino lo que él o ella necesita o quiere. Aquí es donde nos ocupamos de cómo los individuos responden a estímulos *internos* más que externos. Refieren estos autores que “... durante el auge del conductismo durante la primera mitad del S XX se ignoraron en gran medida los factores internos en sus intentos de explicar el comportamiento. Con el auge de la psicología cognitiva hace ya unas décadas el paradigma conductista ha retrocedido y la motivación, con toda su complejidad ha vuelto a ser de nuevo objeto de estudio científico serio”²⁰.

En ese sentido, el dolo en cuanto que referencia subjetiva del tipo al autor no parece diferir en nada, trátese de un adulto o de un menor de edad penal, y por tanto las anomalías que puedan afectar al proceso de conocimiento por parte de adultos y de menores en principio son idénticas.

No debe por tanto buscarse la fundamentación de la inaplicación de penas o medidas de seguridad en que los menores tengan mayores o menores dificultades para percibir e identificar el entorno social, y en concreto para ser conscientes de forma potencial del carácter lesivo de sus actos. En mi opinión los menores adolecen nunca mejor dicho de un déficit de control de su socialización y de sus impulsos que les dificulta para adecuar la percepción del entorno a la exigencia de abstenerse de realizar delitos.

En cuanto a las medidas de seguridad porque los menores no son inimputables, la LRRPM ha dado como respuesta al dubitativo uso –en futuro– por el art. 19 CP del término “podrá” referido a la exigencia de responsabilidad penal, que entre los 14 y los 18 años “exigirá” –no “podrá exigir”– responsabilidad penal si bien la consecuencia jurídica será una medida educativa, no una medida de seguridad.

En cuanto a las penas, porque los menores si bien son imputables por razones de política criminal prefiere el legislador prever y aplicar medidas educativas con un claro sentido preventivo, pero no podemos olvidar que se prevén también medidas de internamiento de 8 y hasta 10 años, una auténtica privación de libertad aunque no se cumpla en una prisión, pero tampoco podemos olvidarnos de la dureza intrínseca de la previsión legal, y del hecho de la existencia de abusos en el “tratamiento” de los menores internos que han dado lugar, por ejemplo, a la clausura del centro “El Madroño” en la Comunidad de Madrid.

En conclusión, por un lado es correcto afrontar el tratamiento jurídico penal de los menores entendiendo que son personas con todos los derechos procesales, que son penalmente responsables, pero también debe recordarse que por su inmadurez deben recibir un tratamiento materialmente distinto al de los infractores mayores de edad. Ahora bien, no

²⁰ En KANDEL y otros, *Principles of Neural Science*, 4ª ed. (web captured edition), Mc Graw/Hill New York 2000, Cap. 51 (Motivational and addictive states), p. 998.

tiene justificación ni con los adultos ni con los menores –menos aún con estos– aplicar medidas de internamiento cerrado que pueden llegar hasta los 10 años, que solo pueden tener un carácter retributivo o represivo, de manera que la afirmación de la responsabilidad también penal de los menores de 18 como afirmación de su dignidad y de su derecho a la libertad no puede esconder un tratamiento que nos sitúa en una situación peor aún al del tratamiento tutelar carente de garantías procesales, a un momento presidido por una política legal eminentemente represiva.

Muchas gracias.