

Imputabilidad e inimputabilidad penal del menor de edad. Interpretaciones dogmáticas del artículo 19 CP y tipologías de delincuentes juveniles conforme a su responsabilidad criminal

SERGIO CÁMARA ARROYO

Profesor Asociado de Derecho penal

UNIR

RESUMEN

La cuestión de la responsabilidad penal de los menores –y, por tanto, de su imputabilidad–, es una problemática que se ha ido forjando con cada avance legislativo en materia de criminalidad juvenil. La primera aproximación legislativa sobre menores delincuentes en España, las Leyes de Tribunales Tutelares de Menores, mantuvo una tónica eminentemente tuitiva y proteccionista que consideró al menor inimputable iuris et de iure mediante la fórmula biológica pura, o iuris tantum mediante la técnica del discernimiento. Actualmente, el artículo 19 CP recoge entre las causas que eximen la responsabilidad criminal la minoría de edad penal, mientras que el artículo 1.1 LORRPM establece la competencia para «exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales», sin embargo, no adjetiva el término responsabilidad, si bien queda claro que la misma vendría determinada por la comisión de un hecho delictivo. Así, continúan existiendo ciertas dudas acerca de la verdadera naturaleza –penal, especial o correccional– de la responsabilidad del menor en España y, en consecuencia de su plena, especial o nula imputabilidad y culpabilidad conforme a los criterios de la Teoría jurídico del delito válida para nuestro actual Derecho penal adultos.

Palabras clave: culpabilidad, imputabilidad penal, inimputables, menores delincuentes, Derecho penal de Menores.

ABSTRACT

The issue of criminal responsibility under models of Juvenile Justice, –and hence, its imputabilidad–, is a problem that has been forged with every legislative progress on juvenile crime. The first legislative approximation Child Offenders in Spain, the Juvenile Courts, remained an eminently protectionist trend that saw the juvenile offender as unimpeachable, without contrary proof, through pure or biological formula or by the technique of discernment. Currently, article 19 CP includes age among the causes which exempt the criminal responsibility, while article LORRPM 1.1 provides the power to «establish the liability of persons aged fourteen and under eighteen for committing acts classified as crimes or offenses in the Penal Code or special penal laws», however, the term responsibility remains unclear, although it is clear that the same would be determined by the commission of a crime. So, there are still some doubts about the true –penal, special or correccional– nature of the responsibility of minors in Spain and therefore its full, special or no accountability and culpability under the criteria of legal theory of crime for our current adult criminal law.

Key words: criminal responsibility, insanity, juvenile offenders, juvenile criminal law.

SUMARIO: I. Introducción. La problemática de la imputación personal de los menores de edad.–II. La posición correccional. La inimputabilidad penal *iuris et de iure* del menor por razón de la inmadurez.–III. Posiciones intermedias: Imputabilidad penal disminuida, relativa o específica, motivación normativa y tesis de la necesidad de la pena en el derecho penal juvenil.–IV. Imputabilidad penal del menor conforme a la LORRPM. Toma de postura.–V. Inimputabilidad penal de los menores delincuentes. Psiquiatría y Psicología criminal del menor infractor: Diagnóstico y tipología: 5.1 Eximentes de la responsabilidad criminal en la LORRPM; 5.2 Circunstancias modificativas que atenúan la responsabilidad criminal del menor; 5.3 Tipologías de delincuentes juveniles conforme a su responsabilidad criminal; 5.4 Menores delincuentes con anormalidad patológica; 5.5 Menores delincuentes con anormalidad no patológica; 5.6 Menores delincuentes con rasgos de la personalidad estadísticamente normales o próximos a la normalidad.

I. INTRODUCCIÓN. LA PROBLEMÁTICA DE LA IMPUTACIÓN PERSONAL DE LOS MENORES DE EDAD

La cuestión de la responsabilidad penal de los menores –y, por tanto, de su imputabilidad–, es una problemática que se ha ido forjando con cada avance legislativo en materia de criminalidad juvenil. Por ello siempre he defendido que, detrás de muchas de las dificultades de interpretación con las que se encuentra el jurista a la hora de

abordar una norma como LORRPM, se esconde una profunda significación histórica: la constante lucha entre el Derecho correccional y el Derecho penal (1).

Baste recordar, al respecto, que la construcción de la normativa penal de menores en España supuso rescatar los preceptos y aspiraciones de nuestro correccionalismo penal decimonónico (2). En este sentido, hace un par de décadas no estaríamos planteándonos si los menores de edad son susceptibles de responsabilidad penal o no. La respuesta, para los penalistas de finales del siglo XIX y principios del XX, era meridianamente clara: los delitos cometidos por adultos no eran iguales que los cometidos por niños (3). No podían ser castiga-

(1) En general, ocurre en todos los sistemas de justicia juvenil que han evolucionado de un modelo tutelar o correccional a uno de responsabilidad penal; al respecto, *vid.* CÁMARA ARROYO, S., «La reforma de la justicia juvenil en el Perú: imputabilidad penal e internamiento del adolescente infractor», en *Gaceta penal*, núm. 46, 2013, p. 42. Al respecto, sobre la importancia de la evolución histórica de nuestra Ley penal del menor y sus consecuencias, *vid.* CÁMARA ARROYO, S., *Internamiento de menores y sistema penitenciario*. Ministerio del Interior, Madrid, 2011, pp. 743 ss.

(2) *Vid.* BUENO ARÚS, F., «La ley de responsabilidad penal de los Menores: compromisos internacionales, análisis de la imputabilidad penal y la respuesta penal», en PANTOJA GARCÍA, F. (Dir.): *La Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores: situación actual*. CGPJ, Madrid, 2005, pp. 288, 290, 291, 306 y 317.

(3) *Vid.* BUENO ARÚS, F., «Menor edad: imputabilidad o inimputabilidad *sui generis*. Influencia en este punto de la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad penal del menor», en PANTOJA GARCÍA, F., y BUENO ARÚS, F. (Dirs.), *Actual doctrina de la imputabilidad penal*. CGPJ, Madrid, 2006, pp. 359 y 360. En términos similares, el mismo autor: «Líneas fundamentales sobre la reinserción de los menores delincuentes», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1836-37, Madrid, 1999, p. 9; y también: «Aspectos sustantivos de la ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores», en *Revista ICADE*, núm. 53, 2001, p. 6 (versión online); y por último: «La ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores», en LÁZARO GONZÁLEZ, I. E., y MAYORAL NARROS, I. V. (coord.), *Jornadas sobre Derecho de los Menores*. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2003, p. 314. De hecho, la cuestión va más allá del propio concepto de imputabilidad penal de los menores de edad, puesto que también la propia definición de delito en el caso de los menores y jóvenes delincuentes ha sido un tema polémico. Como explica Vázquez González, la Sociología Criminal ha incluido también dentro del término «delincuencia» los comportamientos desviados y la inadaptación social. Precisamente, estos dos últimos conceptos son los que más han influido a la hora de definir las infracciones de los menores de edad, de tal modo que no todas las conductas sancionables cometidas por los niños, adolescentes y jóvenes, encajaban con la definición estricta de «delito»; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., «La delincuencia juvenil», en VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. y SERRANO TÁRRAGA, M. D. (eds.), *Derecho penal juvenil*. 2.ª ed., Dykinson, 2007, p. 4; CRUZ Y CRUZ, E., *Los menores de edad infractores de la Ley penal*. Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2010, pp. 244 ss. Podemos encontrar entre la literatura especializada dos dimensiones del concepto «delincuencia juvenil», una amplia o generalista, que incluye todas las conductas desviadas cometidas por menores, y una perspectiva estricta, que solamente

dos por el Código penal (en adelante, CP), ya que, en puridad no eran imputables por razón de la edad, ni los castigos ni el proceso penal

incluiría en el concepto de delincuencia juvenil aquellos delitos, definidos como tal por la Ley penal, cometidos por niños o jóvenes. Delincuente juvenil sería, en consecuencia, todo menor de edad o joven que quebranta o pone en peligro el ordenamiento jurídico penal. Además de estas dos perspectivas, podríamos distinguir una tercera vía, que podríamos denominar correccionalista, que rechaza la denominación de «delincuencia juvenil», y se decanta por otra terminología («menores o jóvenes infractores», «menores o jóvenes en situación delictiva o irregular», «infracción juvenil», etc.), al confeccionar un nuevo modelo de Justicia Juvenil. Al respecto, *vid.* GÓMEZ MESA, A., *Los Tribunales Tutelares de Menores en España, historial, objeto, sujeto, implantación, organización, crítica*. Reus, Madrid, 1934, p. 23; SABATER TOMÁS, A., *Juventud inadaptada y delincuente. Editorial Hispano Europea*, Barcelona, 1965, p. 10; el mismo: *Los delincuentes jóvenes: estudio sociológico y penal. Hispano Europea*, Barcelona, 1967, p. 22; BAU, J. L., «Delincuencia juvenil», en *Revista de la Obra de Protección de Menores*, núm. 94, 1965; SABATER TOMÁS, A.; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., «Problemática jurídica de la delincuencia de menores», en VV. AA., *Delincuencia juvenil*. Secretariado de publicaciones de la Universidad de Santiago, Vigo, 1973, pp. 191 y 192; BERISTAIN IPIÑA, A., «La delincuencia e inadaptación juvenil ante algunos criminólogos críticos y algunos moralistas postconciliares», en *Separata de Documentación Jurídica*, núm. 11, 1976, p. 808; si bien el autor anteriormente se ha mostrado partidario de incluir algunas conductas análogas al delito: «Delincuencia juvenil. Grave problema internacional», en *Revista del Instituto de la Juventud*, núm. Agosto, 1965; FERNÁNDEZ ALBOR, A., «Introducción al Curso sobre Delincuencia Juvenil», en VV. AA., *Delincuencia juvenil*. Secretariado de publicaciones de la Universidad de Santiago, Vigo, 1973, p. 16; GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E., *Delincuencia juvenil y control social*. Sertesa, Barcelona, 1981, p. 35; HORACIO VIÑAS, R., *Delincuencia Juvenil y Derecho penal de Menores*. Ediar, Buenos Aires, 1983, p. 11. Un ejemplo de la primera de las definiciones de delincuencia juvenil nos lo proporcionó el Juez de la República Federal Alemana, WOLF MIDDENDORFF, que la define como «la conducta de un joven desaprobada por la comunidad y determinante de una intervención del poder del Estado –casi siempre en forma de Tribunal de menores– con observancia en todo caso de los límites de edad vigentes y dentro del marco de los preceptos relativos a la responsabilidad penal». Como puede apreciarse, la definición de MIDDENDORFF incluye dentro de la criminalidad juvenil aquellas conductas desviadas que, sin llegar a considerarse delitos en el sentido técnico-jurídico, son realizadas por los menores de edad o jóvenes y merecen un reproche social. Todo delito es una conducta socialmente desviada o, al menos, contraria a la convivencia social establecida, pero no toda conducta desviada es un delito. Así, por ejemplo, para el concepto amplio de delincuencia juvenil, formarían parte de tal denominación aquellos menores con un alto grado de absentismo escolar, que consumen drogas, que abandonan su hogar, que se prostituyen, que se encuentran en situación de riesgo social (vagos, vagabundos, en situación de mendicidad, etc.) y, en general, todos aquellos que muestren una conducta social inadaptada o desviada. Sobre el trabajo de MIDDENDORFF sobre delincuencia juvenil en los informes de la Asamblea General de Naciones Unidas, véase MIDDENDORF, W., «Delitos contra la propiedad; infracciones de tránsito; delincuencia colectiva; pandillas de jóvenes; vandalismo; delincuencia sexual; alcoholismo y toxicomanía», en *Documento Naciones Unidas A/CONF.17/6 Informe General sobre Nuevas formas de la delincuencia de menores: su origen*, New York, 1960; del mismo autor: *Criminología de la Juventud*.

favorecían su educación y arrepentimiento. En definitiva, el menor delincuente era una anomalía. Su falta de madurez les eximía de las habituales consecuencias del delito, si bien se preveía para ellos otro tipo de medidas «*tutelares*» destinadas a frenar su iniciación en el sendero del crimen.

En consecuencia, la primera aproximación legislativa sobre menores delincuentes mantuvo una tónica eminentemente tuitiva y protectorista. En España, esta manera de entender y prevenir la delincuencia juvenil cristalizó en las denominadas Leyes de Tribunales Tutelares de Menores (LTTM) que consideraron al menor inimputable *iuris et de iure* mediante la fórmula biológica pura, o *iuris tantum* mediante la técnica del discernimiento (4).

Estudios y Experiencias. Ariel, Barcelona, 1964. La definición amplia de «delincuencia juvenil» aún se mantiene en el mundo anglosajón, en donde siempre se ha considerado que las infracciones cometidas por los jóvenes difieren «en especie y en motivo» que los típicos delitos cometidos por adultos. Es por ello que en las normativas inglesa y estadounidense los menores pueden ser enjuiciados y condenados por conductas que en el caso de los adultos no se consideran hechos delictivos conforme al ordenamiento jurídico-penal. Es lo que se conoce como *status offenses*. Al respecto, Vid. WEST, D. J., *La delincuencia juvenil*. 2.ª ed., Labor, Barcelona, 1973, p. 11. Por otra parte, autores como SCHNEIDER o, en nuestro país, GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, definieron, con anterioridad a la instauración de los modelos de responsabilidad o justicia juvenil, la delincuencia juvenil desde una perspectiva estricta como todos aquellos comportamientos que, de haberlos cometido un adulto, se denominarían delito en el sentido jurídico-penal. Tal concepción remite, por tanto, a las conductas expresamente tipificadas en los Códigos y Leyes penales, conforme al principio de legalidad («no hay delito sin previa Ley»); Vid. SCHNEIDER, H. J., «Naturaleza y manifestaciones de la delincuencia infantil y juvenil», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 3, 1994, p. 824; GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E., *Delincuencia juvenil...*, *ob. cit.*, p. 31. De forma temprana, también en contra de la arbitrariedad del sistema tutelar y el concepto amplio de delincuencia juvenil, véase LÓPEZ REY Y ARROJO, M., «Enfoques actuales de la delincuencia juvenil», en *Revista IICD La Plata*, núm. 5, 1961; BARBERO SANTOS, M., «Delincuencia Juvenil, tratamiento», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, tomo XXIV, fascículo III, 1972; el mismo artículo puede consultarse publicado en VV. AA., *Delincuencia juvenil*. Secretariado de publicaciones de la Universidad de Santiago, Vigo, 1973.

(4) Así, nuestro primer Código Penal de 1822, de los siete a los diecisiete años, se determinará responsabilidad en base al discernimiento y malicia del infractor. La pena, en caso de existir discernimiento en el menor, estará atenuada con una duración no superior de «la cuarta parte a la mitad de la pena señalada al delito». El Código Penal de 1848 eleva la minoría de edad penal a los nueve años. Se entiende que el menor de esta edad es incapaz de ser responsable de los actos delictivos y el Derecho penal no actúa para él. De los nueve años a los quince, se establece la indeterminación de la imputabilidad, nuevamente sometida al criterio de discernimiento. La demostración del discernimiento del menor se transforma en una presunción de culpabilidad *iuris tantum*. Respecto al discernimiento del menor, PACHECO argumenta que «discernir no es sólo juzgar, ni discernimiento es cualquier juicio (...); discernimiento es el

Así, el menor de edad delincuente sería considerado irresponsable desde el punto de vista estrictamente penal, pero susceptible de una tutela especial como consecuencia de sus actos. El internamiento se relegaría a los casos más graves, con una especie de exigencia de dolo o malicia por parte del menor en la comisión del acto punible, que se une a su capacidad de discernimiento. No deja de ser curioso cómo, en una legislación de carácter tutelar-protectora, se exigiera el dolo como requisito para establecer un internamiento en un centro del Estado.

Tal sería la situación hasta la promulgación del CP de 1928, con el que se relega al olvido el criterio de discernimiento (5), que pasa a ser sustituido por un concepto de inimputabilidad penal basado en un criterio puramente biológico (6).

juicio recto, por cuyo medio se distinguen las cosas diferentes. Tanto, pues, hacen alusión estas expresiones a la fuerza vital, activa del ánimo, como al conocimiento de lo que ésta fuera de nosotros»; PACHECO, F. J., *Estudios de Derecho Penal, lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840*. 3.ª Ed., M. Tello, Madrid, 1868, p. 399; DE ARAMBURU Y ARREGUI, J. D., *Instituciones de Derecho penal español*, arregladas al Código reformado de 30 de junio de 1850. Benito González, Oviedo, 1860, p. 104. El articulado del CP 1870 declaraba la exención de responsabilidad (presunción *iure et de iure* de la inexistencia de discernimiento, al no haber cumplido la edad) de los menores de nueve años; a los mayores de nueve años pero menores de quince de no haber obrado con discernimiento. El CP 1870 fue uno de los más duraderos en la turbulenta historia de la España decimonónica. No obstante, su articulado hubo de soportar la acometida de diferentes proyectos de reforma que, en algunos casos, se pronunciaban acerca del tratamiento del menor: el Proyecto de SALMERÓN de 1873; el de ALONSO MARTÍNEZ, de 1882; el de FRANCISCO SILVELA de 1884; el de FERNÁNDEZ VILLAVERDE, de 1891; y el proyecto MONTILLA de 1902, realizado por don CONSTANCIO BERNALDO DE QUIRÓS, y el Proyecto de Ley de Bases para la reforma del Código penal de 1870 del Ministro JAVIER DE UGARTE. En algunos de ellos la reforma se centraba en la minoría de edad penal, deseando ampliar la horquilla donde el discernimiento jugaba el papel relevante para desentrañar la responsabilidad penal, éste es el caso del proyecto de 1882; DE UGARTE PAGÉS, J., *Reformas en la Administración de Justicia*, Madrid, 1906; LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación Española*. Codificación penal, 5, vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1970, p. 526; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., «Primeras normas e Instituciones protectoras de la Infancia Delincuente en España», en *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 24, UNED, 2004, p. 190. En el Código Penal de 1928, bajo el abrigo de la filosofía tutelar y de los Tribunales de Menores, se indica la etapa de irresponsabilidad indeterminada por el discernimiento hasta los dieciséis años.

(5) Vid. CUELLO CALÓN, E., *Penología, las penas y las medidas de seguridad*. Su ejecución. Reus, Madrid, 1920, p. 310; VENTAS SASTRE, R., «Artículo 19», en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.): *Comentarios al Código penal*. Tomo II, artículos 19 al 23. Edersa, Madrid, 1999, p. 77.

(6) Vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.ª I., *Minoría de edad penal y Derecho penal juvenil*. Comares, Granada, 1998, p. 75; MARTÍN LÓPEZ, M.ª T., «Consideraciones sobre la delincuencia de menores», en MARTÍN LÓPEZ, M.ª T. (Coord.): *Justicia con menores, menores infractores y menores víctimas*. Universidad de Castilla-La Mancha,

El criterio biológico puro quedaría consagrado también en el antecedente directo de la actual LORRPM, la LO 4/1992, que reforma el texto de la LTTM, si bien, tras el escollo constitucional sufrido por los TTM, no fueron pocas las voces que se alzaron reclamando una normativa de carácter penal que preservara las debidas garantías y los límites del *Ius Puniendi* para los menores infractores. Sin embargo, la LO 4/1992, al igual que sus antepasados legislativos, no era, en puridad, una verdadera Ley penal y su naturaleza de norma provisional de carácter urgente, de parche legislativo en definitiva, hasta la aprobación de una nueva Ley Penal del Menor, abrió el debate sobre la naturaleza jurídica de las disposiciones legislativas para menores infractores y, por consiguiente, de su imputabilidad penal.

El anterior CP de 1973 recogía la mayoría de edad penal en los 16 años (art. 8.2 CP 1973), contraviniendo las indicaciones internacionales contenidas en la CDN (7). En consecuencia, se consideraba imputables penalmente a todos los menores de dieciséis a dieciocho años, a los que se les aplicaría, como única diferenciación respecto al régimen sustantivo y de ejecución penal de los adultos, una atenuación de la pena «*por menor edad*» (art. 9.3 CP 1973), una rebaja obligatoria en grado –potestativamente dos grados– de la pena correspondiente (art. 65 CP 1973) y un régimen penitenciario suavizado (8).

Actualmente, uno de los principales foros de discusión en el ámbito de la Justicia Juvenil ha sido la controversia acerca de la imputabilidad o inimputabilidad del menor infractor y, por consiguiente, su capacidad para ser responsable penalmente.

El artículo 19 CP recoge entre las causas que eximen la responsabilidad criminal la minoría de edad penal, estableciendo también, de este modo, la mayoría de edad penal, indicando literalmente que «los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor» (9). La LORRPM

Cuenca, 2000, p. 115; SERRANO TÁRRAGA, M.^a D., «Legislación penal de menores en España. Antecedentes históricos», en VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., y SERRANO TÁRRAGA, M.^a D. (ed.), *Derecho Penal Juvenil*. 2.^a ed., Dykinson, 2007, p. 281.

(7) Vid. COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A., «El artículo 19 del CP ¿entre la inimputabilidad y la abstención de penar?», en *Revista Jurídica de la UAM*, núm. 25, 2012, p. 109. Sin embargo, el ATC 286/1991, en sus Fundamentos Jurídicos 1.º, 2.º y 3.º, afirmaba que ninguna contradicción ni inconstitucionalidad podría extraerse de la aplicación del régimen penal de adultos a los menores de dieciséis años.

(8) Vid. STC 9/1994, fundamento jurídico 4.º

(9) La disposición final 7.^a de la LORRPM estableció que en su fecha de entrada en vigor, el día 13 de enero de 2001, entrarían también en vigor los artícu-

establece en su artículo 1.1 su competencia para «exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales», sin embargo, no adjetiva el término responsabilidad, si bien queda claro que la misma vendría determinada por la comisión de un hecho delictivo. Por otra parte, excluye a los menores de catorce años de toda responsabilidad conforme a su ámbito de actuación, derivándoles a la legislación civil de protección (10). En su artículo 5, además, la normativa reguladora de la responsabilidad del menor establece una serie de bases para establecer la responsabilidad de los menores (nuevamente, no se refiere a responsabilidad penal de forma concreta), con el tenor siguiente:

«1. Los menores serán responsables con arreglo a esta Ley cuando hayan cometido los hechos a los que se refiere el artículo 1 y no concurra en ellos ninguna de las causas de exención o extinción de la responsabilidad criminal previstas en el vigente Código Penal.

2. No obstante lo anterior, a los menores en quienes concurren las circunstancias previstas en los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 20 del vigente Código Penal les serán aplicables, en caso necesario, las medidas terapéuticas a las que se refiere el artículo 7.1, letras *d*) y *e*), de la presente Ley.»

De este modo, la LORRPM establece una suerte de elemento negativo de determinación de la responsabilidad (penal) del menor, como son las eximentes de la responsabilidad criminal. Además de ello, podemos encontrar una graduación en la responsabilidad de los menores por razón de la edad, atendiendo, al parecer, al mayor grado de madurez y, por tanto, de culpabilidad del sujeto activo. Así, en el artículo 10 LORRPM, establece claramente una diferenciación en la aplicación de las medidas sancionadoras en dos tramos: catorce-quince años y dieciséis-dieciséis años (11). De esta manera, las

los 19 y 69 del CP. Así ocurrió con el artículo 19, pero no con el artículo 69 como ya hemos comentado en capítulos anteriores.

(10) Así lo determina el artículo 3 LORRPM, que expone que «cuando el autor de los hechos mencionados en los artículos anteriores sea menor de catorce años, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la presente Ley, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes».

(11) Según indica el artículo 10 LORRPM, «(...) a) si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere catorce o quince años de edad, la medida podrá alcanzar tres años de duración. Si se trata de prestaciones en beneficio de la comunidad, dicho máximo será de ciento cincuenta horas, y de doce fines de semana si la medida impuesta fuere la de permanencia de fin de semana.

b) si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere dieciséis o diecisiete años de edad, la duración máxima de la medida será de seis años; o, en sus respecti-

consecuencias jurídicas derivadas del ilícito cometido variarán dependiendo de la edad del infractor.

Así el panorama legislativo actual, continúan existiendo ciertas dudas acerca de la verdadera naturaleza –penal, especial o correccional– de la responsabilidad del menor en España y, en consecuencia de su plena, especial o nula imputabilidad y culpabilidad conforme a los criterios de la Teoría General del Delito válida para nuestro actual Derecho penal adultos. Y es que, cuando se formularon los distintos proyectos legislativos de Justicia Juvenil, nuestros pre-legisladores oscilaron constantemente entre un Derecho Correccional del Menor y un Derecho penal de Menores (12), de tal modo que fruto del consenso y las dificultades para encontrar un modelo que satisficiera a todas las partes, finalmente se estableció un sistema híbrido de responsabilidad que mantenía una terminología «dudosa» que daba lugar a la diferente interpretación.

II. LA POSICIÓN CORRECCIONAL. LA INIMPUTABILIDAD PENAL *IURIS ET DE IURE* DEL MENOR POR RAZÓN DE LA INMADUREZ

Desde la concepción correccional, se diferencia la responsabilidad del menor de la imputabilidad del mismo, en los términos siguientes, expuestos por Mendizábal Osés:

vos casos, de doscientas horas de prestaciones en beneficio de la comunidad o permanencia de dieciséis fines de semana.

(...)

2. *Cuando el hecho sea constitutivo de alguno de los delitos tipificados en los artículos 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 del Código Penal, o de cualquier otro delito que tenga señalada en dicho Código o en las leyes penales especiales pena de prisión igual o superior a quince años, el Juez deberá imponer las medidas siguientes:*

a) *Si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere catorce o quince años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cinco años de duración, complementada en su caso por otra medida de libertad vigilada de hasta tres años.*

b) *Si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere dieciséis o diecisiete años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a ocho años de duración, complementada en su caso por otra de libertad vigilada con asistencia educativa de hasta cinco años. En este supuesto sólo podrá hacerse uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida impuesta a las que se refieren los artículos 13, 40 y 51.1 de esta Ley Orgánica, cuando haya transcurrido al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta.»*

(12) *Vid. CÁMARA ARROYO, S., «La utopía correccional de Bueno Arús», en Revista de Estudios penitenciarios, núm. extra, 2013, pp. 24 ss.*

«La idea de imputabilidad lleva aparejada, como a algo propio, la de responsabilidad, aunque ambas ideas no puedan confundirse. En la imputabilidad, la acción se considera en relación directa con su agente productor. En cambio, la responsabilidad contempla aquella acción en cuanto afecta a un tercero. La imputabilidad que es imprescindible para todas las acciones morales y su subsiguiente calificación, se diferencia de la responsabilidad, en que ésta sólo surge de las acciones que de alguna forma lesionan o perjudican a un tercero. (...) La responsabilidad es la consecuencia y nunca la causa de la imputabilidad.

(...) Si nos planteamos qué causas son las que deben excluir o eliminar la imputabilidad, y, su derivada, la responsabilidad, veremos cómo únicamente pueden imputarse las acciones y las omisiones que emanan de la voluntad libremente manifestada por el sujeto. Por eso, todas aquellas causas que incidan sobre la voluntad individual, alterando o excluyendo la libre autodeterminación, eliminan *ipso facto* la imputabilidad. Pero siempre que tales causas sean extrínsecas al sujeto, y no hayan sido queridas o buscadas a propósito por él.

(...) Y es por esto, por lo que esencialmente se requiere el pleno señorío sobre nuestro hacer y no hacer para que la imputabilidad exista, y este señorío solamente lo poseemos cuando gozamos de pleno conocimiento. En este conocimiento se fundamenta el que se nos puedan imputar las propias acciones, o el que nosotros podamos imputar la comisión de las ajenas, con sus buenas o malas cualidades y consecuencias, responsabilizando, en todo caso, al autor de las mismas.

Y este pleno señorío sobre la voluntad únicamente lo posee el sujeto que es plenamente capaz. Capacidad que sólo obtiene el hombre cuando ha logrado el integral y armónico desarrollo de la personalidad» (13).

De tal posicionamiento, de carácter eminentemente iusnaturalista (14), se deriva que el reconocimiento de la personalidad inmadura del menor excluye su responsabilidad penal (15). Dicho en otros términos, los menores no podrían ser objeto de un procedimiento penal porque carece de «madurez como pilar básico de la imputabilidad» (16). En las infracciones cometidas por los menores

(13) Cfr. MENDIZÁBAL OSES, L., *Derecho de Menores. Teoría General*. Pirámide, Madrid, 1977, p. 31-33.

(14) Vid. MENDIZÁBAL OSES, L., *Introducción al Derecho correccional de menores (construcción dogmática de la inimputabilidad de la minoría de edad)*. Instituto de la Juventud, Madrid, 1974, 82 y 98; el mismo autor: *Derecho de Menores...*, p. 33; LEGAZ Y LACAMBRA, L., «Prólogo», en MENDIZÁBAL OSES, L., *Introducción al Derecho correccional de menores (construcción dogmática de la inimputabilidad de la minoría de edad)*. Instituto de la Juventud, Madrid, 1974, 11. Un similar planteamiento seguía el Prof. Bueno Arús, tal y como expone en su crítica al concepto de dogmática o ciencia del Derecho penal; BUENO ARÚS, F., *Menor edad...*, *ob. cit.*, p. 322.

(15) Vid. MENDIZÁBAL OSES, L., *Introducción...*, *ob. cit.*, p. 56.

(16) Cfr. RÍOS MARTÍN, J. C., *El menor infractor ante la Ley Penal*. Comares, Granada, 1993, p. 129.

faltaría, en definitiva, el elemento de culpabilidad (17). En consecuencia, debería recogerse una presunción *iuris et de iure* de inimputabilidad del menor de edad (18).

Tal fue la postura defendida por la comisión redactora del Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia Juvenil, de 30 de enero de 1997 (19) (ALOJJ 1997), que más tarde se convertiría en la LORRPM, y uno de los principales caballos de batalla del Prof. Bueno Arús en el sostenimiento de la verdadera naturaleza –quizás debiera decirse, de la naturaleza jurídica pretendida– de la normativa de justicia juvenil (20).

En términos generales, podemos definir la imputabilidad (21) como «la capacidad de actuar culpablemente, capacidad que se le reconoce, en principio, a todo hombre por estar dotado de inteligencia y libertad que le permite conocer y valorar el deber de respetar la norma y de determinarse espontáneamente. Así, hay que considerar imputable al que reúne aquellas características bio-psíquicas que, con arreglo a la legislación vigente, le hacen capaz de ser responsable de sus propios actos. Decimos que un sujeto es inimputable cuando no tiene la capacidad necesaria de entender la norma penal» (22). La actual construcción de la imputabilidad penal no se funda, en suma, «tanto en la conexión psicológica entre hecho y autor cuanto en el juicio de valor que merece la situación psíquica en que se encuentra el autor» (23) (concepción normativa de la imputabilidad).

(17) Vid. RÍOS MARTÍN, J. C., «Menores infractores: una alternativa», en *Alandar*, núm. 80, 1991, p. 7; el mismo: *El menor infractor...*, *ob. cit.*, p. 199.

(18) Vid. MENDIZÁBAL OSES, L., *Derecho de Menores...*, *ob. cit.*, p. 355.

(19) Posteriormente desarrollado con el nombre de Anteproyecto de Ley Orgánica reguladora de la Justicia de Menores de 1 de julio de 1997. Al respecto, Vid. CÁMARA ARROYO, S., *La utopía...*, *ob. cit.*, p. 25.

(20) Acerca del principal redactor de los Proyectos y Anteproyectos de la LORRPM, véase mi trabajo CÁMARA ARROYO, S., *La utopía...*, pp. 23 ss. En el aspecto más personal y directo, véanse los homenajes de GARCÍA VALDÉS, C., «Sobre la transición política vivida (Los orígenes de la reforma penitenciaria)», en *Revista de Estudios penitenciarios*, núm. Extra, 2013, pp. 51 ss.; TAVERA BENITO, E., «Francisco Bueno Arús: Funcionario, Jurista, Profesor», también en el mismo número pp. 11 ss.

(21) Acerca de las múltiples posiciones doctrinales sobre la imputabilidad, véase, MARTÍNEZ GARAY, L., *La imputabilidad penal. Concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*. Tiran lo Blanch, Valencia, 2005; URRUELA MORA, A., *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*. Comares, Granada, 2004; y, especialmente referida al menor infractor, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.ª I., *Minoría de edad...*, *ob. cit.*, pp. 6 ss.

(22) Vid., FIGUEROA NAVARRO, C., y MARTÍNEZ GALINDO, G., *Imputabilidad*, en GARCÍA VALDÉS, C. (Dir.): *Diccionario de Ciencias Penales*. Edisofer, Madrid, 2000 299.

(23) Vid. DIÉZ RIPOLLÉS, J. L., «Aspectos generales de la imputabilidad», en PANTOJA GARCÍA, F. y BUENO ARÚS, F. (Dir.): *Actual doctrina de la imputabilidad penal*. CGPJ, Madrid, 2006, pp. 16 y 17.

Básicamente, como exponen Ortiz Valero y Ladrón de Guevara y Guerrero, «todo individuo que realiza determinadas acciones u omisiones, en definitiva, que sigue una conducta concreta, es imputable de la misma. Otra cuestión es que si dicha conducta es antijurídica, deba responder penalmente de la misma (...). La imputación entraña una normalidad y presupone que el individuo ha alcanzado un cierto grado de madurez psicofísica. Conlleva también que el individuo, como perteneciente a una comunidad, es susceptible de ser motivado por sus normas y, por ello, su incumplimiento da lugar a un reproche jurídico, con su sanción correspondiente» (24).

Por lo tanto, realizando una recapitulación de lo expuesto hasta ahora, serían requisitos de la imputabilidad penal, dependiendo de la posición doctrinal que se siga, los siguientes criterios:

1. Capacidad intelectual y volitiva (concepto psicológico de culpabilidad), progresivamente sustituidas por la capacidad de comprensión de la antijuridicidad y de actuar conforme a esa comprensión (concepción formal o puramente normativo de la culpabilidad). El elemento intelectual no es sinónimo de salud mental, puesto que ello derivaría en una concepción muy simplista a la vista de los distintos factores que en la actualidad se exigen para configurar el mismo, tanto desde las ramas jurídicas como desde las ciencias de la conducta humana (25).

2. Libre albedrío (26) o capacidad de actuar libremente.

3. «Normalidad» bio-psíquica, o ausencia de anomalías que impidan la comprensión de un hecho o actuar conforme a dicha comprensión (ausencia de causas que eximen la responsabilidad criminal según el artículo 20 CP).

4. Cierta grado de madurez psico-física, que debe entenderse como grado suficiente de madurez (27).

5. Capacidad de entender y ser motivado por la norma penal. La capacidad de comprensión de la antijuridicidad no debe limitarse a un

(24) Vid. ORTIZ VALERO, T., y LADRÓN DE GUEVARA Y GUERRERO, J., *Lecciones de psiquiatría forense*. Comares, Granada, 1998, p. 55.

(25) Vid. BONILLA CORREA, J. A., *La responsabilidad civil...*, ob. cit., p. 102.

(26) Como explicaré más adelante, no todos los autores sostienen la necesidad de la existencia del libre albedrío, como concepto indemostrable en la realidad, por lo que entienden que es posible un concepto de imputabilidad que prescinda de esta supuesta libertad en el individuo, atendiendo exclusivamente a la motivación del sujeto por la norma penal y a la necesidad de la imposición de una sanción penal. Sin embargo, Vid. SERRANO MAÍLLO, A., *Ensayo sobre el Derecho penal como ciencia*. Dykinson, Madrid, 1999, pp. 342 ss.

(27) Vid. COBO DEL ROSAL, A. y VIVES ANTÓN, T., *Derecho penal*. Parte General. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 576; Bonilla Correa, J. A., *La responsabilidad civil...*, ob. cit., pp. 102 y 103.

mero conocimiento de la ilicitud del hecho o contrariedad al Derecho, sino que debe traducirse en una capacidad valorativa del sujeto (28).

Las posiciones correccionalistas han reclamado precisamente el argumento de la falta de madurez del menor (29) para excluirlo del concepto de imputabilidad y, consecuentemente, del de culpabilidad (30). Así, algunos autores se mostraban partidarios de la anterior regulación de la edad penal contenida en el CP 1973 estimando que en nuestro sistema punitivo «los menores de 18 años no tienen propiamente capacidad criminal y deben seguir siendo considerados como inimputables, a pesar de la redacción vaga del artículo 19 del CP de 1995 (que ha de ser modificado)» (31).

(28) Vid. GARCÍA ANDRADE, J. A., *Psiquiatría criminal y forense*. Ceura, Madrid, 1993, p. 1993.

(29) Vid. RÍOS MARTÍN, J. C., *El menor...*, ob. cit., p. 122; Bueno Arús, F., *Menor edad...*, ob. cit., p. 343.

(30) También partidarios de la inimputabilidad del menor de 18 años: BUSTOS RAMÍREZ, J., *Imputabilidad y edad penal*, en ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E., DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., y DENDALUCE SEGUROLA, I. (coords.), *Criminología y derecho penal al servicio de la persona: libro homenaje al profesor Antonio Beristain*. Instituto Vasco de Criminología, San Sebastian, 1989, pp. 471-482; RÍOS MARTÍN, J. C., *El menor...*, pp. 117 ss., y 199; el mismo: «La ley de responsabilidad penal de los menores: Cambio de paradigma: del niño en peligro al niño peligroso», en *Revista ICADE*, núm. 53, 2001, p. 10; PANTOJA GARCÍA, F., «La justicia del menor: edades penales, realidades y expectativas», en *Cuadernos de Trabajo Social*, núm. 10, 1997, p. 166; sin embargo, el citado autor parece haber ido cambiado progresivamente de criterio: «El hecho delictivo y el interés del menor», en *El País*, 7 de julio de 2005, donde indica que el menor posee «una distinta imputabilidad» al adulto; y también: «Unas notas sobre la imputabilidad penal de los menores y su tratamiento en la Ley de responsabilidad penal de los menores», en BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., y CRUZ BLANCA, M. J., *El Derecho penal de menores a debate*. I Congreso Nacional sobre Justicia Penal Juvenil. Dykinson, Madrid, 2010, p. 149, donde el autor citado expone que la edad de 14-18 años «permite castigar y en su caso dar una respuesta socio-educativa eficaz, a la luz de la imputabilidad penal»; en el mismo sentido: «Unas notas sobre la imputabilidad de los menores y su tratamiento en la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, núm. 15, 2011, p. 309; POLAINO NAVARRETE, M., «La minoría de edad penal en el Código Penal y en las Leyes Orgánicas 5 y 7/2000», en *Anuario de Justicia de Menores*, núm. 1, 2001, pp. 145 y 146; ALONSO DE ESCAMILLA, A., «La minoría de edad penal», en *La Ley penal*, núm. 18, 2005, p. 6; PÉREZ MACHÍO, A. I., *El Tratamiento jurídico-penal de los menores infractores –LO 8/2006– (aspectos de derecho comparado y especial consideración del menor infractor inmigrante)*. Tirant lo Blanch, Monográficas 412, Valencia, 2007, p. 40.

(31) Vid. BUENO ARÚS, F., «El Anteproyecto de Ley Orgánica reguladora de la Justicia de Menores elaborado por el Ministerio de Justicia», en *Eguzkilore*, núm. 11, 1997, p. 160; también publicado en «Líneas fundamentales sobre la reinserción de los menores delincuentes», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1836-37, Madrid, 1999, pp. 48-63.

La posición de Bueno Arús acerca de la inimputabilidad del menor de edad se fue volviendo progresivamente taimada hasta la aprobación de la LORRPM (para después recrudescerse tras las reformas operadas en la norma), si bien en este primer estadio ya se advertían las dudas que suscitaba para el autor la aceptación de la imputabilidad penal del menor infractor conforme al concepto doctrinal de delito (32), que comentaré en los párrafos siguientes.

Sin embargo, al no poder establecer un criterio científico exacto para determinar el grado de madurez, se hace depender esta cuestión del grado de socialización del menor en las sociedades actuales (33). La concepción correccional se refiere siempre al menor como «inadaptado», esto es, proveniente de un ambiente familiar desestructurado, con carencias afectivas, etc. (34), creando, de este modo, una tautología insostenible que no concibe que un menor «normal» pueda delinquir (35). Considerar al adolescente infractor como inimputable de forma automática, supone convertir una conducta social, como es la delincuencia en los menores de edad, en una patología.

Además de ello, desde la disciplina de la psiquiatría y la psicología del desarrollo, hoy en día se reconoce que la maduración y el desarrollo de la personalidad es un proceso continuo que se extiende a lo largo de toda la vida (36). De este modo, el momento exacto de madurez del menor puede variar en cada supuesto y depender de muy diver-

(32) Vid. BUENO ARÚS, F., «Imputabilidad de los menores», en *IV Congreso Andaluz de Ciencias Penales*. El Puerto de Santa María, Cádiz, 1998, pp. 37-56; el mismo: *Líneas fundamentales...*, *ob. cit.*, p. 10; «Aspectos sustantivos de la ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores», en *Revista ICADE*, núm. 53, 2001, pp. 6 y 7; y también: «La Ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores», en LÁZARO GONZÁLEZ, I. E., y MAYORAL NARROS, I. V. (coord.), *Jornadas sobre Derecho de los Menores*. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2003, p. 316.

(33) Vid. RÍOS MARTÍN, J. C., *El menor...*, *ob. cit.*, pp. 125 ss.

(34) Vid. RÍOS MARTÍN, J. C., *El menor...*, *ob. cit.*, pp. 47 ss.

(35) Cuando en realidad es perfectamente posible que un menor integrado y no afectado por disfunciones psico-biológicas pueda delinquir; HERRERO HERRERO, C., *Delincuencia de menores. Tratamiento criminológico y jurídico*. Dykinson, Madrid, 2005, p. 353.

(36) Sobre esta cuestión, Vid. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Delincuencia Juvenil, consideraciones penales y criminológicas*. Colex, Madrid, 2003, pp. 214 ss.; LACRUZ LÓPEZ, J. M., *Minoría de edad penal...*, *ob. cit.*, pp. 256 ss.; BONILLA CORREA, J. A., *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor. Aspectos sustantivos*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 103, con referencias al DSM-III-R y el DSM-IV-R sobre los periodos de maduración; CRUZ Y CRUZ, E., *Los menores de edad...*, *ob. cit.*, pp. 276. Desde el ámbito de la psiquiatría forense, Vid. KAPLAN, V. A. & SADOK, B. J., *Sinopsis de la psiquiatría*. Ciencias de la conducta/Psiquiatría clínica. Madrid, 1999, p. 18.

sos factores (biológicos, psicológicos, emocionales, cognitivos y sociales), siendo necesario realizar un estudio individual de cada supuesto (37). De la misma manera, tampoco parece posible concretar con exactitud la edad límite que permita definir el periodo de la niñez y la adolescencia (38). Más aún, el concepto de adolescencia no puede ser encorsetado a una cuestión puramente biológica, sino que mantiene una marcada significación cultural (39).

Es por ello que ante tal clima de inseguridad e incertidumbre científica, la imputabilidad penal del menor deberá atender, en mayor proporción que en el caso de los adultos, a las circunstancias personales del menor. De hecho, será necesario que la medida sancionadora-educativa (o, en algunos supuestos, pena juvenil, como defenderé *infra*) se adecue también al estudio de la personalidad del menor. Estas prerrogativas son perfectamente compatibles con la imputabilidad penal del menor, y deben ser valoradas conjuntamente con la gravedad del hecho cometido (culpabilidad), sin que ello suponga, necesariamente, y en esto me sitúo completamente de acuerdo con el argumento de Bueno Arús, que se transforme el Derecho penal del Menor en un Derecho penal de Autor (40).

Posteriormente, Bueno Arús daría un mayor desarrollo a su concepto de inimputabilidad por minoría de edad, fundamentado en la denominada naturaleza de las cosas, de cariz welzeliano, basada en la concepción finalista del Derecho penal. Según el autor, si el Legislador

(37) Véase, al respecto, el estudio de VENTAS SASTRE, R., *Estudio de la Minoría de edad desde una perspectiva penal, psicológica y criminológica*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la UCM (ER), Madrid, 2002, pp. 54 y 55. Del mismo modo, algunos autores han expuesto que el juicio de culpabilidad, esto es la imputabilidad penal, también mantiene una orientación individualizadora, TORIO LÓPEZ, A., «El concepto individual de culpabilidad», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 38, Fas. II, 1985, pp. 285 ss.; GARCÍA ANDRADE, J. A., «Política criminal y edad penal», en VV. AA., *Política criminal y reforma penal homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1993, p. 505. Desde el ámbito de la psicología, Vid. DAVIDOFF, L. L., *Introducción a la psicología*. McGraw-Hill, México, 1984, pp. 84 ss.

(38) Vid. DSM-III-R: *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*, Barcelona, 1988: 31 ss.; DSM-IV-R: *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*, Barcelona, 1995: pp. 39 ss.; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.^a I., *Minoría de edad...*, *ob. cit.*, p. 139; VENTAS SASTRE, R., *Estudio de la Minoría de edad...*, *ob. cit.*, p. 56.

(39) Vid. GARCÍA-PABLOS, A., «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores», en MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. (Dir.), *Menores privados de Libertad*. Cuadernos de Derecho Judicial XV, *CGPJ*, Madrid, 1996, p. 257; VENTAS SASTRE, R., *Estudio de la Minoría de edad...*, *ob. cit.*, p. 67.

(40) Vid. BUENO ARÚS, F., *Menor edad...*, *ob. cit.*, p. 360.

declarara una edad de responsabilidad penal concreta, no sería más que un ejercicio de voluntarismo (41), una imposición jurídica, desligada de las estructuras lógico-objetivas de la realidad. Siguiendo este posicionamiento, existiría una «lógica elemental abstracta», ajena al Derecho positivo, y con base en la estructura cultural mínima de nuestra sociedad que no podría ser quebrantada, sin contrariar el sistema de conocimientos de nuestra sociedad (42). Para esta posición, por tanto, la naturaleza de las cosas es el límite absoluto de la tarea legislativa (43).

Al no poder establecerse científicamente y de forma segura una edad de madurez a efectos de responsabilidad jurídico-penal, y ante el fracaso, por la inseguridad jurídica en la que derivaba (44), de la pretérita teoría del discernimiento, el legislador solo podría cambiar los límites de edad penal basándose en razones político-criminales (45) que ignorarían la mencionada naturaleza de las cosas. Tal clase de técnica legislativa, en palabras de Bueno Arús, supone una «práctica abusiva» del Legislador (46). Ciertamente, si atendemos al tenor literal de la competencia de edades de la LORRPM, ésta se limita a establecer un tramo inferior de

(41) Vid. BUENO ARÚS, F., *Líneas fundamentales...*, *ob. cit.*, p. 8; el mismo: 2001, p. 2; 2003, p. 313 y 315; 2005, p. 302; y también, 2006, pp. 321, 347, 348 y 349. Posteriormente, hablaría de voluntarismo político, en «Sombras y lagunas de la política criminal española en torno a la responsabilidad penal de los menores», en *Revista ICADE*, núm. 70, 2007, p. 18.

(42) Vid. BUENO ARÚS, F., *La ley de responsabilidad...*, *ob. cit.*, pp. 306 y 326.

(43) Vid. BUENO ARÚS, F., *La ley de responsabilidad...*, *ob. cit.*, p. 302; 2006: 362; el mismo: 2007, p. 37.

(44) Vid. BUENO ARÚS, F., *Menor edad...*, *ob. cit.*, p. 344; el mismo: 2007, p. 3.

(45) Como sostiene actualmente un amplio sector de la doctrina: GONZÁLEZ ZORRILLA, C., «Minoría de edad, imputabilidad y responsabilidad», en *Documentación jurídica*, vol. I, núm. 37.040, 1983, p. 178; GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E., «La nueva ley de justicia juvenil en España: un reto para el 2000», en GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E. (Dir.), *Legislación de menores en el siglo XXI: Análisis de Derecho comparado*. CGPJ, Madrid, 1999, p. 118, nota al pie 18; VENTAS SASTRE, R., *Estudio de la Minoría de edad...*, *ob. cit.*, p. 82-85; CARMONA SALGADO, C., «La delincuencia de jóvenes y menores: hacia una nueva regulación jurídica», en VV. AA., *Protección Jurídica del Menor*, Universidad Internacional de Andalucía, Sede Antonio Machado de Baeza, Granada, 1997, pp. 137 y 138; la misma autora: «Algunas observaciones sobre la responsabilidad penal de los menores a raíz de la LO 5/2000, de 12 de enero», en VV. AA., *Los Derechos Humanos*. Libro Homenaje al Excmo. Sr. D. Luis Portero García, Granada, 2001, pp. 114 y 115; Herrero Herrero, C., *Criminología*. Parte General y Especial. Dykinson, Madrid, 1997, pp. 360 ss.; el mismo autor: *Delincuencia de menores...*, *ob. cit.*, p. 352; quien ha expuesto que «la mayoría de edad, sea desde una vertiente civil o penal, es un concepto eminentemente político-jurídico, amalgamado con algunos elementos psicológicos y sociales. No siempre es un concepto que responda a la realidad de las cosas»; en similares términos, GARRIDO GENOVÉS, V., *Delincuencia Juvenil*. Alhambra, Madrid, 1987, p. 11.

(46) Vid. BUENO ARÚS, F., *Menor edad...*, *ob. cit.*, p. 351.

edad de responsabilidad penal, los catorce años, en el que «no se está haciendo mención alguna a criterios como la motivación, la madurez, desarrollo intelectual, el autocontrol, la moral social, etc., sino a las consecuencias jurídicas de las normas que contiene la Ley» (47).

Tal fundamento, sin dejar de ser completamente legítimo, puede ser confrontado. No puede afirmarse, desde la tesis de la naturaleza de las cosas, que todo menor de determinada edad carezca de la madurez suficiente para cometer un delito puesto que la naturaleza de las cosas es relativa a efectos de desarrollo de la personalidad.

Dicho de otro modo, la naturaleza de las cosas no puede determinarse científicamente, por lo que el establecimiento de una edad de responsabilidad penal será relativo (48). No obstante, ello no es óbice para ignorar completamente criterio objetivo alguno en su determinación (49). La política-criminal, como acertadamente aseguraba Bueno Arús, no es ninguna panacea. Baste decir, al respecto, que la decisión del Legislador debe estar apoyada y sustentada en razones biológicas, cognitivas, psicológicas, sociales, culturales (50) y de política criminal (51) (e incluso, por qué no, en el propio sentido común y las denominadas «estructuras lógico-objetivas»; esto es, una naturaleza aproximada de las cosas) por mucho que estas no sean científicamente exactas.

Desde las ciencias de la psicología y la psiquiatría se ha establecido que es posible que, a partir de la temprana edad de 12 años, el sujeto establezca una relación con la norma (52). Por otra parte, también se ha demostrado que durante la adolescencia el menor «desarrolla la capacidad de considerar y examinar las posibilidades no inmediatas» (53). Finalmente, Harbauer sitúa los límites de la edad de

(47) Cfr. BONILLA CORREA, J. A., *La responsabilidad civil...*, *ob. cit.*, p. 112.

(48) En este aspecto, no puede seguirse el esquema dibujado por el Prof. Bueno Arús, cuando explicaba que «lo primero es determinar la naturaleza de las cosas, luego legislar conforme a ella y, tercero, justificar con algún rigor cualquier cambio que se produzca en el fondo o en la forma»; BUENO ARÚS, F., *Menor edad...*, *ob. cit.*, p. 354.

(49) *Vid.* NAVARRO FRÍAS, I., «El necesario regreso del principio de culpabilidad al Derecho penal de menores», en SOLA RECHE, E., HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U., FLORES MENDOZA, F., y GARCÍA MEDINA, P. (eds.), *Derecho Penal y psicología del menor*. Universidad de la Laguna, Granada, 2007, p. 121.

(50) Como han indicado algunos autores, los estudios realizados desde la Psicología y la Psiquiatría, como es la diferenciación de distintas etapas de desarrollo en el menor, no pueden dejar de tener cierta relevancia jurídica.

(51) *Vid.* LACRUZ LÓPEZ, J. M., *Minoría de edad penal...*, *ob. cit.*, p. 256 y nota al pie 53.

(52) *Vid.* SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El régimen de la minoría de edad penal (artículo 19)*, en SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El Nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*. Bosch, Barcelona, 1997, p. 169.

(53) *Vid.* VENTAS SASTRE, R., *Estudio de la Minoría de edad...*, *ob. cit.*, p. 64.

madurez entre los 9 y 13 años (54), mientras que otros autores, como Davidoff, lo delimitan entre los 13 y los 18 años (55). Durante la adolescencia, según los estudios de Darley Glucksberg y Kinchla, se desarrolla el vínculo con la norma y se interiorizan los valores sociales y de responsabilidad, respeto a la autoridad, cumplimiento del deber y mantenimiento del orden social (56). Como ha expuesto Bonilla Correa, «es a partir de los once o doce años, con la pubertad, cuando se produce la interiorización de las normas, donde se puede hablar de capacidad de culpabilidad, pero con una serie de consideraciones, puesto el proceso de aprendizaje es todavía débil, y no sólo eso, sino que los mecanismos inhibidores no se han desarrollado plenamente» (57). A partir de los catorce años, se entiende que el sujeto ya ha desarrollado la capacidad de comprender que su conducta es contraria al ordenamiento jurídico y actuar de acorde con esa comprensión, por lo que, en principio, y salvo demostración en contrario, se tratarían de personas completamente imputables (58).

Por tanto, como se puede apreciar, la imputabilidad del menor no carece tampoco de cierta «base científica», ni el Legislador eleva la personalidad de los menores «taumatúrgicamente» (59). No obstante lo indicado hasta ahora, conforme al principio de mínima intervención que debe primar en toda norma penal y con base en la normativa internacional, las razones político-criminales podrán primar de forma benévola al considerar demasiado temprana una determinada edad de responsabilidad penal. Quizá este sea un argumento de peso a favor del establecimiento de una edad fija a partir de la cual se puede comenzar a imponer medidas de carácter penal a los menores edad (60), puesto que, como

(54) Vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.^a I., *Minoría de edad...*, *ob. cit.*, pp. 139 y 140.

(55) Vid. DAVIDOFF, L. L., *Introducción a la psicología*. 3.^a ed., traducción de J. A. Pérez Jaimes, México, 1989, p. 473.

(56) Vid. DARLEY, GLUCKSBERG y KINCHLA, *Psicología*. 4.^a ed., Prentice-Hall Hispanoamericana, México, 1990, p. 528; al respecto, Vid. BONILLA CORREA, J. A., *La responsabilidad civil...*, *ob. cit.*, p. 106.

(57) Cfr. BONILLA CORREA, J. A., *La responsabilidad civil...*, *ob. cit.*, p. 107; en el mismo sentido, Vid. Vázquez González, C., *Delincuencia juvenil...*, *ob. cit.*, p. 213; Lacruz López, J. M., *Minoría de edad penal...*, *ob. cit.*, p. 256.

(58) Vid. Vázquez González, C., *Delincuencia juvenil...*, *ob. cit.*, p. 215 ss.; LACRUZ LÓPEZ, J. M., *Minoría de edad penal...*, *ob. cit.*, p. 257.

(59) Utilizando la expresión del propio autor, Bueno Arús, F., *La ley de responsabilidad...*, *ob. cit.*, p. 304; el mismo: 2006, p. 354.

(60) Si bien la edad de los 14 años no ha sido acogida de forma unánime por parte de la doctrina. Al respecto, Vid. CONDE PUMPIDO, C. (Dir.): *Ley de responsabilidad penal de los menores. Doctrina con jurisprudencia y normativa complementaria*. Trivium, Madrid, 2001, p. 74; BERISTAIN IPIÑA, A., «Delincuencia juvenil», Ponencia presentada al Senado ante la Comisión de relaciones con el Defensor del

puede apreciarse, todo indica que estamos ante una presunción *iuris tantum* de imputabilidad penal de los adolescentes. En este sentido, como bien apunta Lacruz López, «si ahondamos un poco en el análisis, resulta evidente que la propia naturaleza del desarrollo de la personalidad choca con el establecimiento de un límite objetivo, de una presunción *iuris et de iure*, en la exigencia de responsabilidad penal» (61).

Por otra parte, añadiremos a la crítica de la postura correccionalista sobre la inimputabilidad penal del menor que su punto de vista pudiere pasar por alto la necesidad multidisciplinaria de cualquier sistema de justicia de menores. Ciertamente, el Legislador no podría reservarse todas las materias concernientes a la determinación exacta del alcance de capacidad penal del menor (62), en tanto que ésta debería ser determinada, en primer lugar, por los agentes sociales (psicólogos, psiquiatras, trabajadores sociales, criminólogos) (63) que conforman el Equipo Técnico que presidirá el proceso penal de menores.

En este aspecto, puede seguirse la exposición realizada por Bustos Ramírez (64) y recogidas por Bonilla Correa (65) y Lacruz López (66) con especial atención a los menores, advirtiéndose que la edad biológica y el grado de madurez no es el único criterio relevante para determinar la imputabilidad penal del menor, habiéndose seguido históricamente varias fórmulas: naturalístico-biológico-psiquiátricas, psicológicas y psicológico-jurídicas. La primera de ella se encargaría de definir las causas que eximen la responsabilidad criminal, de carácter biológico o psiquiátrico, extrayéndose la definición doctrinal de imputabilidad personal a raíz de las mismas. La segunda se corresponde con el ya mencionado concepto psicológico de culpabilidad, como capacidad de entender o querer del sujeto, atendiéndose al proceso psicológico del individuo en el momento de la comisión del hecho delictivo. Por último, las fórmulas psicológico-jurídicas se

Pueblo y de los Derechos Humanos, de la Sesión celebrada el día 14 de abril de 1988, Diario de Sesiones del Senado, p. 2; RÍOS MARTÍN, J., 1993: 139; BONILLA CORREA, J. A., *La responsabilidad civil...*, *ob. cit.*, p. 111.

(61) Cfr. LACRUZ LÓPEZ, J. M., *Minoría de edad...*, *ob. cit.*, p. 259.

(62) Y, por tanto, no podrá apartarse completamente de la naturaleza de las cosas, BUENO ARÚS, F., *Menor edad...*, *ob. cit.*, p. 351.

(63) Vid. CÁMARA ARROYO, S., *Internamiento de menores...*, *ob. cit.*, p. 515.

(64) Vid. BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal*. Parte especial. 2.ª ed., Ariel, Barcelona, 1991, pp. 379 y 380. Al respecto, también Vid. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español*. Parte General III. Teoría jurídica del delito II, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 53 ss.

(65) Vid. BONILLA CORREA, J. A., *La responsabilidad civil...*, *ob. cit.*, p. 108.

(66) Vid. LACRUZ LÓPEZ, J. M., «Minoría de edad penal y estructura del delito: especial referencia a la imputabilidad», en VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. y SERRANO TÁRRAGA, M.ª D. (Eds.): *Derecho penal juvenil*. 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2007, p. 250.

corresponden con el concepto de culpabilidad normativa, donde lo importante será la posibilidad de comprender el injusto y la actuación conforme a esa comprensión, en la que es necesaria una cierta base biológica de madurez. El uso de una fórmula exclusivamente biológica conduciría a la inimputabilidad del menor por debajo de la edad que marque el legislador, mientras que una forma psicológica pura resultaría inaplicable a la hora de conformar la irresponsabilidad por razón de la edad (67). Por ello, indica Bonilla Correa, la fórmula mixta es preferible (68), trasladándose el problema a la fijación de una edad en el que tanto parámetros biológico-psicológicos como normativos puedan conjugarse para conformar la imputabilidad penal del menor.

Para la postura defensora de la inimputabilidad penal del menor, admitir la imputabilidad del menor supondría modificar los principios básicos y establecidos de la teoría jurídica del delito (69). Indicaba, al respecto, el Prof. Bueno Arús, que si admitimos que el menor carece de la suficiente madurez (70) para conocer todas las implicaciones que se derivan de un ilícito penal, «la consecuencia, no sé si pretendida de tal actitud, es que obligará a la doctrina a modificar el concepto tradicional de delito, en uno de estos dos sentidos: a) o bien desvincular el elemento imputabilidad (=madurez) del concepto de delito, no identificándolo con la capacidad de autodeterminación que se venía estimando hasta ahora como propia de los adultos sin anormalidades psíquicas o de percepción; b) o bien ampliar su concepto, considerando imputables o capaces de autodeterminación a los efectos del reproche social y de la determinación de responsabilidad sancionadora también a los mayores de la edad que se fije en la nueva Ley» (71).

El concepto tradicional de imputabilidad en la teoría jurídica del delito se transformaría en una inimputabilidad *sui generis*, presunta, en definitiva, «en un nombre, en una sombra, en un dato que se da por presupuesto en la sentencia» (72). A pesar de los esfuerzos por argumentar la cuestión de la inimputabilidad de los menores de edad, actualmente esta concepción ha sido progresivamente abandonada por la doctrina.

(67) Vid. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Delincuencia juvenil...*, ob. cit., pp. 222 y 223.

(68) Vid. BONILLA CORREA, J. A., *La responsabilidad civil...*, ob. cit., p. 108.

(69) Vid. BUENO ARÚS, F., *La ley de responsabilidad...*, ob. cit., p. 336; 2006: 339 ss.; y también: 2007: 55.

(70) Vid. BUENO ARÚS, F., *Menor edad...*, ob. cit., pp. 347, 349 y 363.

(71) Vid. BUENO ARÚS, F., *Líneas fundamentales...*, ob. cit., p. 10; el mismo: 2001, pp. 6 y 7; y también: 2005, pp. 314 y 315.

(72) Vid. BUENO ARÚS, F., *Menor edad...*, ob. cit., p. 363.

III. POSICIONES INTERMEDIAS: IMPUTABILIDAD PENAL DISMINUIDA, RELATIVA O ESPECÍFICA. MOTIVACIÓN NORMATIVA Y TESIS DE LA NECESIDAD DE LA PENA EN EL DERECHO PENAL JUVENIL

Llegados a este punto, caben diferentes hipótesis en cuanto a la tipología de la imputabilidad penal del adolescente infractor (73). Un sector de la doctrina entiende que se trata de una imputabilidad penal disminuida o atenuada (74), específica (75) [*sui generis* (76)] o causa de inimputabilidad relativa (77).

En mi opinión, aunque tal tesis pudiera ser completamente válida (78), no es necesario acudir a un concepto dogmático nuevo (79). En primer lugar, no puedo estar de acuerdo con la afirmación de Bueno

(73) Al respecto, también véase JIMÉNEZ DÍAZ, M. J., «Edad y Menor», en MORILLA CUEVA, L. (Dir.) y SUÁREZ LÓPEZ, J. M. (Coord.): *El menor como víctima y víctima de la violencia social (Estudio Jurídico)*. Dykinson, Madrid, 2010, pp. 57 ss.

(74) Vid. GARCÍA PÉREZ, O., «La evolución del sistema de justicia juvenil. La Ley de responsabilidad penal del menor de 2000 a la luz de las directrices internacionales», en *Actualidad Penal*, tomo III, núm. 33, 2000, pp. 683 y 684; CEREZO MIR, J., *Curso...*, p. 95 y nota núm. 48; BARATTA, A., «Elementos de un nuevo derecho de infancia y la adolescencia, a propósito del Estatuto del Niño y el Adolescente del Brasil» en *Ius et Veritas*, Año V, núm. 10, 1995, p. 53; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.^a I., «La nueva Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor», en *Actualidad Penal*, núm. 33, 2000, pp. 710 y 716; LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho penal*. Parte General. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 534 y 535, quienes hablan de responsabilidad atenuada. Sin embargo, el último autor citado también expone la cuestión de la causa de exención de la punibilidad por razones político-criminales.

(75) Vid. CERVELLÓ DONDERIS, V., y COLÁS TURÉGANO, A., *La responsabilidad penal del menor de edad*. Tecnos, Madrid, 2002, pp. 55 y 56; MIR PUIG, S., 2008: 591 y 592; MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal*. Parte General. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 365; COLÁS TURÉGANO, A., *Derecho penal de menores*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 85. Jiménez Díaz sostiene que los menores de edad son imputables, pero están sujetos a una responsabilidad penal peculiar y especialmente configurada para ellos, JIMÉNEZ DÍAZ, M. J., *Edad...*, *ob. cit.*, p. 60.

(76) Vid. BOLDOVA PASAMAR, M. A., «La responsabilidad penal de los menores», en VV. AA., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. 3.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 434; NAVARRO FRÍAS, I., *El necesario...*, *ob. cit.*, p. 113 y 118; LANDECHO VELASCO, C. M. y MOLINA BLÁZQUEZ, C., *Derecho penal español*. Parte General. 7.^a ed., Madrid, 2004, p. 383; en un similar sentido, MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal...*, *ob. cit.*, p. 363.

(77) Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código penal*. Civitas, Madrid, 1997, p. 84.

(78) También, sobre una crítica a esta posición, BUENO ARÚS, F., *Menor edad...*, *ob. cit.*, p. 365.

(79) Como ya comenzaba a atisbar en CÁMARA ARROYO, S., *Internamiento de menores...*, *ob. cit.*, p. 539. Según expone Bueno Arús, toda postura que entienda la imputabilidad del menor de edad es una «*inimputabilidad sui generis, porque es una*

Arús acerca de la construcción de un modelo de inimputabilidad penal *sui generis* en la LORRPM. A *sensu contrario*, bien podría argumentarse que hasta el decaimiento del modelo tutelar el Legislador entendía la inimputabilidad del menor como una imputabilidad *sui generis*, pues se demostrase o no su grado de madurez se le consideraba incapaz de responsabilidad penal; sin embargo, se le imponían medidas de internamiento por la comisión de hechos que constituyen delito.

Cabe recordar, asimismo, que la imputabilidad penal es susceptible de gradación. Frente a pretéritas concepciones que consideraban que un individuo sólo es imputable o inimputable, actualmente se establecen otros estadios intermedios, como el de semi-imputabilidad (80). Además de ello, debemos tener en cuenta la separación entre inteligencia y conducta/comportamiento a la hora de imputar un delito. Así, se dan casos en los que una determinada patología psiquiátrica (psicopatía) no excluye la capacidad del sujeto de conocer la antijuridicidad del hecho, y afecta tan sólo a su conducta, de tal modo que carece de inhibiciones a la hora de actuar acorde con ese conocimiento (o no) y, en caso de actuar *voluntariamente* –aunque, insisto, sin inhibiciones morales– de forma contraria a Derecho, se le considerará *culpable* de un delito. Idéntica situación puede darse en el caso de los menores infractores (81). En efecto, indica Bonilla Correa, lo que suele faltar en los menores de edad no es tanto el elemento intelectual, que se ha desarrollado notablemente de forma normal durante la adolescencia, sino el elemento volitivo, el carácter, la madurez social, la fuerza de voluntad para oponerse a la comprensión material del injusto (82).

Sin embargo, aplicar el grado de semi-imputable al menor no termina de ser convincente, toda vez que de esta denominación se desprende un significado cercano al concepto de situación irregular.

imputabilidad presunta, debida a la necesidad de mantener el sistema»; BUENO ARÚS, F., *Menor edad...*, *ob. cit.*, p. 363; el mismo: 2005, p. 327.

(80) Sobre una crítica a la consideración de los menores como semi-imputables, NAVARRO FRÍAS, I., «El necesario...», *ob. cit.*, pp. 117 y 118.

(81) *Vid.* NAVARRO FRÍAS, I., «El necesario...», *ob. cit.*, p. 114, nota al pie n.º 40; Higuera Guimerá, J. F., *Derecho Penal Juvenil*. Bosch, Barcelona, 2003, p. 276; CUELLO CONTRERAS, J., «Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad del menor y su tratamiento educativo. Con una aportación al tratamiento de delincuentes jóvenes con trastorno narcisista de la personalidad», en BENÍTEZ ORTÚZAR, I. E. y CRUZ BLANCA M. J. (Dir.): *El Derecho penal de menores a debate*. I Congreso Nacional sobre Justicia Penal Juvenil. Dykinson, Madrid, 2010, p. 125; del mismo autor, también: «Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad del menor y su tratamiento educativo. Con una aportación al tratamiento de delincuentes jóvenes con trastorno narcisista de la personalidad», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 12-01, 2010.

(82) *Vid.* BONILLA CORREA, J. A., *La responsabilidad civil...*, *ob. cit.*, p. 113.

Además, en los supuestos de semi-imputabilidad lo normal es la aplicación de una medida de seguridad, de forma autónoma o conjunta con una pena, o una atenuación de ésta última. El pensamiento correccionalista rechaza también la denominada imputabilidad disminuida del menor, basada en la gradación de la responsabilidad criminal y, por consiguiente, de la culpabilidad del sujeto menor de edad. Según explica acertadamente Bueno Arús, tal postura, si bien conciliadora y respetable (83), no puede sostenerse, pues de otro modo lo más correcto sería aplicar una atenuante en el propio texto del CP 1995 (84).

De hecho, en el artículo 19 CP no se establece atenuante alguna por minoría de edad «*con la que cualquier otra circunstancia no prevista en la Ley pueda tener analogía por el cauce del artículo 21.6 CP, sino que, simplemente, señala el límite que marca la diferencia entre la responsabilidad penal del mayor de edad y la del menor*» (85).

Otro argumento contrario a esta consideración es que la LORRPM puede ser aplicada en aquellos casos en los que el menor infractor se encuentre en un estado de semi-imputabilidad (86). Esto quiere decir que la norma penal de menores entiende la normalidad del menor infractor y admite la gradación, e incluso exclusión, de su responsabilidad penal. En definitiva, no tendría sentido alguno partir de una supuesta *semi-imputabilidad* cuando existen tales previsiones en el propio texto legislativo que distinguen diferentes estadios de imputabilidad personal en los menores de edad (art. 5 LORRPM).

Finalmente, algunos autores aportan un interesante argumento en contra de esta posición, con base en lo dispuesto en el artículo 8 LORRPM (87), por el que se establece que la duración de las medidas

(83) Vid. BUENO ARÚS, F., *Menor edad...*, *ob. cit.*, pp. 364 y 365.

(84) Vid. BUENO ARÚS, F., *La ley de responsabilidad...*, *ob. cit.*, p. 333; el mismo: *Sombras y lagunas...*, *ob. cit.*, p. 42. De la misma opinión, LACRUZ LÓPEZ, J. M., *Minoría de edad...*, *ob. cit.*, p. 254.

(85) Vid. RODRÍGUEZ RAMOS, J. L., Código penal comentado y con jurisprudencia. 2.^a Ed., *La Ley*, Madrid, 2007, p. 71.

(86) Contrariamente a lo que sostienen los partidarios de la imputabilidad disminuida del menor, que basan su tesis en la regulación exclusiva de las eximentes completas en el artículo 5.2 LORRPM, pero no de las eximentes incompletas; GARCÍA PÉREZ, O., *La evolución...*, *ob. cit.*, p. 683 y 684; MACHADO RUIZ, M. D., «Minoría de edad e imputabilidad penal», en *Actualidad Penal*, núm. 3, tomo I, 2003, p. 128. En realidad, sin embargo, es perfectamente posible imponer medidas terapéuticas (tratamiento ambulatorio) a los menores que se encuentren bajo un estadio de disminución, pero no eliminación, de la culpabilidad, por lo que el argumento, en mi opinión, no es determinante.

(87) Que, literalmente, establece: «Tampoco podrá exceder la duración de las medidas privativas de libertad contempladas en el artículo 7.1.a), b), c), d) y g), en ningún caso, del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se le

sancionadoras educativas privativas de libertad no siempre ha de suponer una disminución de la pena aplicable al adulto en las mismas circunstancias, lo que sería insostenible de considerarse a los menores como semimputables (88).

Ahora bien, no han faltado voces críticas que, desterrando de la teoría del delito el elemento de la culpabilidad (89) y apoyándose en la idea de la necesidad de la pena en atención a consideraciones preventivas, se apoyen en la función de motivación de las normas penales (90) para considerar al menor infractor no merecedor de un castigo penal (91). Tal es la *tesis de la necesidad de la pena* de Gimbernat Ordeig que, coherentemente con el planteamiento expuesto, llega a la conclusión de que «desde el punto de vista del mantenimiento del orden social, proceder con una pena frente a los enfermos mentales o a los menores es intolerable y abusivo porque es también innecesario; pues que su comportamiento delictivo quede impune no disminuye en nada el carácter inhibitorio general de las prohibiciones penales» (92). De este modo, la cuestión se traslada a razones de prevención –especial y general– que hacen que la pena sea o no necesaria en los menores de edad (93).

El CGPJ parecía recoger en parte el planteamiento de la incapacidad del menor para ser motivado por la norma penal, cuando en su informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menores (Pleno del 25 de julio de 1995), recomendaba que la legislación que se dictara «*necesariamente habrá de tomar en cuenta que el menor es una persona en desarrollo que no ha podido internalizar dichas normas, por lo que no se puede partir de la base de que se ha*

hubiere impuesto por el mismo hecho, si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable, de acuerdo con el Código Penal».

(88) Vid. BOLDOVA PASAMAR, M. A., *La responsabilidad...*, *ob. cit.*, p. 448; en el mismo sentido, LACRUZ LÓPEZ, J. M., *Minoría de edad penal...*, *ob. cit.*, pp. 254 y 255.

(89) Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Introducción a la parte general del Derecho penal español*. Facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid, 1979, p. 36; el mismo: «¿Tiene futuro la dogmática juridicopenal?», en GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios de Derecho penal*. 2.ª Ed., Civitas, Madrid, 1981, p. 126; del mismo autor, también: «El sistema del Derecho penal en la actualidad», en GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios de Derecho penal*. 2.ª Ed., Civitas, Madrid, 1981.

(90) Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., 1981: pp. 146 ss. Matizaciones posteriores de la «teoría de la motivación» pueden encontrarse en MIR PUIG, S., *Derecho penal*. Parte General. Reppertor, Barcelona, 2011; y también en GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría jurídica del delito*. Derecho penal. Parte General. Civitas, Madrid, 1984, pp. 456 ss.

(91) Vid. RÍOS MARTÍN, J. C., *El menor...*, *ob. cit.*, p. 130.

(92) Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., *¿Tiene futuro...*, *ob. cit.*, p. 125.

(93) Vid. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Delincuencia juvenil...*, *ob. cit.*, p. 203; BONILLA CORREA, J. A., *La responsabilidad civil...*, *ob. cit.*, p. 98.

defraudado las expectativas que la sociedad pudiera tener respecto de él, sino que ni siquiera, en gran número de supuestos, esa misma sociedad le ha dado la oportunidad de adquirir la maduración necesaria para la interiorización de las normas» (94).

Pues bien, además de existir algunas críticas doctrinales a esta concepción de la culpabilidad (95), podría abducirse que la interpretación de la tesis de necesidad de la pena y la motivación de la norma penal ha sido utilizada por los correccionalistas tergiversando (96), en gran medida, su significado. Y es que, en líneas generales, puede apoyarse la tesis del Prof. Gimbernat Ordeig sin llegar a las erróneas conclusiones que excluyen al menor de edad de la motivación de la norma.

En primer lugar, el argumento de la necesidad de la pena no excluye, *de facto*, que exista una verdadera necesidad de penar ciertas conductas especialmente graves (delitos) cometidos por los menores de determinada edad (97). Precisamente, en nuestro país se ha vivido en la última década un progresivo recrudecimiento del Derecho penal de Menores, precisamente basado en consideraciones –no siempre bien entendidas u orientadas por parte del legislador– preventivo generales (98) o, lo

(94) Al respecto, SÁNCHEZ YLLERA, I., *Comentarios al Código penal de 1995*, en Vives Antón (coord.), Volumen I, Valencia, 1996, pp. 110 y 111.

(95) Así, entre otros, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte General III. Teoría jurídica del delito II*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 28 ss.; GRACIA MARTÍN, L., «Culpabilidad y prevención en la moderna reforma penal española», en *Actualidad Penal*, 1993, p. 557. En concreto, desde la perspectiva que aquí interesa, se ha puesto de manifiesto que la teoría de la necesidad de la pena vuelve a caer en el estigma de la anormalidad del menor de edad, no siendo correcto calificar como inimputables a los sujetos no motivables por la norma. Al respecto, *Vid.* BUSTOS RAMÍREZ, J., *La imputabilidad...*, *ob. cit.*, pp. 80 ss.; MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, *ob. cit.*; SOTOMAYOR ACOSTA, J. O., *Imputabilidad y sistema penal...*, *ob. cit.*, p. 68; BONILLA CORREA, J. A., *La responsabilidad civil...*, *ob. cit.*, p. 98.

(96) *Vid.* CÁMARA ARROYO, S., *Internamiento de menores...*, *ob. cit.*, p. 519.

(97) Sobre la culpabilidad de los menores de edad atendiendo a tales teorías, si bien partiendo de la inimputabilidad penal de los menores, *Vid.* CRUZ Y CRUZ, E., *Los menores de edad...*, *ob. cit.*, pp. 255 ss.

(98) *Vid.* GARCÍA PÉREZ, O., «Capítulo II. La competencia de los órganos de la Administración de Justicia de menores», las bases de la responsabilidad penal de estos y el Derecho supletorio (arts. 2, 3, 4, 5, y 6 del Título Primero y arts. 10, 11 y 12 del Título Segundo)», en GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E., «Justicia de Menores: una justicia mayor». *Manuales de Formación Continuada 9, CGPJ*, Madrid, 2001, p. 59. Algunos autores hablan de carácter disuasorio; *Vid.* CERVELLÓ DONDERIS, V., y COLÁS TURÉGANO, A., *La responsabilidad penal...*, *ob. cit.*, p. 116. En la Exposición de Motivos se expone claramente que la prevención especial a modo de «intimidación» del sujeto, es uno de los principios rechazados por la norma. Así queda expresado en el punto II. 7: «rechazando expresamente otras finalidades esenciales del Derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma». Sorprendentemente, a pesar de que se niega el carácter intimidatorio de la sanción por la falta de madurez en los menores infractores, en ocasiones ha sido esgrimido como argumento por los tribunales. Es el

que es peor, puramente defensistas (99) y simbólicas (100). Actualmente, el argumento del alarmismo social y la necesidad de reafirmación de la norma en el caso de los delitos cometidos por los menores de edad ha sido un argumento tristemente esgrimido por el legislador para establecer una serie de reformas en la LORRPM. La colectividad ha dejado de ser indiferente ante la posible impunidad de los delitos cometidos por los menores de edad y, al menos en los supuestos límites de la mayoría de edad, se admite la necesidad de la amenaza de la pena. Se trata, en mi opinión, de la afirmación de la necesidad de la pena para la delincuencia juvenil, si bien la vía no ha sido, desde luego, la correcta.

Más aún, también desde el punto de vista de las necesidades preventivo especiales, se estaría incurriendo en una concepción acotada del Derecho penal (y la pena), considerándolo como un mal *en sí mismo* y no un *mal necesario* (101). Por otra parte, Gimbernat Ordeig habla de motivación de las normas penales en plural (o, si se quiere, en general), por lo que nuevamente deberemos estar al concreto marco de referencia legal específico del que se extraerán las pertinentes consecuencias jurídicas al delito.

Argumentar lo contrario sería poner en la pluma del maestro emérito de la Universidad Complutense de Madrid palabras que no pueden encontrarse en su argumentación o realizar una interpretación extensiva (y, por tanto, errónea o exaltada) de su doctrina. Entiendo, en suma, que Gimbernat no establece que el menor sea considerado

caso de la Sentencia del Juzgado de Menores de Alicante (Número 2), 203/2004, de 9 de julio, transcrito por Sánchez Lázaro en su artículo sobre las respuestas jurídico penales en menores infractores (*ob. cit.*, p. 72), en el que se puede leer, como fundamento de la dura sentencia por un crimen especialmente violento: «la frialdad demostrada en el acto de la vista rota al final de la misma con tenues lágrimas que denotan más su temor ante las consecuencias judiciales que pudieran tener sus actos que un sincero arrepentimiento». Al respecto *Vid.* CÁMARA ARROYO, S., *Internamiento de menores...*, *ob. cit.*, pp. 535 y 536. En la Exposición de Motivos I.5, de la LORRPM; se dispone que las medidas recogidas en la ley «fundamentalmente no pueden ser represivas, sino preventivo-especiales, orientadas hacia la efectiva reinserción y el superior interés del menor». A mi juicio, en términos semánticos debe interpretarse la voz fundamentalmente como «razón principal», principio que en el origen inspira la medida, pero no único.

(99) Es decir, tienen una finalidad de defensa social, *Vid.* CUELLO CONTRERAS, J., *El nuevo Derecho penal de menores*. Civitas, Madrid, 2000, pp. 45 y 60; ABEL SOUTO, M., «Las medidas del nuevo Derecho penal juvenil (Consideraciones en torno al artículo 7 de la Ley penal del menor)», en *Actualidad Penal*, Tomo I, núm. 6, 2002, p. 106.

(100) Al respecto, *Vid.* CÁMARA ARROYO, S., *Internamiento de menores...*, *ob. cit.*, pp. 560 ss., y las obras allí citadas.

(101) *Vid.* CÁMARA ARROYO, S., *Internamiento de menores...*, *ob. cit.*, p. 516.

como «anormal» a efectos de imputabilidad, sino que las finalidades de la pena impuesta conforme a esa imputabilidad no son análogas o, mejor aún, no se encuentran en la misma proporción que en el adulto.

Ciertamente, como expone Silva Sánchez (102), la teoría de la necesidad de la pena habla de la innecesariedad de la aplicación de una «pena común» a los menores infractores, puesto que tal consecuencia jurídica carecería de legitimidad al no cumplir con sus objetivos preventivo generales y especiales. Ahora bien, nada impide la construcción de una sanción penal adecuada a la realidad –biológica, psicológica y social– del menor, y, por tanto, capaz de «motivarle» (103): la denominada pena juvenil (104). Tal pena, denominada como tal y no como medida, deberá mantener unas características propias, estar especialmente orientada a la prevención especial positiva y deberá ser aplicada, como cualquier pena, cuando sea estrictamente necesario (última ratio). Además de ello, no existe merma alguna en el ámbito de la prevención, puesto que se impondrán unas consecuencias jurídicas de carácter penal, pero más efectivas para educar y reinsertar en sociedad al menor de edad. Al respecto, continúa argumentando el autor citado, no hay tampoco merma en la prevención general positiva, puesto que la sociedad tiene asumido que existe un grupo de personas, en atención a la edad, que deben ser objeto de diferente valoración (105).

Sobre la cuestión de la motivación en los menores de edad, Muñoz Conde ha expuesto la necesidad de conjugar los argumentos de prevención con el desarrollo de las facultades físicas y psíquicas mínimas para que se produzca tal vínculo con la norma (106). Por tanto, «si no se mantienen las facultades psíquicas suficientes para poder ser motivado racionalmente (...) no puede haber culpabilidad y tampoco se les podrá poner ninguna pena, ya que la intimidación y la prevención general difícilmente puede alcanzar a un sector de la población todavía poco accesible a los mandatos normativos» (107). Finalmente, para el autor citado, las facultades intelectivas y volitivas de un sujeto

(102) Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El régimen...*, ob. cit., p. 170 ss. Al respecto, también SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.^a I., *Minoría de edad...*, ob. cit., pp. 23 y 24.

(103) Pues también en la adolescencia se desarrolla la capacidad del menor para ser motivado por las normas, Ventas SASTRE, R., *Estudio de la Minoría de edad...*, ob. cit., p. 66.

(104) Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El régimen...*, ob. cit., p. 171.

(105) Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El régimen...*, ob. cit., pp. 171 y 172; siguiendo al autor citado, Vid. BONILLA CORREA, J. A., *La responsabilidad civil...*, ob. cit., p. 110.

(106) Vid. BONILLA CORREA, J. A., *La responsabilidad civil...*, ob. cit., pp. 98 y 99.

(107) Vid. MUÑOZ CONDE, F., «Prólogo», en VV. AA., *La responsabilidad penal de los menores*. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001, p. 10.

están condicionadas por factores psíquicos y socio-culturales, lo que supone que la capacidad de culpabilidad depende también de procesos de interacción social, convivencia y comunicación que conformarán en el individuo la motivación con la norma. Si tal capacidad no ha llegado a desarrollarse por razón de la inmadurez no podrá hablarse de culpabilidad (108). Esta posición, ecléctica respecto a la tesis de la motivación de la norma y la imputabilidad por razón de la madurez, también traslada la cuestión de la culpabilidad de los menores de edad a una presunción *iuris tantum*, en la que tendrán que verificarse tanto factores de tipo psicológico como socio-culturales.

Al respecto, acertadamente Hernández Alarcón ha anotado que «la motivación suficiente del adolescente no se encuentra ligada a su capacidad como ser humano en desarrollo, sino básicamente a sus posibilidades de motivación teniendo en cuenta las prestaciones positivas que la sociedad debe de realizar para el ejercicio pleno de sus derechos, es motivable por la norma en la medida que tiene no la capacidad, sino la posibilidad de conocerla, esencialmente mediante el sistema educativo» (109). En este sentido, como ha indicado nuestro TS, «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» (110).

Sobre esta última consideración jurisprudencial, con gran acierto Cobos Gómez de Linares ha señalado que con esta Sentencia y las que cita en su apoyo se puede verificar la importancia de las ciencias auxiliares del Derecho penal tanto como a la inevitable preponderancia de las consideraciones normativas a la hora de decidir sobre la capacidad penal del sujeto. El autor, concluye tajante que «la desaparición del artículo 20 de cualquier referencia a los menores hace desaparecer asimismo toda referencia a los mismos cuando el TS versa sobre inimputabilidad y sus grados, porque la minoría de edad *per se* no es un supuesto de inimputabilidad ni de imputabilidad disminuida» (111).

En esta última línea de pensamiento podríamos situar la posición de Mir Puig, quien entiende que el fundamento de la responsabilidad penal se encuentra en la normalidad o anormalidad de la motivación (112). Así, en aquellos casos en los que no falta absolutamente

(108) Vid. MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del delito*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1989, pp. 139 y 140.

(109) Vid. HERNÁNDEZ ALARCÓN, C., *El debido proceso y la justicia penal juvenil*. Tesis doctoral, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2005, p. 55.

(110) STS 733/1997, de 22 de mayo.

(111) Vid. COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A., *El artículo 19...*, *ob. cit.*, p. 112.

(112) Vid. MIR PUIG, S., «La imputabilidad en Derecho penal», en VV. AA., *Psiquiatría forense. Centro de Estudios Judiciales*, Madrid, 1994, pp. 35 ss. Al res-

toda posibilidad de ser motivado por la norma, sino sólo la posibilidad de un acceso normal a la misma, tiene sentido dirigir el mensaje normativo al sujeto, que podrá infringir la norma de determinación, pero no será legítimo considerarle penalmente responsable (113). En el caso de los menores de edad, si falta toda posibilidad comprensión del sentido y alcance de la conminación penal o el sujeto se encuentra inmerso en unas condiciones psíquicas que obstaculizan la normal eficiencia de la motivación de la norma, nos encontraremos ante una menor capacidad para cumplir el mandato normativo y, por tanto, no sería adecuado imponer la misma sanción que a aquellos que se encuentran en una situación de motivación normal (114). Finalmente, el autor citado indica que «la minoría de edad penal puede hallarse por encima del momento en que efectivamente se alcanza el discernimiento, en buena medida porque la introducción de medidas específicas para el menor ha venido a suplir con ventaja la necesidad de la pena» (115).

Nuevamente, la argumentación nos remite a una presunción *iuris tantum* de normalidad de motivación de la norma en aquellos sujetos que hayan llegado, al menos, a la post-adolescencia, según parecen indicar los nuevos avances de las ciencias de la conducta humana. Por otra parte, también sería válido, en estos supuestos, la construcción de una sanción penal adecuada a la motivación de la norma para los menores de edad, en los términos antes expuestos. Finalmente, esta teoría no está exenta de críticas, entre las más obvias: la utilización de términos de normalidad y anormalidad, que redundan en la consideración de una posición de inferioridad de los menores de edad frente a los adultos, o la derivación hacia políticas de prevención general positiva, pues «si de lo que se trata es de que un individuo interiorice una norma, es decir, se motive, la pena debería estar dirigida a cumplir una mera función simbólica, cuál sería la de contribuir al afianzamiento de la conciencia jurídica, de la confianza institucional y, en última instancia, a la integración social» (116).

Además del fundamento antes expuesto, algunos autores, con acertado criterio, han indicado que «la inclusión de los menores de entre 14 y 18 años en el ámbito de la aplicación de esta Ley [LORRPM] significa que se les considera motivables por la norma, que se les presume

pecto, Vid. BONILLA CORREA, J. A., *La responsabilidad civil...*, ob. cit., p. 99.

(113) Vid. MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, ob. cit., p. 547.

(114) Vid. MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, ob. cit., pp. 548 y 549.

(115) Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, ob. cit., pp. 548 y 549.

(116) Cfr. SOTOMAYOR ACOSTA, J. O., *Imputabilidad y sistema penal...*, ob. cit., p. 70.

capaces de comprender a ilicitud del hecho y de actuar conforme a esa comprensión, y de hecho se les conmina con la imposición de determinadas medidas de naturaleza penal para evitar la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas» (117). Ciertamente, si tenemos en cuenta la naturaleza penal de la LORRPM –cuestión, por otra parte, muy discutida en la doctrina (118)–, no parece tener sentido preguntarse por la motivación de la norma, cuando de facto se ha construido un sistema de sanciones penales expresamente para los menores de edad.

Otros autores, como Cárdenas Dávila, entienden que, en el caso de los menores, imputabilidad «debe ser entendida como inaplicación de las penas para adultos» y concluye que «los menores son inimputables, pues no merecen las penas de los adultos por su especial situación, pero si son responsables de acuerdo a su capacidad de entender y comprender los alcances de su conducta de acuerdo a su proceso de formación y medio de desarrollo» (119). Si bien estoy de acuerdo en cuanto al marco de referencia legal específico para los menores, ello no excluye que la imputación de los mismos sea una imputación penal. El principio de especialidad está fundamentado en razones de prevención especial y de política criminal, no en la construcción de una responsabilidad especial de los adolescentes infractores (si bien así se habría pretendido en un primer momento).

Habiendo establecido que la responsabilidad penal es una consecuencia de la imputabilidad penal, una teoría de la responsabilidad penal sin imputabilidad (120) no sería coherente en un ordenamiento

(117) Vid. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Manual de Derecho penal*. Tomo I. Parte General. 6.ª Ed., Civitas, Pamplona, 2011, p. 191.

(118) Al respecto, Vid. CÁMARA ARROYO, S., *Internamiento de menores...*, ob. cit., pp. 504 ss.; el mismo: *La utopía...*, ob. cit., pp. 29 ss.

(119) Cfr. CÁRDENAS DÁVILA, N. L., *Menor infractor y justicia penal juvenil*. Universidad Católica de Santa María, Arequipa, 2009, pp. 54 y 55.

(120) Vid. BUSTOS RAMÍREZ, J., «Imputabilidad y edad Penal», en *Justicia Penal y Sociedad*, Revista Guatemalteca de Ciencias Penales, núm. 8, 1998, pp. 123 ss.; en el mismo sentido, CÁRDENAS DÁVILA, N. L., *Menor infractor...*, ob. cit., p. 56. En contra, HERNÁNDEZ ALARCÓN, C., *El debido proceso...*, ob. cit., p. 52 y ss; quien, con acierto, ha expresado que «al mantener la inimputabilidad del adolescente, como criterio para incluirlo dentro de otro sistema de responsabilidad distinto al de la culpabilidad, no teniendo en cuenta que justamente la imputabilidad es el criterio básico que posibilita la atribución de la responsabilidad o la culpabilidad, termina así equiparado al enajenado mental con el adolescente al realizar una diferencia entre el derecho penal y el derecho penal criminal, señalando que los adolescente y los demás inimputables se encontrarían dentro del derecho penal pero no criminal. Consideramos que si bien es necesaria una respuesta del Derecho Penal distinta a la de los adultos frente a los delitos y faltas cometidos por adolescentes, el criterio de esta repuesta se encuentra en la consideración de su inimputabilidad, sino únicamente en un distinto juicio de exigibilidad, –que es el segundo nivel de análisis crítico de la imputabilidad–. Consecuentemente, si bien al

garantista como pretende ser el Sistema de Justicia Penal de Menores, pues se estaría atribuyendo una responsabilidad a quien previamente se ha considerado como incapaz de asumirla o no tiene la capacidad de entender el ilícito o actuar de otro modo (121).

En una línea muy cercana a este planteamiento, podría indicarse que los menores de edad entran dentro de la categoría de inimputables, pero no por ello están exentos de respuesta desde el marco penal, mediante una medida de seguridad que no atendería a su culpabilidad, sino a su peligrosidad. Bien, al respecto, hay que recordar que nuestra actual norma penal de menores sí tiene en cuenta la gravedad del hecho delictivo a la hora de imponer las medidas sancionadoras-educativas, si bien, como ha señalado García Pérez, «la comisión de un delito y su gravedad constituyen una base insuficiente para poder pronosticar que su autor vaya a volver a delinquir en el futuro» (122).

Otros autores, han indicado que la previsión contenida en el artículo 19 CP se refiere, en realidad, a una causa de exención de la punibilidad (123) basada en una cuestión personal (la menor edad). No obstante, como ha expresado con claridad Cobos Gómez de Linares, «ni desde el punto de vista legislativo ni del judicial puede entenderse que se produzca una abstención de penar» (124), pues como ya he tenido oportunidad de argumentar, algunas de las medidas sancionadoras-educativas de la LORRPM son verdaderas penas juveniles y, en todo caso, se pueden aplicar algunas sanciones privativas de libertad con una duración muy aproximada a la pena de prisión del ordenamiento penal de adultos. Tampoco tendría sentido, desde el punto de vista de una política criminal despenalizadora, haber adoptado medidas tendentes al endurecimiento de las medidas de la LORRPM si la intención del Legislador era la de establecer una exclusión de la punibilidad para los menores de edad.

Por estas razones, en todo caso podría hablarse, no de una exención de la punibilidad sino de una remisión a una Ley Penal Especial que trate las consecuencias jurídicas derivadas de la comisión de hechos

adolescente no se le puede exigir como a un adulto, se le puede exigir como a un adolescente, por ser totalmente imputable y responsable de sus actos como tal».

(121) Vid. CHUNGA LAMONJA, F. G., «El Adolescente Infractor y la Ley Penal». *Editora Jurídica Grijley*, Lima, 2007.

(122) Vid. GARCÍA PÉREZ, O., «La introducción del modelo de seguridad ciudadana en la justicia de menores», en PANTOJA GARCÍA, F. (Dir.): «La Ley de responsabilidad penal del menor: situación actual». *CGPJ*, Madrid, 2005, p. 413.

(123) Vid. LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones...*, *ob. cit.*, pp. 535 y 536.

(124) Vid. COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A., *El artículo 19...*, *ob. cit.*, p. 115.

delictivos por parte de menores de edad (125). Algunos autores, al respecto, han indicado que tal remisión supone una manifestación más del llamado principio de oportunidad (126). Si bien tal argumento parece viable, lo cierto es que, a mi juicio, no es necesario recurrir al mismo, puesto que la propia LORRPM mantendrá, a su vez, el principio de oportunidad en aquellos supuestos en los que el menor pueda ser derivado a mediación penal. Sobre esta cuestión, parece más plausible acudir simplemente a razones de política-criminal (127).

A pesar de lo hasta ahora indicado, aún podrían establecerse otros argumentos que apoyen la inimputabilidad del menor. Uno de los puntos fuertes de la argumentación de Bueno Arús era que aceptando la imputabilidad penal del menor a partir de los catorce años se estaría recogiendo un régimen mucho más duro y, por tanto, injusto o retrógrado, que el establecido en el modelo correccional-tutelar (128).

El argumento en este punto es irrefutable, pero solamente desde una visión formal y de *lege lata*. En efecto, la actual configuración de los modelos de responsabilidad penal de los menores ha iniciado una escalada de continuo endurecimiento, una transformación o aproximación del Derecho penal de adultos o común. Por otra parte, un modelo punitivo parece, a priori, siempre más gravoso para las libertades individuales que un modelo de carácter civil.

Sin embargo, el modelo tutelar-correccional demostró un déficit de garantías que lo invalidó en la mayor parte de los países que lo habían acogido. Por otra parte, de *lege ferenda*, que un determinado sistema de Justicia Juvenil sea penal no significa necesariamente —ni debe significar— que sea menos progresista que un modelo civil o correccional. Más bien al contrario, pues puede desembarazarse del excesivo paternalismo del régimen tutelar y dotar de unas mayores garantías a la ejecución de

(125) Tal y como proponía Quintero Olivares, «*la tensión no sería tanta si se contara con un sistema en el que el cumplimiento de una edad, incluso quince años, sólo supusiera el paso a un tratamiento juvenil, con sus correspondientes sanciones y medidas especiales, centros especiales, etc., pero no cuando la edad estricta determina automáticamente la aplicación de la pena clásica con, a lo sumo, la apreciación de una atenuante*»; QUINTERO OLIVARES, G., *Parte general del Derecho penal*. 3.^a Ed., Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 568. Esta línea de pensamiento apoya mi tesis principal acerca de la especialización de la LORRPM respecto a la legislación de adultos como una cuestión eminentemente penitenciaria, esto es, de ejecución penal especializada y no tanto sustantiva.

(126) Vid. COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A., *El artículo 19...*, *ob. cit.*, pp. 115 y 116.

(127) El propio autor antes citado afirma que «*el artículo 19 cumple más bien una función de causa de exención derivada del principio de oportunidad equivalente a razones de política criminal*»; COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A., *El artículo 19...*, *ob. cit.*, p. 116.

(128) Vid. BUENO ARÚS, F., *Menor edad...*, *ob. cit.*, pp. 355 y 356.

las medidas impuestas a los menores. Todo ello dependerá del contenido con el que se dote a norma. La edad de responsabilidad penal no debe convertirse en la edad mínima penal a efectos de consecuencias jurídicas al delito. Lo que me lleva a pensar que la protesta no debe dirigirse contra la formación de un Sistema Penal Juvenil, sino contra el contenido del actual modelo de Justicia Penal Juvenil.

Finalmente, uno de los argumentos más importantes que apoyarían la inimputabilidad del menor es la interpretación conforme a las normativas internacionales (129). En concreto, la CDN no establece un límite absoluto en la edad de los dieciocho años (art. 1 CDN), sino que se hace referencia al reconocimiento de la mayoría de edad penal en general, siendo este concepto diferente del de responsabilidad penal del menor como ya se ha expuesto. Debe implantarse, por lo tanto, en los sistemas jurídicos de los distintos países una edad de responsabilidad penal, es decir, una edad a partir de la cual el menor se encuentra capacitado para responder por sus infracciones penales conforme a una ley penal especial para él [art. 40.3.a) CDN]. En contra de esta interpretación, Bueno Arús indicó que si bien el concepto de niño, desde el punto de vista de la responsabilidad, se encuentra muy difuminado en la CDN, la interpretación conjunta con otras normas internacionales, como las Reglas de Beijing, en las que se indica (Regla 4) que la mayoría de edad penal «no deberá fijarse a una edad demasiado temprana», establecen el límite de imputabilidad en la edad de dieciocho años (130).

No obstante, las propias Reglas de Beijing, en su Regla 2.2.c) comprenden como menor infractor a «todo menor o joven al que le haya sido imputado la comisión de un delito o se le haya considerado culpable de la comisión de un delito». Se incluyen elementos propios del Derecho penal general, como la imputabilidad. Nos encontramos pues, ante la afirmación de una verdadera responsabilidad penal de los menores, capaces, a tenor de la redacción citada, de cometer actos típicos antijurídicos y culpables.

Finalmente, el 5 de noviembre de 2008, se elabora la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa (2008) 11, de 5 de noviembre de 2008, sobre las Reglas europeas para los menores delincuentes que son objeto de sanciones y medidas (131), de carácter

(129) Para el Prof. Bueno Arús, la actual redacción del artículo 19 CP y la propia LORRPM no responderían al modelo de justicia juvenil internacional y contravendrían las normativas supranacionales; BUENO ARÚS, F., *La ley de responsabilidad...*, ob. cit., p. 289 y 290. Acerca de la vulneración de las normativas internacionales, también del mismo: 2007: p. 9 ss.

(130) Vid. BUENO ARÚS, F., *La ley de responsabilidad...*, ob. cit., pp. 287 y 304.

(131) Para consultar un estudio más completo de las *Reglas europeas para los menores delincuentes que son objeto de sanciones y otras medidas*, véase *World Cus-*

eminentemente protector del menor y basado en los modelos de bienestar. Se desarrolla a lo largo de 142 Reglas, dirigidas a los Estados miembros, para la mejora de los sistemas de justicia juvenil.

Como González Tascón expone certeramente, estas reglas, «seguramente están llamadas a constituir uno de los principales textos de referencia sobre el tratamiento de la delincuencia juvenil del Consejo de Europa» (132). En este sentido, estas recomendaciones pueden considerarse la respuesta del Consejo Europeo a la creciente demanda de una legislación comunitaria sobre justicia juvenil. Son, como ha indicado la autora citada (133) la adaptación a los menores de otras dos reglas europeas: las Reglas penitenciarias europeas de 2006 (134) y las Reglas europeas sobre las sanciones y medidas aplicadas en la comunidad. Sin embargo estas reglas van más allá que cualquiera de estos instrumentos y deberían ser la primera fuente de referencia para el tratamiento de todos los infractores menores de edad que entren dentro de su ámbito de aplicación (135). Así, las Reglas de 2008 son el intento de construir una política penitenciaria y de ejecución de medidas común para los menores infractores a nivel europeo.

toms Organisation, Council of Europe: European Rules for Juvenile Offenders Subject to Sanctions Or Measures, Estrasburgo, 2009, pp. 33 ss.; DÜNKEL, F., BAECHTOLD, A., y VAN ZYL SMIT, D., «*Europäische Mindeststandards und Empfehlungen als Orientierungspunkte für die Gesetzgebung und Praxis-dargestellt am Beispiel der Empfehlungen für inhaftierte Jugendliche und Jugendliche in ambulanten Maßnahmen (die Greifswald Rules)*», en GOERDELER, J., y WALKENHORST, P. (eds.): *Jugendstrafvollzug in Deutschland. Neue Gesetze, neue Strukturen, neue Praxis?* Forum Verlag Godesberg, Mönchengladbach, 2007 114-140; DÜNKEL, F., «*Europäische Mindeststandards und Empfehlungen für jugendliche Straftäter als Orientierungspunkte für die Gesetzgebung und Praxis: die European Rules for Juvenile Offenders Subject to Sanctions and Measures*», en SONNEN, B. R. (ed.): *Dokumentation des 24. Deutschen Jugendgerichtstags*. Forum Verlag Godesberg, Mönchengladbach, 2008. En nuestro idioma, véase los comentarios a esta normativa en Consejo de Europa: *Comentario a las Reglas europeas para infractores menores de edad sometidos a sanciones o medidas*. Traducción realizada por el Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya. Abril de 2010.

(132) Vid. GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «La delincuencia juvenil desde el prisma del Consejo de Europa: una primera lectura de las reglas europeas para los menores delincuentes que son objeto de sanciones y medidas», en *Diario La Ley*, núm. 7179, 2009 5 y 6; la misma autora: *El tratamiento de la delincuencia juvenil en la Unión Europea*. Lex Nova, Madrid, 2010, p. 113.

(133) Vid. GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., *El tratamiento...*, *ob. cit.*, p. 113 y nota al pie.

(134) Recomendación (2006) 2, aprobada por el Comité de Ministros el 11 de enero de 2006.

(135) Vid. Consejo de Europa: *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 2.

Conforman una serie de encomiendas que abarcan todos los campos de actuación de los sistemas penales, incluida la posible imputabilidad penal del menor y su relación con el hecho delictivo (136):

a) La edad de responsabilidad penal no deberá ser demasiado baja y se encontrará recogida expresamente en la ley (137). Para las Reglas, menor delincuente es toda persona menor de dieciocho años sospechosa de haber cometido una infracción, entendida, a su vez, como acción u omisión que viole el Derecho penal. De la misma manera, los límites de edad también deben estar claramente establecidos por la ley. El principio de legalidad también se aplica a otro tipo de intervenciones. La edad de responsabilidad penal debe corresponder «a una edad reconocida como aceptable por la comunidad internacional» (138). Aunque podría resultar difícil encontrar un consenso europeo general, esta edad mínima no debería ser muy baja y debería estar vinculada a la edad a la que los menores asumen responsabilidades civiles en otras esferas, como el matrimonio, el final de la escolarización obligatoria y el derecho a trabajar. La mayoría de países han establecido una edad mínima entre los catorce y los quince años, y en Europa se debería seguir esta norma (139).

b) Las medidas deberán tener en cuenta el interés superior del menor y también las circunstancias específicas del mismo en su aplicación y duración. Ello implica evaluaciones periódicas a cargo de trabajadores sociales, psicólogos, psiquiatras u otros profesionales. Por otro lado, el interés superior del menor no debería ser un pretexto para intervenciones excesivas o desproporcionadas. Generalmente las medidas que promueven la reinserción social son en beneficio del interés superior del menor (140).

c) Ultima ratio de las medidas privativas de libertad. Se desprende de la Regla 9 sobre intervención mínima y destaca que la privación de libertad sólo debería ser una medida de último recurso; normalmente, antes se deberían haber probado otras medidas menos drásticas. Además, también se deberá restringir la privación de libertad al periodo mínimo necesario (141).

(136) Para una síntesis más extensa de los principios fundamentales de las Reglas de 2008, véase GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., *El tratamiento...*, ob. cit., pp. 113-115.

(137) Sobre la diferenciación de la edad de responsabilidad penal del menor en los países del ámbito europeo: PRUIN, I., 2010: 1535 y ss.

(138) Véase el Comentario General núm. 10 (2007) § 32, del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (CRC/C/GC/10) de 25 de abril de 2007.

(139) Vid. Consejo de Europa: *Comentarios...*, ob. cit., p. 6.

(140) Vid. Consejo de Europa: *Comentarios...*, ob. cit., p. 7.

(141) Vid. Consejo de Europa: *Comentarios...*, ob. cit., p. 10.

d) Los jóvenes adultos delincuentes pueden ser considerados como menores y tratados en consecuencia (142). Las Reglas consideran joven adulto delincuente a toda persona de edad comprendida entre los 18 y los 21 años que sea sospechosa de haber cometido o que haya cometido una infracción penal.

En síntesis, la política criminal del Consejo de Europa en la Reglas de 2008 no difiere demasiado de la que podemos encontrar en las normativas de las NN. UU., siendo sus líneas principales, siguiendo a González Tascón, las siguientes (143):

1. Prevención: políticas sociales previas a la intervención penal de los menores y jóvenes infractores.

2. Atención a la naturaleza del hecho que motiva la sanción: se apuesta por el concepto de delincuencia juvenil restringido al ámbito de la Ley penal. No obstante, se deja una puerta abierta a las legislaciones más aperturistas en este sentido, con ánimo de no contrariar ningún ordenamiento nacional.

3. Ampliación del marco legislativo de Justicia Juvenil a los jóvenes adultos. Según expone el propio Consejo de Europa en sus comentarios a la Reglas de 2008, la aplicación de las sanciones o medidas estipuladas en el derecho penal de menores no implica que a los jóvenes adultos les sean impuestas automáticamente sanciones menos duras que a los adultos de más de veintiún años; pero, cuando proceda, se deberían beneficiar de la diversidad de sanciones y medidas educativas estipuladas para los infractores menores (144).

4. Desjudicialización: introducción de mecanismos alternativos al proceso penal de menores. La mediación y otras medidas de justicia restaurativa se han convertido en formas importantes de intervención en los sistemas de bienestar y justicia de menores. Estas estrategias se deberían tener en cuenta en todas las etapas del tratamiento con menores y se les debería dar prioridad, dadas sus ventajas preventivas tanto para los infractores menores de edad como para las víctimas y la comunidad (145).

5. Pleno reconocimiento de las garantías y derechos del menor. Se prohibirán todas las violaciones de los derechos humanos y no

(142) Sobre la asimilación de los jóvenes adultos en los regímenes para menores infractores en las normas internacionales, DÜNKEL, F., y PRUIN, I.: *Juvenile Justice Systems...*, *ob. cit.*, pp. 1558 y 1559, y sobre los jóvenes adultos en los sistemas de justicia juvenil europeos, consúltese, de la misma obra las páginas 1568 y ss.

(143) *Vid.* GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., *El tratamiento...*, *ob. cit.*, pp. 116-118.

(144) *Vid.* Consejo de Europa: *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 16.

(145) *Vid.* Consejo de Europa: *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 12.

existirá justificación alguna para otorgar a los menores menos derechos que a los adultos (146).

6. Predominio de la prevención especial positiva (reinserción social y reeducación del menor infractor) en los modelos de intervención. Todos los sistemas de protección social y justicia de menores se basan en los principios de integración social y de educación. En el campo de la justicia de menores se acepta que la personalidad de los menores todavía está en proceso de desarrollo y abierta a influencias positivas. Es preciso hacer hincapié en la posibilidad de reinserción de las personas jóvenes, incluso si, en algunos casos, este objetivo sólo puede conseguirse mediante esfuerzos educativos y terapéuticos intensivos. La regla sobre reinserción social, por lo tanto, no permitiría medidas de seguridad a largo plazo o penas de cadena perpetua que tienen como único objetivo proteger a la sociedad de los infractores menores, y no ofrecerles la posibilidad de ser puestos en libertad después de un periodo razonable (147).

7. Principio de especialidad: se pretende crear una jurisdicción y unas instituciones propias para los menores de edad infractores. Las características de los menores exigen un enfoque multidisciplinario y en el que participan diferentes organismos. Según el Consejo de Europa, las disciplinas clave que debe incluir este enfoque son psicología, trabajo social y educación (148).

IV. IMPUTABILIDAD PENAL DEL MENOR CONFORME A LA LORRPM. TOMA DE POSTURA

Si realizamos, en este punto, una recapitulación de lo expuesto hasta ahora, podremos concluir que, más allá de la crítica al mayor endurecimiento de las condiciones del menor infractor respecto a la anterior regulación, parece difícil sostener la doctrina de la inimputabilidad penal del menor de catorce años en nuestro actual ordenamiento jurídico-penal. Tampoco la concepción de una responsabilidad atenuada o especial parecen ofrecer una respuesta definitiva, por lo que deberán explorarse las opciones restantes, a saber: plena imputabilidad penal (149); y, de forma más matizada,

(146) *Vid. Consejo de Europa: Comentarios..., ob. cit.*, pp. 9 y 12.

(147) *Vid. Consejo de Europa: Comentarios..., ob. cit.*, p. 4.

(148) *Vid. Consejo de Europa: Comentarios..., ob. cit.*, p. 14.

(149) *Vid. LANDROVE DÍAZ, G.*, «Marco operativo de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores», en *Diario La Ley*, núm. 5084, 2000, p. 2, el mismo autor: *Derecho Penal de Menores*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001,

una imputabilidad normalizada pero conforme a la legislación penal específica para menores infractores siguiendo un criterio de

p. 212; MATALLÍN EVANGELIO, A., «La capacidad de culpabilidad de los sujetos sometidos a la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal del menor», en *Estudios penales y criminológicos*, núm. 22, 1999-2000, p. 90; TERRADILLOS BASOCO, J., «Responsabilidad penal de los menores», en RUIZ RODRÍGUEZ, L. R. y NAVARRO GUZMÁN, J. I. (Coord.): *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 53; NAVARRO FRÍAS, I., *El necesario...*, *ob. cit.*, p. 116 y 124. También han reconocido la imputabilidad penal de los menores: CANTARERO BANDRÉS, R., *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación: Derecho penal y procesal de menores*. Montecorvo, Madrid 1988, p. 122; la misma autora: «Los menores y el Derecho penal», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 7, 1995, p. 21; y también: «Responsabilidad penal del menor y teorías clásicas de la culpabilidad», en ALONSO ÁLAMO, M., y ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C. (Coords.): *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*. Dykinson, Madrid, 2006, p. 180; CHOCLÁN MONTALVO, J., «La futura Ley penal juvenil», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 214, 1995, p. 3, quien ha señalado que «la exención de responsabilidad criminal con arreglo al Derecho de los adultos del menor de dieciocho años no se basa ya en la presunción de inimputabilidad, sino sobre todo en que no resulta conveniente aplicar el mismo régimen punitivo que a los adultos»; SÁNCHEZ YLLERA, I., «Artículo 19», en VIVES ANTÓN, T. S. (Coord.): *Comentarios al Código penal de 1995*. Vol. I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, p. 109; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M., «La imputabilidad», en *La Ley*, 1996, p. 1609; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El régimen...*, *ob. cit.*, p. 164, 173 y 174; DOLZ LAGO, J. M., «Algunos aspectos de la legislación penal de los menores», en *La Ley*, núm. 4540, 1998, nota núm. 11; el mismo: *La nueva responsabilidad penal del menor* (Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero). Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, p. 82; y también: *Comentarios a la Legislación penal de menores*. Incorpora las últimas reformas legales de la LO 8/2006. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 96; con ciertos matices, VENTAS SASTRE, R., «Comentarios al artículo 19», en COBO DEL ROSAL (Dir.): *Comentarios al Código penal*, tomo II, Madrid, 1999, p. 86; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Imputabilidad y nuevo Código Penal», en VV. AA., *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos*. Libro Homenaje al Prof. Torío López. Comares, Madrid, 2000, p. 304; CUELLO CONTRERAS, J., *El nuevo Derecho penal de menores*. Civitas, Madrid, 2000, pp. 49 y 50; el mismo autor: 2010, p. 125, donde el autor indica que «la minoría de edad penal no constituye un supuesto de inimputabilidad, ya que a los catorce años, por no decir a los dieciséis o dieciocho, el menor ya ha aprendido a diferenciar los contenidos vivenciales que habilitan para controlar la realidad. No son pues razones relacionadas con la capacidad de culpabilidad las que justifican la irresponsabilidad penal del menor conforme al CP, sino de otra índole político-criminal»; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., «Artículo 5. Bases de la responsabilidad de los menores», en Conde-Pumpido Ferreiro, C. (Dir.): *La Ley de la responsabilidad penal de los menores*. Trivium, Madrid, 2001, pp. 115 ss.; CEZÓN GONZÁLEZ, C., *La nueva Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores con las reformas introducidas en el articulado de las Leyes Orgánicas 7/2000 y 9/2000*. Bosch, Barcelona, 2001, p. 11; MORA ALARCÓN, J. A., *Derecho penal y procesal de menores (doctrina, jurisprudencia y formularios)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 38; BOLDOVA PASAMAR, M. A., «El sistema de aplicación de las sanciones en el Derecho Penal de los menores tras la Ley Orgánica 8/2006,

especialización, como es el marco de referencia legal para el menor delincuente (150).

de 4 de diciembre», en JORGE BARREIRO, A. y FEIJOO SÁNCHEZ, B. (Eds.): Nuevo Derecho Penal Juvenil: Una perspectiva Interdisciplinar ¿Qué hacer con los menores delincuentes?, Atelier, Barcelona, 2007, pp. 101 y 102; MACHADO RUIZ, M. D., «Minoría de edad e imputabilidad penal», en *Actualidad Penal*, núm. 3, Tomo I, 2003, pp. 93 ss.; VAELLO ESQUERDO, E., «Algunos aspectos sustantivos de la LORRPM reguladora de la responsabilidad penal de los menores», en *Diario la Ley*, 2001, punto 3; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *et al.*, Curso de Derecho penal. Parte General. Ediciones Experiencia, Barcelona, 2004, p. 336; GARCÍA RIVAS, N., «Aspectos críticos de la legislación penal del menor», en *Revista Penal*, núm. 16, 2005, p. 105; BARQUÍN SANZ, J., y CANO PAÑOS, M. A., «Justicia penal juvenil en España. Una legislación a la altura de los tiempos», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, núm. 18, 2006, p. 51; ORNOSA FERNÁNDEZ, M. D., *Derecho penal de menores*. 4.ª Ed., Bosch, Barcelona, 2006, p. 38; DE LA ROSA CORTINA, J. M., DE LA ROSA CORTINA, J. M., «Novedades en el sistema de justicia juvenil sobre las medidas imponibles y sus reglas de determinación», en *La Ley Penal*, núm. 36, 2007, p. 50; aunque el autor acepta el concepto de culpabilidad atenuada; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Delincuencia juvenil...*, *ob. cit.*, pp. 232 ss.; LACRUZ LÓPEZ, J. M., *Minoría de edad penal...*, *ob. cit.*, p. 254, si bien, la mayor parte de los autores, dota la imputabilidad penal de unas características específicas derivadas de la propia naturaleza de los menores de edad. Posteriormente, sin embargo, el último autor citado matiza sus palabras, que parecen más acorde con nuestro planteamiento: «en definitiva, las reformas que se han ido produciendo en el sistema de responsabilidad penal del menor apuntan a una clara desvinculación del concepto de menores responsable de la idea de la imputabilidad. Sólo frente a aquellos menores de edad penal que quedan fuera de la regulación podremos afirmar que son declarados inimputables. Frente al resto, que se encuentran bajo el paraguas de la aplicación de la LORRPM, alejados del sistema penal común, lo único que podemos decir es que, siendo imputables, determinadas razones, fundamentalmente preventivo especiales en su vertiente educativa, así como la salvaguardia de los derechos e intereses del menor, hacen necesario un tratamiento específico, en el que las consecuencias jurídicas que se derivan de la comisión del delito estén adaptadas a su concreta realidad» (p. 255). A mi juicio, el concepto de imputabilidad penal de los menores no es el continente del principio de especialidad, sino que éste se traslada a la norma de referencia, esto es, a las consecuencias jurídicas imponibles al menor de edad imputable por la comisión de un hecho delictivo.

(150) Postura que defiendo doctrinalmente en mi obra CÁMARA ARROYO, S., *Internamiento de menores...*, *ob. cit.*, p. 539. Me apoyo en la acertada explicación de De la Cuesta Arzamendi, cuando indica que la edad penal mínima de 18 años «se configura más como un límite personal a la aplicación del Código que como propia y verdadera causa de inimputabilidad»; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., 1999: 304; BONILLA CORREA, J. A., *La responsabilidad civil...*, *ob. cit.*, pp. 109 y 110, lo explica claramente del siguiente modo: «se abandona el criterio que se había seguido hasta ahora al considerar a los menores de edad penal como inimputables, serán responsables, sí, pero de acuerdo a un Derecho penal propio del Derecho Penal Juvenil, con unos criterios y unos principios exclusivos; eso hace que nos encontremos no ante un Derecho Penal atenuado, sino ante un Derecho Penal independiente en atención al propio sujeto al que va dirigido». Y también, FIGUEROA NAVARRO, M. C., «La medida de internamiento en la legislación reguladora de la responsabilidad penal de los menores», en RODRÍGUEZ BLANCO, M. (Dir.): *La libertad religiosa de los menores en*

Una tercera vía, defendida por algunos autores, entiende la plena imputabilidad del menor de edad, pero diferencia la responsabilidad penal (responsabilidad *sui generis*) que deriva de ella como un nuevo género, por razón de las circunstancias específicas del sujeto activo (151). Se trata de una posición muy similar a la que aquí defiendo pues, al fin y al cabo, deriva la especialidad de la LORRPM a las consecuencias jurídicas diferentes a las de los adultos que se derivan de la comisión de un hecho delictivo por parte de un menor de edad (152). Además de ello, esta corriente se encuentra apoyada por la definición de responsabilidad del menor contenida en la EM de la LORRPM, tal y como he expuesto *supra*. Sin embargo, considero, una vez más, innecesario acudir a un concepto teórico nuevo de responsabilidad penal, pues no parece congruente que de la plena imputabilidad penal normalizada pueda surgir una responsabilidad penal juvenil diferenciada, cuando, en realidad, algunas de las sanciones de la LORRPM, como tendré oportunidad de comentar más adelante, apenas se diferencian de las penas aplicables a los adultos (por ejemplo, la inhabilitación absoluta).

A mi juicio, conviene desplazar la atención del criterio de especialidad a un asunto de política-criminal, fundamentalmente basado en la necesidad de dar un adecuado tratamiento en la ejecución de las medidas sancionadoras al menor condenado, pues tendrá siempre mayores posibilidades de recuperación social que el delincuente adulto (153).

En efecto, como han explicado claramente Orts Berenguer y González Cussac, los menores desde los catorce años «son imputables para el Derecho penal en su conjunto, aunque no conforme al CP» (154). Por tanto, no se excluye de forma absoluta la imputabili-

los centros de internamiento. Comares, Granada, 2012, p. 3. En contra, Vid. LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *La instrucción del Ministerio Fiscal en el procedimiento de menores*. Comares, Granada, 2002, p. 55.

(151) Vid. MIR PUIG, S., Parte General. 8.ª Ed., Reppertor, Barcelona, pp. 591 y 592.

(152) Al respecto, Jiménez Díaz, ha expresado respecto a la imputabilidad de los menores de edad a partir de 14 años que «*su responsabilidad penal no debe ser exigida conforme a los parámetros clásicos, sino que ha de configurarse como una responsabilidad sui generis en atención a las características especiales de los sujetos infractores, lo que finalmente se traduce en el establecimiento de un sistema de consecuencias penales acorde con los fines perseguidos, que no son otros que educar al menor y recuperarle, en la medida de lo posible, para la sociedad*»; JIMÉNEZ DÍAZ, M. J., *Edad...*, *ob. cit.*, p. 65.

(153) También la postura antes citada admite estas razones, JIMÉNEZ DÍAZ, M. J., *Edad...*, *ob. cit.*, p. 66; CUELLO CONTRERAS, J., *Reflexiones...*, *ob. cit.*, p. 85.

(154) Cfr. ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho penal*. Parte General. 2.ª Ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 190.

dad del menor, que, en todo caso, deberá demostrarse, sino que se establece una edad de responsabilidad penal conforme a una norma penal específica diferente al CP de adultos. La presunción de imputabilidad debe conformarse como *iuris tantum*, es decir, admitiendo prueba en contrario si se demuestra que el menor se encuentra en un estado de exención de la responsabilidad criminal y atendiendo a las circunstancias personales del menor, su grado de madurez y socialización, etc. En este sentido, los informes del Equipo Multidisciplinar serán determinantes. De este modo, nuestro actual sistema penal de menores traslada la cuestión de la imputabilidad del menor a las reglas del concepto normativo de la culpabilidad que rigen en el Derecho penal de adultos (capacidad para comprender el injusto y actuar conforme a dicha comprensión), y no a la pretérita tesis del discernimiento (155) que, además, pretendía demostrar la capacidad de dolo del menor o excluir su punibilidad por incompreensión de la antijuridicidad del hecho.

Como ha expresado Silva Sánchez para el caso español, «el menor podrá, con todo, ser irresponsable, en sentido estricto, en dos situaciones concretas: por un lado, en tanto en cuanto no alcance el mínimo de madurez psicológica; por otro lado, en la medida en que concurran en su actuación eximentes genéricas de responsabilidad criminal por falta de culpabilidad» (156).

Por estas razones, para algunos autores no resulta convincente la solución aportada por el legislador al establecer una condición objetiva de culpabilidad a partir de una determinada edad, puesto que, atendiendo al desarrollo de la personalidad del menor y sus circunstancias personales aunque se hayan alcanzado los catorce años, puede haber menores que se encuentren en un estadio de madurez insuficiente (157). Por el contrario, podemos encontrarnos con menores de

(155) Cuya vigencia no ha desaparecido según exponen Choclán y Calderón, cuando afirman que «el Derecho penal Juvenil, a diferencia del criterio biológico puro del Derecho penal tradicional, establece el criterio del discernimiento conforme al cual se hace depender la aplicación de la Ley penal a que el menor o el joven posean capacidad de culpabilidad. El Derecho penal de jóvenes se basa, pues, en el condicionamiento de la exigencia de la responsabilidad a la prueba de su imputabilidad, a la capacidad de motivación por comprensión de la antijuridicidad»; CHOCLÁN, J. A. y CALDERÓN, A., *Derecho penal*. Tomo I. Parte General. Bosch, Barcelona, 1999, p. 215.

(156) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El régimen...*, *ob. cit.*, pp. 159 y 160.

(157) *Vid.* LACRUZ LÓPEZ, J. M., *La minoría de edad...*, *ob. cit.*, p. 258; en un similar sentido, *Vid.* BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Principales aspectos sustantivos del nuevo Derecho penal juvenil español», en BOLDOVA PASAMAR, M. A. (Ed.): *El nuevo Derecho penal juvenil español* (Jornadas sobre la nueva Ley Penal del Menor, celebradas en la Universidad de Zaragoza los días 4, 10 y 11 de mayo de 2001). Monogra-

edad que no han alcanzado la edad de responsabilidad penal y que, sin embargo, muestren un alto grado de madurez para la comprensión del delito. Precisamente debido a ésta última posibilidad, se han erigido propuestas que pretenden ampliar el ámbito de actuación de la LORRPM a los menores de doce años (158). En otros casos, atendiendo a la presunción *iuris tantum* de imputabilidad penal de los menores de edad, se han propuesto soluciones basadas en la flexibilización del tramo inferior de edad en la LORRPM (159). Entre estas propuestas, destaca la de Bonilla Correa, quien indica que «se debía haber distinguido un nuevo tramo, entre doce y hasta catorce años, donde el criterio para aplicar la Ley sería mixto, se partiría del criterio biológico de la edad, pero sería corregido por el psicológico de la madurez; la razón de aplicarla a unos determinados delitos obedece, a mi juicio, a la peligrosidad del sujeto, sólo cuando haya cometido delitos graves, así como a razones de prevención general, pues son precisamente estos delitos los que causan más conmoción en la sociedad» (160).

Aunque se esté de acuerdo con el autor en la posible imputabilidad penal de determinados menores de trece años, no se puede compartir su conclusión. En primer lugar, las ciencias de la conducta humana y la mayor parte de las teorías del desarrollo de la personalidad antes expuestas parecen establecer como límite mínimo de vinculación con la norma la edad de los doce años, por lo que una política penal juvenil adecuada no permitiría ajustar tanto el criterio de imputabilidad penal a tan inestable borde de edad. Una cuestión es admitir la presunción con prueba en contrario de la imputabilidad personal de los menores, y otra establecer una política criminal dura y excesiva si atendemos a razones preventivo especiales, que siempre deben primar en Derecho penal de Menores frente a las especiales. Por otra parte, tampoco podemos fundar las razones de este nuevo tramo en la peligrosidad de los menores de trece años que cometen hechos delictivos, pues de ser así lo lógico es la aplicación de medidas de seguridad o

fías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 2002, p. 44; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Delincuencia juvenil...*, ob. cit., p. 235; BOLDOVA PASAMAR, M. A., *La responsabilidad...*, ob. cit., p. 445 y nota al pie n.º 28.

(158) Que fueron promovidas desde el ámbito político por el grupo parlamentario de CIU en 1996, y apoyadas por un sector de la doctrina, con base en fundamentos de política criminal; Vid. HERRERO HERRERO, C., *Delincuencia de menores...*, ob. cit., p. 356.

(159) Vid. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir.): *Ley de responsabilidad...*, ob. cit., pp. 74 y 75.

(160) Cfr. BONILLA CORREA, J. A., *La responsabilidad civil...*, ob. cit., p. 112.

correccionales ya que, de demostrarse la imputabilidad, se les impondrían las mismas consecuencias jurídicas que a los mayores de catorce años. Tal rebaja de la edad de responsabilidad penal debe rechazada de pleno (161), básicamente por razones de índole criminológica y político criminal (162), debido al escaso éxito de la intervención penal en estas tempranas edades (163) y el reducido número de delitos graves que se comenten a tales edades (164). Además de estas razones,

(161) *Vid.* BUENO ARÚS, F., *La ley de responsabilidad...*, *ob. cit.*, p. 299. La actual Fiscal de la Sala de Menores es partidaria de afrontar estos casos desde el ámbito de la protección civil y no del sistema de Justicia Penal Juvenil, basándose principalmente en la presunción *iuris et de iure* de inimputabilidad de los menores de 14 años, además de los ya citados principios internacionales; DOLZ LAGO, M. J., «La Ley penal del menor española: una década después (2001-2011)», en *Anuario de Justicia Juvenil*, núm. XI, 2011, p. 70. Si bien el argumento de la inimputabilidad penal de los menores de catorce años no me parece definitivo, pues, en todo caso, estaremos ante una presunción *iuris tantum* que admitiría prueba en contrario, las razones de política criminal para una intervención penal restringida para un número de supuestos poco elevados son lo suficientemente poderosas como para desechar la rebaja de la edad de responsabilidad penal del menor, siendo preferible la adecuada separación entre los sistemas de reforma (penal) y protección (civil, asistencia social) y la intervención preventivo-educativa en los (pocos) casos en los que se produzcan hechos delictivos por parte de menores de catorce años. No hay que olvidar, como se ha expuesto, que la maduración y el desarrollo de la personalidad es un proceso continuo que se extiende a lo largo de toda la vida. De este modo, el momento exacto de madurez del menor puede variar en cada supuesto y depender de muy diversos factores (biológicos, psicológicos, emocionales, cognitivos y sociales), siendo necesario realizar un estudio individual de cada supuesto.

(162) En resumen, dejar fuera de la intervención penal a los menores de edades muy tempranas, en los que normalmente incluso el sistema penal juvenil puede ser contraproducente. En este sentido, será especialmente importante una adecuada interpretación del principio de interés superior que limita el Derecho penal de Menores; BONILLA CORREA, J. A., *La responsabilidad civil...*, *ob. cit.*, p. 114.

(163) *Vid.* BONILLA CORREA, J. A., *La responsabilidad civil...*, *ob. cit.*, p. 112.

(164) Como, de hecho, parece recoger la exposición de motivos de la propia LORRPM cuando afirma que «la edad límite de dieciocho años establecida por el Código Penal para referirse a la responsabilidad penal de los menores precisa de otro límite mínimo a partir del cual comience la posibilidad de exigir esa responsabilidad y que se ha concretado en los catorce años, con base en la convicción de que las infracciones cometidas por los niños menores de esta edad son en general irrelevantes y que, en los escasos supuestos en que aquéllas pueden producir alarma social, son suficientes para darles una respuesta igualmente adecuada los ámbitos familiar y asistencial civil, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado» (EM, I.4). Apoyando esta solución de política criminal, *Vid.* DEL ROSAL BLASCO, B., «Joven delincuente y Derecho penal», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 54, 1994, p. 1038; en contra, BONILLA CORREA, J. A., *La responsabilidad civil...*, *ob. cit.*, p. 112. En realidad, debemos estar de acuerdo con la postura despenalizadora atendiendo a la realidad estadística y los datos cuantitativos y cualitativos: Apenas un 8% de los menores de 14 años cometen hechos delictivos, BERNÚZ BENEITEZ, M. J., FERNÁNDEZ MOLINA, E., y PÉREZ JIMÉNEZ, F., «El tratamiento institucional de los menores de 14

como ya he tenido oportunidad de exponer, las fuentes supranacionales que inspiran la confección de los sistemas de justicia juvenil también recomiendan que, de establecerse una edad fija a partir de la cual pueda establecerse la imputabilidad penal de los menores de edad, esta no debe ser demasiado temprana.

En el primer supuesto antes indicado, sin embargo, apunta Lacruz López, la cuestión sería plantearse cómo responder en la práctica ante un menor de catorce años y hasta cumplir los dieciocho que carece del grado de madurez suficiente. Parece claro que, a no ser que se encuentre inmerso en alguna de las causas que excluyen la responsabilidad criminal del artículo 20 CP (165), «no podemos aplicar directamente causa de inimputabilidad alguna: no es correcto concluir que quien simplemente sufre un retraso más o menos acusado en el desarrollo de su personalidad se encuentra automáticamente inmerso en una situación de anomalía, enfermedad o trastorno mental transitorio. En definitiva, sólo cuando el retraso en el desarrollo de la personalidad sea de la entidad suficiente para poder ser calificado de anómalo estaremos en condiciones de aplicar esta eximente. Sin embargo, el carácter objetivo del límite de los catorce años resulta demasiado rígido y simplificador como para afirmar que todo menor que ha cumplido esa edad y no cuenta con la capacidad de entender el carácter ilícito de la conducta o de actuar conforme a dicho entendimiento sea «anómalo» desde un punto de vista psíquico. Por otra parte, existe el peligro cierto de que aunque sea así, los tribunales, llevados por la tendencia –errónea– a vincular inimputabilidad y enfermedad, acaben por no aplicar la eximente. Estamos por tanto ante una solución parcial al problema» (166). Por tanto, el autor citado propone la aplicación por la vía de la analogía de la eximente de anomalía o alteración psíquica, en aquellos casos en los que se produzca un leve retraso en el desarrollo de la personalidad del menor que no están comprendidos en el tenor literal ni en el espíritu del artículo 20.1 CP, pero que son semejantes a los allí recogidos (analogía *in bonam partem*).

años», en *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 4, 2006; PÉREZ JIMÉNEZ, F., *Perfil del menor infractor y de los ilícitos cometidos*, en BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. y CRUZ BLANCA, M. J. (dirs.): *El Derecho penal de menores a debate*. Dykinson, Madrid, 2010, p. 232. E, incluso, parece mostrar una tendencia a la baja en los últimos años, DOLZ LAGO, M. J., *La Ley penal...*, *ob. cit.*, p. 73.

(165) *Vid.* HIGUERA GUIMERA, J. F., «El problema de la imputabilidad de los menores y de los jóvenes en la LORRPM», en BOLDOVA PASAMAR, M. A. (Ed.): *El nuevo Derecho penal juvenil español (Jornadas sobre la nueva Ley Penal del Menor celebradas en la Universidad de Zaragoza los días 4, 10 y 11 de mayo de 2001)*. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Zaragoza, 2002, pp. 74 y 88.

(166) *Cfr.* LACRUZ LÓPEZ, J. M., *La minoría de edad...*, *ob. cit.*, p. 258.

No obstante, el propio autor admite las dificultades que también presenta esta última posición a la luz del artículo 4.3 CP (167), por lo que propone una última opción de *lege ferenda*, debiéndose establecer una flexibilización del límite objetivo recogido en la LORRPM, de modo que pueda realizarse un análisis del desarrollo de la personalidad del menor de edad, caso por caso, para comprobar si efectivamente posee la capacidad de entender la antijuridicidad del hecho y actuar conforme a esa comprensión (168). No se trataría, en opinión del autor, de volver al antiguo criterio del discernimiento, sino de aplicar una solución parecida a la contenida en el sistema alemán, de modo que «establecido un límite objetivo a partir del cual se considera que el menor es responsable, se incorpora como requisito imprescindible para la imposición de una medida sancionadora educativa la comprobación de su imputabilidad. Si el sujeto no tiene la necesaria capacidad de culpabilidad, a pesar de haber superado una determinada barrera de edad, no podrá ser objeto de aplicación de lo que, en definitiva, tiene naturaleza de pena. Con ello la realización del principio de culpabilidad es plena» (169). Ciertamente, esta última solución, que pasa por establecer un análisis concreto de cada caso y es compatible con el establecimiento de una edad mínima de responsabilidad basada en las razones antes anotadas, parece ser el camino correcto (170).

No obstante, en mi opinión, las salvedades antes expuestas no son óbice para que se pueda tener en cuenta el grado de madurez del menor de catorce años en el juicio de imputabilidad conforme al actual sistema introducido por la LORRPM e, incluso, llegar a aplicar una suerte de «eximente» o «atenuante» de la responsabilidad penal en aquellos supuestos en los que el desarrollo de la personalidad del menor muestre importantes carencias.

(167) Que establece determinados límites a la analogía *in bonam partem* al indicar expresamente que «Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo».

(168) Vid. LACRUZ LÓPEZ, J. M., *La minoría de edad...*, ob. cit., p. 259.

(169) Cfr. LACRUZ LÓPEZ, J. M., *La minoría de edad...*, ob. cit., p. 260.

(170) No obstante, también conlleva importantes dificultades, como es evitar la inseguridad jurídica o el automatismo en la comprobación de la culpabilidad del menor. Acerca de estas críticas, Vid. GARCÍA PÉREZ, O., «Los actuales principios rectores del Derecho penal juvenil: Un análisis crítico», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 3, 1999, pp. 70 ss.; ALASTUEY DOBÓN, M. C., «El Derecho penal de menores: evolución y rasgos esenciales de la Ley Orgánica 5/2000», en VV. AA., *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo (Libro Homenaje al Profesor Doctor D. José Cerezo Mir)*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 1548, nota al pie n.º 53.

Una vez que se ha delimitado el campo en el que nos movemos –el penal–, y que sabemos que el menor infractor es un sujeto plenamente imputable (aunque se le impongan otra clase de penas por la comisión de delitos), será necesario atender a un posible régimen de circunstancias modificativas de tal responsabilidad criminal. Se trata de una cuestión práctica de suma importancia. Sin embargo, lo habitual será que ni siquiera se haga referencia a conceptos como atenuantes y agravantes en el caso de los menores. En la LORRPM no se hace referencia expresa a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Principalmente ello se debe a que, en el caso de los menores de edad que hayan cometido una infracción penal, prima la valoración conjunta de todas las circunstancias personales que le rodean.

No obstante, en mi opinión, esto no excluye en modo alguno la existencia de circunstancias que eximen o gradúan la responsabilidad criminal del menor. Así, como se ha visto *supra*, en el artículo 5.2 LORRPM se establecen las bases de la responsabilidad penal del menor y se indican las posibles causas que eximen la responsabilidad criminal del menor de edad. Por otra parte, en el artículo 7.3 LORRPM se indican los criterios de valoración y reglas generales de determinación de las medidas. Finalmente el artículo 27 LORRPM hace alusión al informe que el equipo técnico debe valorar a efectos de adoptar la medida más conveniente para el menor infractor. Por tales razones, tal vez cabe la posibilidad de invocar los efectos de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de los arts. 21, 22 y 23 CP, ante el silencio de la LORRPM, cuestión de la que me ocuparé más adelante.

Así, parece que la imputabilidad penal del menor infractor mantiene el mismo fundamento que la del adulto, pero tendrá un referente y destinatario distinto: una ley penal especial (171). La responsabili-

(171) Como expone claramente HIGUERÁ GUIMERÁ, en nuestro país el Derecho penal Juvenil o Derecho penal de Menores, es un Derecho penal especial y es una parte o sector integrante del Derecho penal; HIGUERÁ GUIMERÁ, J. F., *Derecho penal...*, *ob. cit.*, p. 33.. Siguiendo la doctrina alemana enunciada por ALBRECHT (ALBRECHT, P. A., *Derecho penal de menores*. PPU, Traducción de BUSTOS RAMÍREZ, J., Barcelona, 1990, p. 94), y seguida por la doctrina mayoritaria española, el Derecho penal Juvenil es Derecho penal, pero un Derecho penal adaptado o, por mejor decir, especializado para menores de edad y jóvenes delincuentes. Entre otros, ha recogido la cita del alemán: BUSTOS RAMÍREZ, J., *Imputabilidad...*, *ob. cit.*, p. 478; MOVILLA ÁLVAREZ, C., «Jurisdicción de menores y constitución», en VV. AA., *Los problemas del menor inadaptado y marginado socialmente*. Consejo Superior de Protección de Menores, Madrid, 1983, p. 67; CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *La futura...*, *ob. cit.*, p. 214; GARCÍA PÉREZ, O., *Los actuales...*, *ob. cit.*, p. 62; ZAMORANO AGUIRRE, P., «Los jóvenes del siglo XXI: Proyecto de Ley de Justicia Juvenil», en GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E. (Dir.): «Legislación de Menores en el Siglo XXI: análisis de derecho comparado», *Estudios de Derecho Judicial 18*, CGPJ, Madrid,

dad del menor frente al delito será, por tanto, penal –igual a la del adulto– lo que no quiere decir necesariamente que las consecuencias jurídicas sean las mismas.

En conclusión: el menor de catorce años será imputable penalmente conforme a la disposición legal específica para él que regule las consecuencias jurídicas derivadas de la comisión de un delito. No cambia, en suma, el significado concreto de la imputabilidad penal; lo que varía, siguiendo un criterio de especialización, es el marco de referencia legal para el menor infractor (172). Será este marco legal específico el que dote al denominado *Derecho penal de Menores* de

1999, p. 341; GIMÉNEZ SALINAS I COLOMER, E., *La nueva Ley...*, *ob. cit.*, p. 117; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.^a I., *La nueva Ley...*, *ob. cit.*, p. 709; LANDROVE DÍAZ, G., *Derecho penal...*, *ob. cit.*, p. 17; DE URBANO CASTRILLO, E., y DE LA ROSA CORTINA, J. M., *Comentarios a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor*. Aranzadi, Navarra, 2001, p. 45; ALASTUEY DOBÓN, M. C., *El Derecho penal...*, *ob. cit.*, p. 1534; CERVELLÓ DONDERIS, V. y COLÁS TURÉGANO, A., *La responsabilidad...*, pp. 28 y 44; ABEL SOUTO, M., *Las medidas...*, *ob. cit.*, p. 105; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Delincuencia juvenil...*, *ob. cit.*, p. 297 y 298, el mismo autor: «La Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad penal de los Menores: aspectos sustantivos», en VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. y SERRANO TÁRRAGA, M.^a D. (eds.): *Derecho penal juvenil*. 2.^a Ed., Dykinson, 2007, p. 320; DOLZ LAGO, M. J., *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 59; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Artículo 5...*, *ob. cit.*, p. 57; MARTÍN CRUZ, A., *Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad penal por razón de la edad*. Comares, Granada, 2004, p. 309; BARQUÍN SANZ, J., y CANO PAÑOS, M. A., *Justicia penal juvenil...*, *ob. cit.*, pp. 40 y 63; implícitamente, CERVELLÓ DONDERIS, V., *La medida de internamiento en el Derecho penal del menor*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 13 y 19; cabe destacar la opinión de CEZÓN GONZÁLEZ, que distingue entre el antiguo Derecho reformador y el Derecho penal juvenil actual; CEZÓN GONZÁLEZ, C., *La nueva...*, *ob. cit.*, p. 9 ss.; igualmente interesante es la opinión de GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y CUERDA ARNAU, M. L., «Derecho penal de menores: criterios generales de aplicación de las medidas», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., TAMARIT SUMALLA, J. M., y GÓMEZ COLOMER, J. L. (coords.): *Justicia penal de menores y jóvenes (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 80; para quienes «las diferencias entre el Derecho penal de adultos y el Derecho penal de menores, sólo se encuentran en el sistema de consecuencias jurídicas y poco más, al haberse desdeñado la oportunidad de otorgar un tratamiento singular a ciertos aspectos a las reglas de autoría y participación, tentativa, desistimiento, actos preparatorios, error (especialmente el error sobre la ilicitud), imprudencia, comisión por omisión, eximentes y circunstancias modificativas...». En contra, de esta denominación y favorables al Derecho Correccional de Menores, GAJARDO, S., *Protección de menores*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1955, p. 15; FUCHSLOCHER PETERSEN, E., *Derecho de menores. Delincuencia juvenil y menores inadaptados*. Tribunales de menores. Leyes de Protección en Chile. Valparaíso, Chile, 1965, pp. 44-46; y, en España, fundamentalmente: MENDIZÁBAL OSES, en sus obras ya citadas de 1974 y 1977; RÍOS MARTÍN, J. C., *El menor infractor...* *ob. cit.*; BUENO ARÚS, F., en sus obras ya citadas de 1999, 2001, 2003, 2005 y 2006.

(172) Me apoyo en la acertada explicación de De la Cuesta Arzamendi, cuando indica que la edad penal mínima de 18 años «se configura más como un límite perso-

una finalidad y un fondo diferente al de adultos por motivos preventivos y político-criminales (173). Cuestión distinta será la adecuación o no de la *praxis* legislativa utilizada en la *construcción* de este marco de referencia legal a esas finalidades y objetivos.

Este argumento se refuerza si atendemos a lo establecido en la Disposición Final Primera, que establece que «tendrán el carácter de normas supletorias, *para lo no previsto expresamente en esta Ley Orgánica*, en el ámbito sustantivo, el Código Penal y las leyes penales especiales» a la normativa de justicia juvenil. En ausencia de una definición de la imputabilidad especial del menor en la LORRPM y, por tanto, de culpabilidad juvenil, deberá estar a lo que disponga el CP. Sin embargo, la LORRPM sí establece una especialización de la responsabilidad del menor respecto de la del adulto, fruto de las pretensiones correccionales iniciales que parecen haberse quedado progresivamente olvidadas en las sucesivas reformas. Así, en la Exposición de Motivos de la LORRPM se puede leer que «*la responsabilidad penal de los menores presenta frente a la de los adultos un carácter primordial de intervención educativa que trasciende a todos los aspectos de su regulación jurídica y que determina considerables diferencias entre el sentido y el procedimiento de las sanciones en uno y otro sector; sin perjuicio de las garantías comunes a todo justificable*» (EM, I, 4). Sin embargo, obsérvese que se adjetiva la responsabilidad como «penal» y que, a lo sumo, se establece una diferencia no en la imputabilidad del menor en sí misma, sino en las consecuencias jurídicas que derivan de la misma: el procedimiento penal y la sanción aplicable.

Más aún, la propia LORRPM en su artículo 5 al regular las bases de la responsabilidad de los menores parece confirmar tal aproxima-

nal a la aplicación del Código que como propia y verdadera causa de inimputabilidad»; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., *Imputabilidad...*, ob. cit., p. 304.

(173) Vid. NAVARRO FRÍAS, I., *El necesario...*, ob. cit., p. 110; MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, 2011, ob. cit., p. 597; quien ha expresado con sucinta claridad que «Doble es, pues, el fundamento de la actual eximente de minoría de edad. Por una parte, se basa en la suposición de que antes de cierta edad no concurre la imputabilidad. Este aspecto es decisivo respecto a los niños de corta edad. Por otra parte, y respecto a los menores de mayor edad que bien pudieran resultar efectivamente imputables en términos clásicos, se funda en la idea político-criminal de que, pese a ello, es más adecuado para los menores un tratamiento educativo específico que el puro castigo. Esta distinción puede explicar el distinto tratamiento que prevé la Ley de responsabilidad penal del menor para los menores de 14 años (entre los que se incluyen niños verdaderamente inimputables) y para los mayores de esa edad (a los que se reconoce cierta imputabilidad que permite hacerles capaces de una forma especial de responsabilidad penal)». No obstante, como puede apreciarse el autor citado termina por denominar a la responsabilidad penal del menor «especial», cuando, en realidad y siguiendo su exposición, podríamos afirmar que la responsabilidad penal del menor no se diferencia de la del adulto, pero sí lo hacen las consecuencias jurídicas y el procedimiento que derivan de ellas.

ción, al remitirse a las eximentes de la responsabilidad criminal del artículo 20 CP. Por tanto, es fácilmente deducible que la LORRPM establece, si bien de forma bastante parca y remitiéndose a las disposiciones del CP, un régimen de eximentes de la responsabilidad criminal y de medidas de seguridad aplicables, con carácter terapéutico. Por tanto, podrá invocarse durante el procedimiento penal de menores cualesquiera situaciones de inimputabilidad contenidas en la legislación penal de adultos. Tales situaciones deberán ser valoradas exactamente igual que en el caso de un proceso penal de adultos, con la única salvedad de la especial importancia del informe del Equipo Técnico del propio Juzgado (art. 27 LORRPM).

Por otra parte, el sentido literal del artículo 19 CP en ningún caso excluye la imputabilidad penal del menor de edad, ya que establece simplemente que «no serán responsables criminalmente *con arreglo a este Código*», sino que lo harán conforme a una norma especial que regule su responsabilidad penal. Por consiguiente, debemos diferenciar los conceptos de minoría de edad penal y edad de responsabilidad penal del menor. El primero de los conceptos correspondería con la edad mínima de un individuo para ser juzgado conforme al CP de adultos, mientras que el segundo hace alusión a la edad regulada para serlo conforme a una ley penal especial.

Indica Cobos Gómez de Linares que la interpretación literal del artículo 19 CP apoya la imputabilidad penal del menor, toda vez que «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 responsables penal a pesar de que ambos términos deberían usarse de forma indistinta o mejor, desaparecer el primero, ajeno a la tradición legislativa continental» (174).

En definitiva, como puede apreciarse de lo anteriormente expuesto, la cuestión se traslada a la ejecución penal y no al concepto de culpabilidad ni de imputabilidad penal del menor. Lo que varía, en consecuencia, y en cumplimiento del principio de especialidad que informa la legislación penal de menores, es la adopción de un proceso y unas sanciones que, sin renunciar a su naturaleza penal, mantienen un mayor contenido educativo-resocializador, cuya imposición deviene de una verdadera responsabilidad penal del menor de edad (a partir de los catorce años) que no mantiene un fundamento dogmático diferente a la del adulto.

(174) Vid. COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A., *El artículo 19...*, ob. cit., p. 114.

V. INIMPUTABILIDAD PENAL DE LOS MENORES DELINCUENTES. PSIQUIATRÍA Y PSICOLOGÍA CRIMINAL DEL MENOR INFRACTOR: DIAGNÓSTICO Y TIPOLOGÍA

5.1 Eximentes de la responsabilidad criminal en la LORRPM

El artículo 5.1 LORRPM indica expresamente que «*los menores serán responsables con arreglo a esta Ley cuando hayan cometido los hechos a los que se refiere el artículo 1 y no concurra en ellos ninguna de las causas de exención o extinción de la responsabilidad criminal*». El anterior precepto queda completado con lo dispuesto en su numeral segundo «*a los menores en quienes concurran las circunstancias previstas en los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 20 del vigente Código Penal les serán aplicables, en caso necesario, las medidas terapéuticas a las que se refiere el artículo 7.1, letras d) y e)*». Por tanto, es fácilmente deducible que la LORRPM establece, si bien de forma bastante parca y remitiéndose a las disposiciones del CP, un régimen de eximentes de la responsabilidad criminal y de medidas de seguridad aplicables, con carácter terapéutico (175).

Por tanto, podrá invocarse durante el procedimiento penal de menores cualesquiera situaciones de inimputabilidad contenidas en la legislación penal de adultos (176). Tales situaciones deberán ser valoradas exactamente igual que en el caso de un proceso penal de adultos (177), con la única salvedad de la especial importancia del informe del Equipo Técnico del propio Juzgado (art. 27 LORRPM).

El Equipo Técnico se configura como un órgano auxiliar en el proceso (178), un verdadero «tribunal facultativo de oficio», que realiza-

(175) Fundamentalmente, como veíamos en la exposición antes realizada, las contenidas en los artículos 7.1.d) y e) de la LORRPM. En el mismo sentido, *Vid. LACRUZ LÓPEZ, J. M., Minoría de edad penal..., ob. cit., p. 262*. No obstante, respecto a la problemática de la comparativa entre medidas sancionadoras educativas y medidas de seguridad en este punto *Vid. ORNOSA FERNÁNDEZ, M.ª R., Derecho penal..., ob. cit., pp. 190 y 191*.

(176) *Vid. LACRUZ LÓPEZ, J. M., Minoría de edad penal..., ob. cit., p. 261*.

(177) Lo que conlleva la exigencia de peligrosidad criminal del menor inimputable o semimputable; *Vid. CEREZO MIR, J., Curso..., ob. cit., p. 93*; siguiendo al autor citado, *LACRUZ LÓPEZ, J. M., Minoría de edad penal..., ob. cit., p. 262 y nota núm. 70*.

(178) Al respecto, *Vid. DE URBANO CASTRILLO, E., y DE LA ROSA CORTINA, J. M., Comentarios..., ob. cit.*; los mismos autores: La Responsabilidad Penal de los Menores, adaptada a la LO 8/2006, de 4 de diciembre. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007; y, especialmente acerca de la figura del equipo técnico, *DE URBANO CASTRILLO, E., «Los equipos técnicos en la Ley penal del menor», en Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid, núm. 9, 2001, disponible consulta en: www.madrid.org*

ran una suerte de informes periciales con el objetivo de determinar la situación personal del menor. Su función será fundamental para el análisis de las circunstancias personales de menor, entra las que se incluyen (179): 1. La situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social, y en general sobre cualquier otra circunstancia relevante. 2. Propuesta de intervención socio-educativa. 3. Informe sobre la posibilidad de una actividad reparadora o de conciliación con la víctima, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 LORRPM. 4. Propuesta de sobreseimiento.

De este modo, el Equipo Técnico se convierte en el eje sobre el que orbita gran parte del proceso penal de menores. En muchas ocasiones, el Equipo Técnico se convertirá en el mejor aliado de la defensa del menor, puesto que realizará las convenientes indagaciones acerca de su situación psicológica y social. En otras, el letrado del menor deberá intentar refutar lo establecido en el informe del Equipo Técnico, por considerar que la propuesta del mismo no es favorable a sus intereses. Cuestión, esta última, bastante ardua, por cuanto se supone que el Equipo Técnico tendrá siempre en cuenta el interés superior del menor en sus pesquisas y propuestas, por lo que el abogado del infractor y su argumentación bien podrían quedar relegadas a un segundo plano. Se trata de la primacía del interés superior del menor frente al interés del cliente.

En todo caso, una vez elaborado el informe del Equipo Técnico, el Ministerio Fiscal lo remitirá inmediatamente al Juez de Menores y dará copia del mismo al letrado del menor. Por tanto, el letrado del menor podrá complementar el informe (o intentar rebatirlo) acudiendo a aquellas entidades públicas o privadas que trabajen en el ámbito de la educación de menores y conozcan la situación del menor expedientado: colegios, institutos, fundaciones, etc.

5.2 Circunstancias modificativas que atenúan la responsabilidad criminal del menor

Como se expuso en el anterior epígrafe, en la LORRPM no se hace mención expresa a ningún tipo de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (180). Si bien esto es cierto, no lo es menos que en la redacción de algunos preceptos podemos encontrar alusiones a circunstancias que deberán ser valoradas por el Juez de

(179) *Vid.* Artículo 27 LORRPM y artículo 5 Reglamento de la LORRPM.

(180) *Vid.* CERVELLÓ DONDERIS, V., y COLÁS TURÉGANO, A., *La responsabilidad penal...*, *ob. cit.*, p. 85; COLÁS TURÉGANO, A., *Derecho penal...*, *ob. cit.*, p. 204.

Menores y que mantienen una fuerte analogía con las circunstancias de los arts. 21 y 22 CP. Además de ello, hay que tener en cuenta que ante el silencio de la LORRPM se prevé el uso del CP como norma supletoria.

Parece oportuno interpretar que si el Legislador no ha recogido expresamente la posibilidad de aplicar las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal indicadas en el CP a la LORRPM –como si lo ha hecho, sin embargo, con las eximentes y eximentes incompletas (181)– es porque no desea que sean aplicadas al caso de los menores. El fundamento de esta omisión ha sido puesto de manifiesto por algunos autores (182), indicando que la propia naturaleza especial de la norma penal de menores atiende de un modo más individualizado a las circunstancias personales y al interés general del menor. Desde esta perspectiva, la aplicación de una agravante o atenuante puede ser pasada por alto por el Juez de Menores, aunque se cumplan sus requisitos, si va en contra del interés superior del menor.

Es cierto que la LORRPM tiene sus propias reglas para la determinación de las medidas sancionadoras-educativas, fundamentalmente insertas en el artículo 7.3 LORRPM. Sin embargo, en mi opinión, al tratarse de una analogía *pro-reo* y teniendo en cuenta la supletoriedad del Derecho penal común, nada obsta para aplicar las atenuantes del artículo 21 CP. De hecho, nuestra jurisprudencia admite sin reparo alguno la aplicación de eximentes incompletas, que no dejan de ser una modalidad de atenuante.

En efecto, tal y como ha expuesto Ornosá Fernández, respecto a las circunstancias atenuantes hay que tener en cuenta que la doctrina suele admitir la analogía *pro reo*, determinada por el principio de pro-

(181) En efecto, como ya se ha indicado pese a que la LORRPM no hace mención expresa a la figura de los menores semimputables, en este punto tiene carácter supletorio el CP, conforme a lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera; CADENA SERRANO, F. A., *Las medidas de la Ley Reguladora de la Responsabilidad penal del Menor*, en BOLDOVA PASAMAR, M. A. (Ed.): «El nuevo Derecho penal juvenil español (Jornadas sobre la nueva Ley Penal del Menor», celebradas en la Universidad de Zaragoza los días 4, 10 y 11 de mayo de 2001). *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 2002, p. 104; LACRUZ LÓPEZ, J. M., *Minoría de edad penal...*, *ob. cit.*, p. 261 y nota al pie n.º 68. Sin embargo, como indica el último autor citado (pp. 261 y 262) en este caso habrá que estar a lo dispuesto en los artículos 7.3 y 39.1 LORRPM, como cuestiones a tener en cuenta de forma flexible en la determinación de la medida.

(182) *Vid.* CERVELLÓ DONDERIS, V. y COLÁS TURÉGANO, A., *La responsabilidad penal...*, *ob. cit.*, pp. 85 y 86; exponen que conforme a la doctrina plasmada en la STC 36/91, de 14 de febrero, en el Derecho penal de menores está limitada la utilización del catálogo de circunstancias con todo su rigor; *Vid.* COLÁS TURÉGANO, A., *Derecho penal...*, *ob. cit.*, p. 204.

porcionalidad (art. 8 LORRPM), en el artículo 21.6 CP y, sobre todo, indica la autora citada «porque por muy beneficiosa que pueda resultar, en principio, para el menor la medida propuesta para él, siempre deben primar las garantías judiciales, aunque ello suponga la reducción del tiempo de la medida solicitada o incluso que se deba acordar otra de menor gravedad» (183).

Además de ello, como exponen Cervelló Donderís y Colás Turégano, «los jueces de menores en sus valoraciones no están vinculados de manera taxativa a la valoración de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Siendo ello así, cabe no obstante destacar que en la nueva ley se han concedido especial trascendencia a una serie de situaciones que nos recuerdan a dos de las circunstancias modificativas de la responsabilidad relacionadas con el texto punitivo adulto» (184): la reparación del daño y la reincidencia.

En realidad, y pese a que se ha argumentado en contra de esta postura acudiendo a la mayor libertad de criterio del Juez de Menores a la hora de imponer la medida al menor, no se entiende por qué un menor de edad no puede beneficiarse de una rebaja en una medida de internamiento por razón de un estado pasional (185) o, por poner un ejemplo mucho más objetivo, por unas dilaciones indebidas en el procedimiento. Parece que la conquista de derechos y garantías penales en el proceso penal del menor no ha alcanzado aún estas cuestiones.

Sin duda alguna, la especialidad de la LORRPM puede justificar esta laguna, pero contra esto podría argumentarse que el Legislador no ha tenido reparos en establecer algunos criterios que obligan al Juez de Menores a imponer una determinada medida, incluso por un tiempo mínimo, y restar, sin empacho alguno, flexibilidad a ese «libertad de criterio» (186). En Derecho penal, y recordemos que el Derecho penal de menores también lo es, lo que sorprendentemente y en contra del principio de legalidad, se permite *in malam partem*, debe estar permitido, con más razón aún si cabe, para lo positivo (187).

(183) Cfr. ORNOSA FERNÁNDEZ, M.^a R., *Derecho penal...*, *ob. cit.*, p. 189.

(184) Cfr. CERVELLÓ DONDERIS, V. y COLÁS TURÉGANO, A., *La responsabilidad penal...*, *ob. cit.*, p. 87.

(185) Teniendo en cuenta que la delincuencia juvenil se caracteriza por una mayor impulsividad en sus comportamientos delictivos.

(186) *Vid.* CÁMARA ARROYO, S., *Internamiento de menores...*, *ob. cit.*, pp. 551 ss., donde se adjuntan numerosas notas al pie sobre tal cuestión.

(187) Como ocurre, por ejemplo, en el caso de la reincidencia en la LORRPM. Para apreciar la reincidencia, el culpable, al cometer el delito, ha de haber sido ya condenado en sentencia firme por un delito comprendido en el mismo Título del CP, siempre que ambos delitos sean de la misma naturaleza. La inclusión de este requisito planteaba como ha expuesto Aguirre Zamorano, un problema fundamental: es prácti-

En definitiva, y al margen de estas apreciaciones, todo lo más que podría afirmarse es que el Juez de Menores no está acotado a la apreciación de un catálogo cerrado de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal aplicables al menor. Sin embargo, la LORRPM sí que da una mayor primacía a determinadas circunstancias personales –y también objetivas– a la hora de valorar una graduación de la responsabilidad penal.

Me centraré brevemente solamente en aquellas circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal y que podrían hacerse valer en el procedimiento como causas que rebajan la imputabilidad personal del menor:

a) Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal para la determinación de la medida.

– *La edad*: la LORRPM regula una especie de circunstancia mixta (atenúa o agrava) por razón de la edad y madurez del menor. En definitiva, indica el mayor o menor grado de madurez y responsabilidad, así como una diferente situación y perspectivas personales (188). En sus arts. 10.1 y 10.2, la LORRPM establece dos tramos de edad a los que corresponde una diferente penalidad (de los catorce a los quince años y de los dieciséis a los diecisiete). Aunque se trata de una circunstancia objetiva, lo cierto es que en el propio precepto se indica que el Juez deberá valorar también el interés superior del menor, lo que implica, en mi opinión, que también la madurez intelectual del menor puede influir en la cuantía final de la medida a imponer, siempre de los límites que marca el artículo 10 LORRPM.

camente imposible que los menores de dieciocho años tuvieran antecedentes penales; AGUIRRE ZAMORANO, P., *Capítulo III...*, *ob. cit.*, p. 97. Ante esta problemática, la interpretación de la Fiscalía General del Estado, mantenía que «para la apreciación de la reincidencia, a efectos de determinar la extrema gravedad del caso, será suficiente, por tanto y si no se quiere vaciar de contenido la norma, una condena firme anterior dictada de acuerdo con el procedimiento que regula la LORPM; esta interpretación, además, no supone en ningún caso una aplicación analógica de la ley penal, ni siquiera una interpretación extensiva de la misma, ya que el artículo 22 del CP –supletoriamente aplicable– habla de condena ejecutoria por delito, sin especificar el procedimiento en que la misma haya recaído»; Circular 1/2000 de la Fiscalía General del Estado... *cit.* Punto V.3. Sobre esta cuestión, *Vid.* CÁMARA ARROYO, S., *Internamiento de menores...*, *ob. cit.*, p. 554.

(188) *Vid.* CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir.): *La Ley de responsabilidad penal...*, *ob. cit.*, p. 179; CERVELLÓ DONDERIS, V. y COLÁS TURÉGANO, A., *La responsabilidad penal...*, *ob. cit.*, p. 85; COLÁS TURÉGANO, A., *Derecho penal...*, *ob. cit.*, p. 204.

– *Las circunstancias personales, familiares y sociales del menor:* obligan, según criterio doctrinal (189), a ponderar vínculos y realidades familiares, su solidez o conflictividad (con especial atención a las denominadas familias desestructuradas, al maltrato infantil en el núcleo familiar, violencia doméstica, abusos sexuales, etc.) y las sociales, en las que es especialmente importante la relación con los pares según criterios de la Criminología, pero que también tienen en cuenta los hábitos de sociabilidad en los diferentes estadios (sociabilidad primaria en la familia; secundaria en sus relaciones con otros menores en la escuela o en el instituto y terciaria con el mundo de los adultos y sus instituciones), las relaciones sentimentales (190) y su entorno social como factor ecológico (el barrio, los espacios de ocio, etc.).

– *La personalidad, que también implica realizar un juicio de madurez o psicológico.* Los principales criterios de valoración serán el carácter del menor, su equilibrio psicológico (posibles trastornos de la personalidad), salud, y otros factores exógenos que explique la configuración de la personalidad del menor (191).

– *El interés superior del menor,* término que informa toda la LORRPM y, en concreto, también el procedimiento judicial de menores. Se entiende por interés superior del menor que todas las decisiones tomadas en el proceso deben estar orientadas al beneficio último del menor y a las pretensiones de resocialización y reeducación marcadas por la norma.

Este principio se configura como el eje central que informa todo el Derecho penal de menores. Proviene de la redacción del artículo 3.1 CDN y también se reproduce en la Exposición de Motivos

(189) CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir.): *La Ley de responsabilidad penal...*, *ob. cit.*, p. 180; CERVELLÓ DONDERIS, V. y COLÁS TURÉGANO, A., *La responsabilidad penal...*, *ob. cit.*, p. 8; COLÁS TURÉGANO, A., *Derecho penal...*, *ob. cit.*, pp. 204 y 205.

(190) Aunque se trate de menores, debe tenerse en cuenta la proliferación de la denominada violencia de género entre la población juvenil. Al respecto, *Vid.* MILLÁN DE LAS HERAS, M. J., «La jurisdicción de menores ante la violencia de género», en *Revista de Estudios de Juventud*, núm. 86, 2009; PÉREZ DEL CAMPO, A. M., «Las jóvenes frente a la violencia de género», en *Revista de Estudios de Juventud*, núm. 86, 2009; FERNÁNDEZ PANTOJA, P., «Violencia de género: menores víctimas y menores victimarios», en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.) y SUÁREZ LÓPEZ, J. M. (Coord.): *El menor como víctima y victimario de la violencia social (estudio jurídico)*. Dykinson, Madrid, 2010.

(191) *Vid.* CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir.): *La Ley de responsabilidad penal...*, *ob. cit.*, p. 180; CERVELLÓ DONDERIS, V. y COLÁS TURÉGANO, A., *La responsabilidad penal...*, *ob. cit.*, p. 85; COLÁS TURÉGANO, A., *Derecho penal...*, *ob. cit.*, p. 205.

LORRPM (192). Se trata de un concepto jurídico indeterminado, de difícil definición y contenido amplio que pretende otorgar una protección jurídica específica, particularmente intensa, a los menores de edad. Puede ser utilizado de varias formas (193):

- Como elemento de interpretación del sentido y alcance de las normas para menores de edad.
- Como elemento integrador y esclarecedor del resto de los principios del Derecho de Menores.
- Como elemento complementario para suplir posibles lagunas jurídicas.

Algunas de las dudas sobre la interpretación del precepto han sido despejadas recientemente por el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General, núm. 14 de 2013, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial y que define el interés superior del menor como un concepto dinámico que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto. El objetivo del concepto de interés superior del niño es «garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño. La plena aplicación del concepto de interés superior del niño exige adoptar un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren todos los intervinientes, a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas del niño y promover su dignidad humana».

Además de ello, el Comité establece una triple dimensión del concepto de interés superior del menor:

a) *Como derecho sustantivo*: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una

(192) Con el tenor siguiente: «La redacción de la presente Ley Orgánica ha sido conscientemente guiada por los siguientes principios generales: naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad, reconocimiento expreso de todas las garantías que se derivan del respeto de los derechos constitucionales y de las especiales exigencias del interés del menor» (II, 6). Y también, ««En el Derecho penal de menores ha de primar, como elemento determinante del procedimiento y de las medidas que se adopten, el superior interés del menor. Interés que ha de ser valorado con criterios técnicos y no formalistas por equipos de profesionales especializados en el ámbito de las ciencias no jurídicas, sin perjuicio desde luego de adecuar la aplicación de las medidas a principios garantistas generales tan indiscutibles como el principio acusatorio, el principio de defensa o el principio de presunción de inocencia» (II, 7).

(193) Para una aproximación al significado del término y a su contenido práctico, *Vid.* COLÁS TURÉGANO, A., *Derecho penal...*, *ob. cit.*, pp. 85 ss.

cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general.

b) *Como principio jurídico interpretativo fundamental*: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.

c) *Como norma de procedimiento*: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.

b) Circunstancias atenuantes que inciden en el proceso penal de menores.

La LORRPM está dotada de una mayor flexibilidad a la hora de establecer vías alternativas a la imposición de medidas, e incluso a la normalizada continuidad del proceso. La clave de estas prerrogativas se encuentra en el artículo 19 LORRPM y en el nuevo paradigma de la denominada Justicia Restaurativa.

En efecto, entre las ciencias penales que estudian el fenómeno de la delincuencia juvenil cabe destacar, por su especial importancia en el campo del Derecho penal de Menores, la denominada Justicia Restaurativa (o, si se quiere, su especialización: Justicia Juvenil Restaurativa (194)) cuyo concepto es difícil de definir y, desde luego, no es unánime entre los autores que se han ocupado de ella, pero que podríamos conceptualizar desde una perspectiva objetiva como el conjunto de valores, principios, métodos y normas jurídicas de carácter heterogéneo (penal sustantivo, penitenciario, procesal y civil indemnizatorio), que informan y regulan los procesos alternativos o complementarios al procedimiento penal (en lo que se refiere a nuestro objeto de estu-

(194) Vid. CÁMARA ARROYO, S., «Justicia Restaurativa Juvenil», en *La Ley Penal*, núm. 67, 2011, pp. 20-43.

dio, el proceso penal especial de menores) y a las penas y medidas privativas de libertad (lo que incluye también las medidas de internamiento de la LORRPM), así como los medios de reparación del daño, con el objetivo de recuperar tanto al autor como a la víctima del delito para la comunidad social, intentando restaurar el orden social y dando cumplimiento a los principios de resocialización y humanidad que presiden nuestro ordenamiento jurídico penal. La Justicia Restaurativa pone su acento en el estatuto de la víctima (reparación del daño, conciliación, encuentro entre víctima y agresor), pero ofrece también otras vías de resolución de conflictos, ya sean sustitutivas o anexas al proceso penal (círculos, mediación penal y penitenciaria), e incluso a las penas y medidas privativas de libertad (trabajos en beneficio de la comunidad, libertad vigilada, reparación a la víctima, etc.).

Así, pueden distinguirse dos circunstancias que atenúan de un modo especial la responsabilidad penal del menor (195) o que, al menos, desvían el curso normal de actuación procesal.

1. *Conciliación*: el Ministerio Fiscal podrá desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima. Se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas.

2. *Reparación del daño con clara analogía con el artículo 21.5 CP*: si el menor ha asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe. Se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva.

Se exigen, por tanto, algunos requisitos para la aplicación de estas modalidades atenuadas: 1. *Voluntariedad de ambas partes*: no obstante, parece ser que la disposición por parte del menor podría ser valorada positivamente por parte del Juez de Menores, atendiendo particularmente a lo dispuesto en el artículo 19.4 LORRPM. En este sentido, es muy importante el valor que la LORRPM concede al compromiso por parte del menor. Es decir, nuestra legislación valora encarecidamente la predisposición a colaborar y la voluntad positiva del menor. 2. *Valoración de la*

(195) Vid. CERVELLÓ DONDERIS, V. y COLÁS TURÉGANO, A., *La responsabilidad penal...*, ob. cit., pp. 87 ss.; COLÁS TURÉGANO, A., *Derecho penal...*, ob. cit., pp. 206 ss.

gravedad y circunstancias de los hechos: circunstancia objetiva de dudosa validez si atendemos a que lo más importante es el interés superior del menor. 3. *Falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos*: suele ser habitual en los delitos cometidos por jóvenes que exista una mayor agresividad, lo que no debe traducirse en absoluto en una mayor peligrosidad o gravedad del hecho. En cualquier caso, el precepto adjetiva la violencia o intimidación como «grave», pero deja sin definir esta cuestión que quedará sometida a valoración por parte del Ministerio Fiscal y el Juez de Menores.

5.3 Tipologías de delinquentes juveniles conforme a su responsabilidad criminal

Siguiendo a Herrero Herrero (196), a los sujetos activos de la delincuencia de menores, al igual que a los adultos, cabe analizarlos desde su dimensión «individualizada» y desde su vertiente «grupal», cuando participan en el delito de forma colectiva o en bandas.

En el presente epígrafe me ocuparé exclusivamente de la primera de las categorías, dejando la siguiente a los estudios dedicados a las bandas juveniles que, por su importancia dentro de la delincuencia juvenil, merece un mayor desarrollo.

Vaya por delante que las tipologías de delinquentes son una generalización aproximada, fruto de la observación empírica de diferentes grupos de sujetos que mantienen unas características comunes. Cada delincuente juvenil es un sujeto singular, cuyas circunstancias personales pueden ser únicas y, por tanto, todos los supuestos se deberán tener en cuenta de modo completamente singularizado. Además de ello, debemos comprender que existen muchos prejuicios alrededor de la figura del joven delincuente, hasta tal punto que García-Pablos asegura que el estereotipo del joven delincuente es una elucubración injusta en términos tan generales: «encuestas de victimización y trabajos empíricos sobre el problema del miedo al delito constatan un dato objetivo: la sociedad asocia al joven –más que al adulto– la imagen de delincuente. La juventud es uno de los rasgos característicos del delincuente –tipo, del perfil de éste. La sociedad teme, sobre todo, al joven. Estadísticamente, sin embargo, tales estereotipos carecen de justificación, del mismo modo que tampoco cuenta con respaldo empírico el temor que inspira el joven» (197).

(196) Vid. HERRERO HERRERO, C., *Delincuencia de menores...*, *ob. cit.*, p. 93.

(197) Vid. GARCÍA-PABLOS, A., *Presupuestos...*, *ob. cit.*, p. 268.

Las clasificaciones y tipologías de delincuentes quizás se encuentren ya algo obsoletas, pues pertenecen a un modo de clasificación propio de la Criminología clásica, preocupada por la escrupulosa aplicación de los criterios de las ciencias del comportamiento y por otorgar una gran atención al empirismo científico (positivismo y determinismo). También es habitual encontrar algunas tipologías de delincuentes juveniles desde el modelo interaccionista de la criminología, sobre todo en lo concerniente a las tesis del etiquetamiento («desviación», «labelling approach», «reacción social») (198). No obstante, como indica Herrero Herrero, «puede decirse que las tipologías sobre delincuentes son legítimas siempre que las mismas se fundamenten en características (externas e internas) generalizables a distintos delincuentes (biotipo, temperamento, registros delictivos, *modus operandi*...), pero sabiendo que, al fin y al cabo, cada delincuente es inintercambiable como ser humano que es» (199).

Fundamentalmente, podemos clasificar a los delincuentes juveniles en dos grandes categorías que parten de criterios atinentes a la personalidad o a factores de corte psico-social (200).

5.4 Menores delincuentes con anormalidad patológica

Se trata de una categoría de menores definida por algún tipo de patología psiquiátrica (psicosis, neurosis, enfermedades orgánicas, etc.), es decir, en esta clase de menores la comisión de hechos delictivos vendría definida por una anomalía psiquiátrica diagnosticada. En algunos supuestos, estos menores podrán ser considerados como inimputables, puesto que el trastorno psiquiátrico que padecen puede impedirles comprender el injusto realizado o comportarse conforme a dicha comprensión. No obstante, en otros supuestos, al igual que ocurre con los adultos psicópatas, la anomalía patológica solamente afectará a su voluntad, y no al conocimiento de la realidad criminal, de tal modo que podrán ser considerados plenamente imputables. Para los primeros, será posible la imposición de medidas puramente terapéuticas (tratamiento ambulatorio, internamiento terapéutico), con base en la peligrosidad, que actuarán a modo de medidas de seguridad.

(198) Vid. JIMÉNEZ CUBERO, F., «Tipos de menores delincuentes», en VV. AA., *Niños y Jóvenes criminales*. Prevención. Tipología. Procedimiento y Derecho correccional de menores. Medidas y Ejecución. Comares, Granada, 1995, p. 49.

(199) Cfr. HERRERO HERRERO, C., *Delincuencia de menores...*, *ob. cit.*, p. 93.

(200) Vid. HERRERO HERRERO, C., *Delincuencia de menores...*, *ob. cit.*, pp. 94 ss.

Dentro de esta categoría general se incluirían los menores delincuentes afectados por una psicosis.

Entre las psicosis, Herrero Herrero ha destacado la presencia entre los menores delincuentes de algunas formas de esquizofrenia (201): la esquizofrenia simple y la hebefrénica.

En efecto, desde Kraepelin, que la denominaba «*Dementia Praecox*» (202), la esquizofrenia se ha tenido por una enfermedad mental precoz, cuyo comienzo temprano afecta principalmente a la criminalidad juvenil. Su significado semántico proviene del término *skizēb-phrenos*, que viene a significar «*mente escindida*» (203). Según se expone en la Clasificación Internacional de las Enfermedades Mentales (CIE-10), la esquizofrenia «se caracteriza por distorsiones fundamentales y típicas de la percepción, del pensamiento y de las emociones, estas últimas en forma de embotamiento o falta de adecuación de las mismas. En general, se conservan tanto la claridad de la conciencia como la capacidad intelectual, aunque con el paso del tiempo pueden presentarse déficits cognoscitivos. El trastorno compromete las funciones esenciales que dan a la persona normal la vivencia de su individualidad, singularidad y dominio de sí misma». Por tanto, la esquizofrenia afecta al componente volitivo de la imputabilidad, pues aunque el enfermo mantenga un alto grado de inteligencia, difícilmente podrá abstenerse de actuar de otro modo diferente del que erróneamente percibe:

«El enfermo cree que sus pensamientos, sentimientos y actos más íntimos son conocidos o compartidos por otros y pueden presentarse ideas delirantes en torno a la existencia de fuerzas naturales o sobrenaturales capaces de influir, de forma a menudo bizarra, en los actos y pensamientos del individuo afectado. Este se siente el centro de todo lo que sucede. Son frecuentes las alucinaciones, especialmente las auditivas, que pueden comentar la propia conducta o los pensamientos propios del enfermo. Suelen presentarse además otros trastornos de la percepción: los colores o los sonidos pueden parecer excesivamente vividos o tener sus cualidades y características alteradas y detalles irrelevantes de hechos cotidianos pueden parecer más importantes que la situación u objeto principal. La perplejidad es frecuente ya desde el comienzo, la cual suele acompañarse de la creencia de que las situaciones cotidianas tienen un significado especial, por lo general siniestro y dirigido contra el propio enfermo. En el trastorno del pensamiento característico de la esquizofrenia los aspectos periféricos e irrelevantes de un concepto, que en la actividad mental normal están soterrados, afloran a la superficie y son utiliza-

(201) Vid. HERRERO HERRERO, C., *Delincuencia de menores...*, ob. cit., p. 95.

(202) Vid. KRAEPELIN, E., *Clínica psiquiátrica*. S. Calleja, Madrid, 1905.

(203) Vid. BLEUBER, E., *Tratado de psiquiatría*. Calpe, Madrid, 1924.

dos en lugar de los elementos pertinentes y adecuados para la situación. Así el pensamiento se vuelve vago, elíptico y oscuro y su expresión verbal es a veces incomprensible. Son frecuentes los bloques e interpolaciones en el curso del pensamiento y el enfermo puede estar convencido de que un agente extraño está grabando sus pensamientos.»

Aunque dentro del grupo de las esquizofrenias existen múltiples subcategorías (paranoide, catatónica, etc.) nos centraremos en las dos categorías antes citadas, por ser las que más pueden afectar a la comisión de hechos delictivos por parte de menores de edad.

La primera de ellas, la simple, puede aparecer en la adolescencia de manera súbita, imprevista, produciendo un deterioro en las capacidades intelectivas y volitivas del menor, debilitando su autocontrol e inhibición. Se caracteriza habitualmente por «un comportamiento extravagante, de una incapacidad para satisfacer las demandas de la vida social y de una disminución del rendimiento en general. No hay evidencia de alucinaciones y ni de ideas delirantes y el trastorno es no tan claramente psicótico como los tipos hebefrénico, paranoide y catatónico» (CIE-10). Como consecuencia de ello, el menor puede llegar a realizar hechos delictivos graves, tendentes a comportamientos agresivos (lesiones, injurias, agresiones, etc.).

La hebefrénica (hebe es igual a juvenil) es característica de personas jóvenes y suele significar una mayor desconexión con la realidad, pudiendo llegar a ocasionar alucinaciones ópticas (imágenes) o fonéticas (sonidos). Los menores afectados por esta patología pueden llegar a cometer hechos delictivos arrumbados por el imperativo de estas alucinaciones. Según el CIE-10, la esquizofrenia hebefrénica es «una forma de esquizofrenia en la que los trastornos afectivos son importantes, las ideas delirantes y las alucinaciones son transitorias y fragmentarias y es frecuente el comportamiento irresponsable e imprevisible y los manierismos. La afectividad es superficial e inadecuada y se acompaña con frecuencia de risas insulsas o sonrisas absortas como de satisfacción de sí mismo, de un modo despectivo de actuar, de muecas, manierismos, burlas, quejas hipocondriacas y de frases repetitivas. El pensamiento aparece desorganizado y el lenguaje es divagatorio e incoherente. Hay una tendencia a permanecer solitario y el comportamiento carece de propósito y de resonancia afectiva. Esta forma de esquizofrenia comienza por lo general entre los 15 y los 25 años de edad y tiene un pronóstico malo por la rápida aparición de síntomas negativos, en especial de embotamiento afectivo y de abulia. Además de las alteraciones afectivas y de la voluntad, destaca el trastorno del pensamiento. Pueden aparecer alucinaciones e ideas

delirantes pero no son predominantes». En efecto, «el comportamiento esquizofrénico, generalmente se encuentra acorde con su actividad delirante-alucinatoria, pudiendo manifestar conductas agresivas y en alguna ocasión realizar actos delictivos y criminales» (204).

Según relata Jiménez Cubero, en el aspecto delictógeno, estas modalidades de esquizofrenia infantil, si bien no demasiado frecuentes, pueden derivar en ilícitos penales especialmente graves y brutales: «el hecho delictivo se caracteriza por la estructura mórbida del crimen, su carácter forzado en la ejecución, el estilo provocador de la defensa o la confesión, la incomprendibilidad de los motivos, su carencia de significación y como dice Lacan: la compulsión por una fuerza a la que es imposible resistir» y que en Criminología psicoanalítica constituyen los momentos fecundos del delirio, presidido todo por la indiferencia afectiva» (205).

Respecto a la afamada esquizofrenia paranoide, cabe también destacar su influencia en las conductas delictivas (206), puesto que se trata del cuadro clínico esquizoide más frecuente en todo el mundo, caracterizado por «las ideas delirantes relativamente estables, a menudo paranoides, que suelen acompañarse de alucinaciones, en especial de tipo auditivo y de otros trastornos de la percepción» (CIE-10). No obstante, el desarrollo de la esquizofrenia paranoide es más tardío que en el caso de la simple o hebefrénica, por lo que suele ser más habitual en sujetos adultos.

Es frecuente tanto en los trastornos psíquicos como las esquizofrenias que éstas se manifiesten en distintas fases de intensidad, lo cual será trascendente en sede de la culpabilidad, pudiendo darse la comisión de hechos delictivos en fases en las que las capacidades intelectual y volitiva del menor no se encuentren completamente eliminadas (semiminimputabilidad por eximente incompleta) o en aquellas denominadas fases de crisis, en las que la afección psiquiátrica será determinante (eximente completa de la responsabilidad criminal).

Respecto a los desencadenantes de esta patología en los menores de edad, Leal Medina ha indicado que uno de estos factores ambientales más comunes está relacionado con los malos tratos sufridos por el sujeto a edades tempranas: «abusos sexuales, abandono familiar, atentar de

(204) Cfr. CASAS BARQUERO, N., «Criminalidad de las psicosis esquizofrénicas», en VV. AA., *Estudios penales y jurídicos*. Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero. Universidad de Córdoba, Córdoba, 1997, p. 155.

(205) Vid. JIMÉNEZ CUBERO, F., *Tipos de menores...*, ob. cit., p. 71.

(206) Así, expone CASAS BARQUERO, «son principalmente los delirios de auto-referencia o persecución, donde el sujeto está firmemente convencido de que le vigilan o van a hacerle daño, lo que le va a motivar un determinado comportamiento»; CASAS BARQUERO, N., *Criminalidad...*, ob. cit., p. 155.

manera continuada contra la integridad física y psíquica del menor, o no dotarle de los medios y atenciones imprescindibles durante los primeros años de vida, en la pubertad o incluso en la juventud, es motivo suficiente para generar por sí un trastorno mental en el sujeto, que puede llevarle a una pobreza emocional, a una falta de comunicación o de atrófia sentimental, lo que unido a otras circunstancias y síntomas como la inseguridad, la hipersensibilidad a las críticas o la fobia social, sobre todo en pacientes con trastornos esquizoafectivos, que son los que muestran los indicios psicóticos más acusados, pueden sentar las bases para una conducta futura violenta» (207). Asimismo, se ha establecido una relación entre las aceleraciones de pensamiento que padece el esquizofrénico con los malos tratos infantiles (208).

Otro factor importante señalado por el autor antes citado es el consumo de alcohol y estupefacientes, pues el abuso prolongado de estas sustancias puede llegar a ocasionar enfermedades mentales (209), impidiendo al individuo controlar los impulsos violentos sobre todo en los más jóvenes, y un deterioro neuronal significativo, frustrando, por la muerte de muchas células nerviosas que organizan y vertebran la estructura mental, la llegada de información a las diversas áreas del cerebro donde se ubican el raciocinio y el juicio (210).

También en esta categoría general se encontrarían los menores delincuentes psicópatas. Las formas de psicopatía se caracterizan por la incapacidad del sujeto que la padece para manifestar emociones y alguna clase de empatía, no sufriendo las inhibiciones (211) derivadas de la relación afectiva con sus semejantes. Habitualmente, las psicopatías no afectan a la inteligencia del sujeto, que suele mostrar unas aptitudes elevadas para el engaño y la manipulación («depredadores sociales»). Tal falta de rasgos emocionales suele resultar en comportamiento antisociales que pueden llegar a mostrar gran crueldad y saña, por lo que se ha denominado a esta clase de delincuentes –tanto adultos como menores de edad–, conocidos por su frialdad, como «psicópatas amorales» (Prichard) o

(207) Cfr. LEAL MEDINA, J., «Derecho penal y enfermedad mental. Un análisis particular del trastorno esquizofrénico. Causas que lo explican y relación de sentido entre brote psicótico y delito», en *Diario La Ley*, núm. 7543, Año XXXII, 2011.

(208) Vid. GRISOLIA, S., *Factores psicobiológicos, Violencia y psicopatía*. Ariel, Barcelona, 2000, p. 123

(209) Vid. CANGAS DÍAZ, A. J. y OLIVENCIA LORENZO, J. J., «Alteraciones de la personalidad asociadas a las conductas adictivas», en *Apuntes de Psicología*, vol. 30, núm. 1, 2012, pp. 305-310.

(210) Vid. LEAL MEDINA, J., *Derecho penal y enfermedad mental...*, *ob. cit.*

(211) Expone Herrero Herrero que la psicopatía «le dificulta intensamente, o le impide, inhibirse respecto de conductas o comportamientos contrarios a las normas»; HERRERO HERRERO, C., *Delincuencia de menores...*, *ob. cit.*, p. 96.

«desalmados» (Schneider). En estos casos, los menores no reconocerán el sufrimiento ajeno, ni se sentirán identificados con sus pares.

Debemos tener en cuenta, no obstante, que la psicopatía, tanto en menores como en adultos, es un fenómeno patológico poco común y «que los rasgos psicopáticos en sí no implican un comportamiento agresivo o delictivo, sino que más bien son una ausencia de barreras –conciencia– para aquella persona que tenga tales tendencias» (212).

El concepto de psicópata es diferente de la patología conocida como sociopatía (trastorno de personalidad antisocial), con el que conductualmente puedan mostrar similitudes. Se trata de «una patología de índole psíquica, que deriva en que las personas que la padecen pierden la noción de la importancia de las normas sociales, como son las leyes y los derechos individuales. Se puede detectar antes de los 15 años una sintomatología similar, pero no tan acentuada, conocida como el trastorno disocial de la personalidad» (213).

En lo referente al diagnóstico y tratamiento de los jóvenes delincuentes psicópatas, los menores psicópatas se muestran más difíciles en el trato que los niños que no sufren esta patología: son más traviosos, agresivos, manipuladores y mentirosos, pero, sobre todo, menos susceptibles a la influencia y a las instrucciones, mostrándose desafiantes ante la autoridad y los límites de la tolerancia social (214). La Dr. Martín, explica algunas pautas para su pronto diagnóstico. Así, «en los primeros años de la escuela se acentúan ciertas señales: Mentiras repetitivas, despreocupadas y aparentemente inconscientes; indiferencia aparente o incapacidad para entender frente a los sentimientos, esperanzas y dolor de los demás; desafían a los padres, a los profesores, y en general, a las normas; están continuamente metidos en problemas y no se responsabilizan frente a las reprimendas y amenazas de castigos; roban a otros niños y a los padres» (215).

El DSM-IV (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders) no establece ninguna categoría que recoja todos los detalles de la personalidad psicopática en niños adolescentes. Describe una clase de Trastornos de la Alteración de la Conducta caracterizados por un comportamiento socialmente destructivo.

(212) Vid. HARE, ROBERT. D., *Sin Conciencia: el inquietante mundo de los psicópatas que nos rodean*. Piados, Barcelona, 2003.

(213) Vid. LÓPEZ-IBOR ALIÑO, J. J. y VALDÉS MIYAR, M. (Dir.): *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*. Texto revisado. Masson, Barcelona, 2002.

(214) Al respecto, Vid. ROMERO TRIÑANES, E.; LUENGO MARTÍN, M. A.; GÓMEZ FRAGUELA, J. A.; SOBRAL FERNÁNDEZ, J., y VILLAR TORRES, P., «Evaluación de la psicopatía infanto-juvenil: estudio en un muestra de niños institucionalizados», en *Anuario de psicología jurídica*, núm. 15, 2005, pp. 23-37.

(215) Vid. MARTÍN, M. S., en www.psicologiaespecial.com.ar.

Respecto al tratamiento de los menores psicópatas, es palpable la dificultad de establecer una adecuada respuesta. En cualquier caso, indican Jordá y Besteiro que «los jóvenes que desarrollan el rasgo de la psicopatía requieren procesos más intensos de aprendizaje en estadios muy iniciales de su infancia. Así, se llega a tres conclusiones principales:

1. La relevancia de la pronta detección e intervención, lo que, lógicamente, implica la clara necesidad de estudios relacionados con la psicopatía en menores, tanto adolescentes como niños pequeños.

2. La mayor efectividad en tratamientos que cumplan una serie de características: intensivos, estructurados, cognitivo-conductuales, multimodales y que cubran las necesidades criminogénicas y estilos de aprendizaje individual.

3. La aceptación de la psicopatía como rasgo esencial de la personalidad, no tratando de cambiarla si no de focalizarse en los déficits en materia social» (216).

El principal problema de la intervención con menores psicópatas en el ámbito del Derecho penal Juvenil es la ineficacia del castigo penal. El menor delincuente psicópata no suele ser motivable por las medidas educativo-sancionadoras habituales. Como advierten Halty et Al., «resulta muy complicado socializar a un niño que no es capaz de aprender del castigo, que no procesa de la misma manera que los demás las expresiones emocionales de los otros asociadas a la tristeza o al miedo y que, por lo tanto, no tiene los frenos naturales para su comportamiento. (...) El hecho de que los niños con este tipo de problemas emocionales y de comportamiento tengan estas dificultades de socialización requiere medidas diferentes. Es preciso encontrar la manera de conseguir que estos sujetos sigan las normas y, por lo tanto, saber qué técnicas de disciplina son las más adecuadas para lograr que los niños internalicen la norma» (217). Sobre esta última cuestión, los autores citados destacan la obra de Kochanska (218), en la que resalta dos elementos relevantes: primero, da importancia a factores del temperamento por parte del niño, como la dimensión de temor, ya que se ha encontrado que los niños con niveles altos en esta dimensión mues-

(216) Vid. JORDÁ, S. C. y BESTEIRO Y. I., «La psicopatía en menores infractores: retos para su investigación e intervención», en *Revista Criminalidad*, núm. 55 (3), 2013, p. 277.

(217) Cfr. HALTY, L.; MARTÍNEZ, A.; REQUENA, C.; SANTOS, J. M., y ORTIZ T., «Psicopatía en niños y adolescentes: modelos, teorías y últimas investigaciones», en *Revista de Neurología*, núm. 52, Supl. 1, 2011, p. 25.

(218) Vid. KOCHANSKA G., «Multiple pathways to conscience for children with different temperaments: from toddlerhood to age 5», en *Developmental Psychology*, núm. 33, 1997 228 ss.

tran niveles altos en el desarrollo de la consciencia, es decir, resulta más fácil socializarlos y que lleguen a internalizar la norma. Y, segundo, enfatiza la idea de que las diferentes prácticas de socialización por parte de los progenitores pueden provocar diferencias a la hora de internalizar la norma. Por lo tanto, es importante desarrollar estrategias de socialización que no estén basadas en inducir al niño miedo o ansiedad, ya que hay niños que por temperamento no son capaces de experimentar estas sensaciones.

También dentro de las patologías que pueden afectar a los menores como agente criminógeno, nos encontramos con las neurosis. Según explica Herrero Herrero, los menores infractores que sufren esta patología sufren «una grave perturbación o trastorno relevante del psiquismo, de carácter no constitucional, sino sobrevenido, manifestado en desórdenes conductuales» (219). Por tanto, la neurosis se distancia de las patologías antes mencionadas en su origen, pues tiene su origen en un trauma externo (fracaso escolar, profesional, amoroso, frustración, situaciones de abandono o muerte de seres queridos, exceso de disciplina, etc.).

En cuanto al aspecto criminológico, expone el autor precitado que el neurótico «cambia angustia por delito. Trata de hacer desaparecer, o al menos amortiguar, su consciente situación de angustia, nacida del complejo de culpabilidad, procediendo a cometer delitos (injurias, calumnias, robos, hurtos...) con el fin de que se le castigue. No oculta, por ello, los indicios de su autoría o participación en ellos. Esto vale también para los menores neuróticos que, por lo demás, son muchos menos que los adultos» (220). Es lo que Jiménez Cubero denomina mecanismo de la conversión, pues lo que se busca en última instancia con el delito es la sanción, lo que depara al menor placer y vergüenza al mismo tiempo (221). Será determinante en el diagnóstico, por tanto, la observancia de un complejo de «culpabilidad» del menor.

Finalmente, otros trastornos psicológicos menos graves pueden llevar al menor a cometer hechos delictivos. Entre ellos, por el sujeto objeto de estudio –el menor de edad– debemos destacar la tipología de los jóvenes delincuentes por autorreferencias sublimadas de la realidad. Se trata, siguiendo nuevamente a Herrero Herrero, de menores en los que se da la confluencia de predisposiciones psicobiológicas (excesiva fantasía, mala orientación psicopedagógica, etc.) que los llevan a «vivir fuera de la realidad» (222). En conjunción con otras patologías más graves puede resultar en conductas peligrosas (crimen del

(219) Cfr. HERRERO HERRERO, C., *Delincuencia de menores...*, ob. cit., p. 96.

(220) Vid. HERRERO HERRERO, C., *Delincuencia de menores...*, ob. cit., p. 96.

(221) Vid. JIMÉNEZ CUBERO, F., *Tipos de menores...*, ob. cit., pp. 65 y 66.

(222) Vid. HERRERO HERRERO, C., *Delincuencia de menores...*, ob. cit., p. 97.

«juego de rol», «asesinato de la katana»). En realidad, debemos tener en cuenta que en estos supuestos primará fundamentalmente la mala praxis en la dirección educativa y psicológica ejercida por el menor y no las aficiones a los juegos y fantasías propias de su edad.

Jiménez Cubero también se refiere a esta tipología de menores delincuentes, si bien la intitula de forma técnica como menores delincuentes por trastorno disociativo (de conversión) transitorio de la infancia o la adolescencia (también conocido, tras la obra de Girard, como bovarismo en referencia al fantasioso personaje de Madame Bovary, si bien en nuestro caso valdría un símil más patrio con el hidalgo Don Quijote de la Mancha). Según expone el autor precitado, estos menores llevan al extremo sus fantasías y juegos (que configurarían un proceso psicológico completamente normal y sano) hasta el punto de cometer delitos o desarrollar patologías más graves, como el trastorno de personalidad múltiple (223).

5.5 Menores delincuentes con anormalidad no patológica (224)

Dentro de esta tipología, podemos encontrar distintas categorías siendo las más relevantes (225): los menores delincuentes con trastorno de la personalidad antisocial, los menores delincuentes con trastorno límite de la personalidad (borderline), los menores delincuentes con reacción de huida, y los menores delincuentes con reacción asocial agresiva.

Como explica Román Pérez, por su frecuencia y estadística, las dos primeras categorías mantienen un mayor alto índice de prevalencia e importancia médico-legal (226).

(223) Vid. JIMÉNEZ CUBERO, F., *Tipos de menores...*, *ob. cit.*, pp. 67 y 68.

(224) Aunque seguimos la clasificación general de la obra de Herrero Herrero, lo cierto es que algunas de las categorías que el autor incluye en este epígrafe son perfectamente trasladables, a mi juicio, al anterior, puesto que se configuran como verdaderas patologías psiquiátricas que afectan a los menores de edad con especial intensidad. Tal es el caso del trastorno de la personalidad antisocial, que ha sido someramente tratado en el epígrafe anterior para diferenciarlo de los psicópatas. No obstante, ambas categorías mantienen una diferenciación clara respecto al origen de la patología: somático en el primer caso, conductual o psicológico en el segundo.

(225) Vid. NAVARRO PARDO, E.; MELÉNDEZ MORAL, J. C.; SALES GALÁN, A., y SANCERNI BEITIA, M.^a D., «Desarrollo infantil y adolescente: trastornos mentales más frecuentes en función de la edad y el género», en *Psicothema*, vol. 24, núm. 3, 2012, pp. 377-383.

(226) Vid. ROMÁN PÉREZ, O., «Perfil del menor infractor. Aspectos médico legales», en BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. y CRUZ BLANCA, M. J. (Dirs.): *El Derecho penal de menores a debate*. Dykinson, Madrid, 2010, p. 245.

Según indica el CIE-10, los trastornos de la personalidad son anomalías graves del carácter constitutivo y de las tendencias comportamentales del individuo, que normalmente afectan a varios aspectos de la personalidad y que casi siempre se acompañan de alteraciones personales y sociales considerables. Los trastornos de la personalidad tienden a presentarse en la infancia y adolescencia y a persistir durante la edad adulta. Por ello es probable que un diagnóstico de trastorno de personalidad sea adecuado antes de los dieciséis o diecisiete años. A diferencia de las anomalías patológicas, los trastornos de la personalidad requieren la presencia de una alteración de la personalidad no directamente atribuible a una lesión o enfermedad cerebral importante, o a otros trastornos psiquiátricos.

Esta categoría incluiría a aquellos menores delincuentes con un importante déficit de socialización, que suele derivar en un enfrentamiento directo con la sociedad (227).

Los menores con trastorno antisocial (disocial) de la personalidad muestran unas características excepcionales desde el punto de vista conductual (del comportamiento): hiperactividad, excitabilidad, ausencia de sentimientos de culpa, fracaso escolar, crueldad, dificultades de comunicación, etc. (228). Habitualmente, no es posible aislar un único factor que lleva al desarrollo de esta personalidad atípica, siendo su aparición resultado de un proceso en el que se da una pluralidad de factores.

Así, es posible distinguir entre factores ambientales (aquellos externos al menor y que provienen de su ámbito social) y personales (229) (intrínsecos al menor), o predisponentes (base congénita, ausencia de autoridad paterna) y actualizantes (230) (permanente abandono, situación de riesgo social, desviación de la socialización primaria). Asimismo, han sido tradicionalmente dos modelos los que han intentado explicar esta clase de trastorno de la personalidad: el biológico o médico (se ha ocupado del estudio de la herencia genética, lo orgánico, neuropsicológico) y el psicológico (conductismo, neoconductismo, cognitivismo, neuropsicológico).

Se trata de un trastorno que provoca un constante alejamiento de las normas sociales, siendo el tipo de personalidad anómala que más frecuentemente se encuentra entre los jóvenes delincuentes (231).

(227) Vid. JIMÉNEZ CUBERO, F., *Tipos de menores...*, ob. cit., p. 51.

(228) Vid. HERRERO HERRERO, C., *Delincuencia de menores...*, ob. cit., p. 98.

(229) Vid. ROMÁN PÉREZ, O., *Perfil del menor...*, ob. cit., p. 246.

(230) Vid. JIMÉNEZ CUBERO, F., *Tipos de menores...*, ob. cit., pp. 53 y 54; HERRERO HERRERO, C., *Delincuencia de menores...*, ob. cit., pp. 99 y 100.

(231) Vid. ROMÁN PÉREZ, O., *Perfil del menor...*, ob. cit., p. 246.

Según explica el CIE-10 trata de un trastorno de personalidad que, normalmente, llama la atención debido a la gran disparidad entre las normas sociales prevalecientes y su comportamiento; está caracterizado por:

1. Cruel despreocupación por los sentimientos de los demás y falta de capacidad de empatía.
2. Actitud marcada y persistente de irresponsabilidad y despreocupación por las normas, reglas y obligaciones sociales.
3. Incapacidad para mantener relaciones personales duraderas.
4. Muy baja tolerancia a la frustración o bajo umbral para descargas de agresividad, dando incluso lugar a un comportamiento violento.
5. Incapacidad para sentir culpa y para aprender de la experiencia, en particular del castigo.
6. Marcada predisposición a culpar a los demás o a ofrecer racionalizaciones verosímiles del comportamiento conflictivo.
7. Puede presentarse también irritabilidad persistente. La presencia de un trastorno disocial durante la infancia y adolescencia (sobre todo a partir de los quince años) puede apoyar el diagnóstico, aunque no tiene por qué haberse presentado siempre.

Desde el punto de vista criminológico, Román Pérez sugiere que la propensión a la conducta delincuente podría justificarse, para estos menores, en el déficit de autocontrol, pues son tendentes a querer tener el placer de disfrutar de sus deseos cuando ellos lo requieran («aquí y ahora»). Según el autor citado, los delitos cometidos por estos menores presenta tres rasgos propios: precocidad de los actos delictivos, falta de sentimientos de culpa y reincidencia de la conducta delictual (232).

En la revisión frecuente del Manual de la American Psychiatric Association, el DSM-V, se incluyen los criterios de diagnóstico para la detección de este trastorno de la personalidad delictógeno (233), con el tenor siguiente:

Un patrón general de desprecio y violación de los derechos de los demás, que se producen desde los 15 años de edad, como se indica por tres (o más) de los siguientes indicios:

1. Si no se ajustan a las normas sociales en lo que respecta al comportamiento legal, como lo indica perpetrar repetidamente actos que son

(232) Vid. ROMÁN PÉREZ, O., *Perfil del menor...*, ob. cit., pp. 247 y 248.

(233) Anteriores criterios del DSM-III pueden encontrarse recopilados en JIMÉNEZ CUBERO, F., *Tipos de menores...*, ob. cit., p. 52.

motivo de detención. En este sentido, expone Jiménez Cubero, estos menores delincuentes «son incapaces de aprovechar la experiencia como un todo y tropiezan una y mil veces con la misma piedra» (234).

2. El engaño, la mentira repetida, el uso de alias, estafar a otros para beneficio personal o por placer.

3. Impulsividad o incapacidad para planificar el futuro.

4. Irritabilidad y agresividad, caracterizados por peleas físicas repetidas o agresiones.

5. Temerario desprecio por la seguridad propia o de otros.

6. Irresponsabilidad consistente, según lo indicado por la incapacidad de mantener una ocupación o comportamiento constante y estable o cumplir las obligaciones financieras.

7. Falta de remordimientos, como lo indica la indiferencia o la justificación del haber dañado, maltratado o robado a otros.

8. El individuo tiene menos de dieciocho años de edad.

9. Hay evidencia de trastorno de conducta con inicio antes de los quince años.

10. La aparición de comportamiento antisocial no es exclusivamente durante el curso de la esquizofrenia o el trastorno bipolar.

Por otra parte, los menores delincuentes con reacción asocial agresiva manifiestan su comportamiento de forma explosiva (reacciones en corto-circuito), de tal modo que su respuesta ante determinados estímulos no pasa por la capa racional-reflexiva del individuo (235). Se caracterizan por mostrar una gran frustración y una extraordinaria sensibilidad, emitiendo respuestas muy agresivas y desproporcionadas (insultos, agresiones, etc.).

Según explica Jiménez Cubero, siguiendo a autores como Meeks y Aichhorn, el origen de este trastorno de la personalidad puede deberse a un marcado rechazo paterno desde la primera infancia (privación de afecto, severo conflicto con los padres, maltrato, etc.) o, por el contrario, por una hiper-protección irreal. Estos menores no habrían conocido un modelo coherente de disciplina, y muestran una gran dependencia hacia las figuras paternas adultas (236). Sus conductas suelen ser fruto de una gran frustración y se manifiestan a través de descontroladas rabietas, insultos, agresiones, vengatividad y destructividad. Muestran, en líneas generales, grandes dificultades para mantener el autocontrol, incluso desde una perspectiva fisiológica, por ejemplo, suelen sufrir de incontinencia urinaria.

(234) Vid. JIMÉNEZ CUBERO, F., *Tipos de menores...*, ob. cit., pp. 51 y 52.

(235) Vid. HERRERO HERRERO, C., *Delincuencia de menores...*, ob. cit., p. 101.

(236) Vid. JIMÉNEZ CUBERO, F., *Tipos de menores...*, ob. cit., p. 55.

Como ya hemos comentado, a diferencia del trastorno antisocial de la personalidad, la agresividad del menor rara vez se encuentra encaminada a la obtención de un beneficio, éxito o placer concreto, sino más bien se trata de una respuesta dirigida a obtener cierto control de la situación (237) (ante la falta de autocontrol, se busca con la agresión «ser el dueño de la situación»).

Otra categoría cercana a la del menor delincuente sociópata (trastorno de la personalidad antisocial), es la del menor delincuente con trastorno narcisista de la personalidad (238). Según indica el citado Manual de Diagnóstico, los menores con trastorno de personalidad antisocial y trastorno narcisista de la personalidad comparten una tendencia a ser obstinados, simplistas, superficiales, explotadores, y carecen de empatía. Sin embargo, el trastorno narcisista de la personalidad no incluye características de la impulsividad, la agresión y el engaño. Además, las personas con trastorno antisocial de la personalidad no suelen ser tan necesitados de la admiración y la envidia de los demás.

Según expone Cuello Contreras (239), el trastorno narcisista de la personalidad en menores infractores se caracteriza principalmente por el hecho de que debido a no haber sido enseñado el niño en la primera infancia por la madre a controlar el impulso de satisfacer inmediatamente las necesidades, aplazándolo en la confianza de que aquélla las atenderá después, se desarrolla una tendencia a sustituir a la madre ausente en el momento en que la necesitó para adquirir seguridad en sí mismo, con otros objetos que la suplan, como, por ejemplo, la propia grandiosidad. Los individuos con trastorno de personalidad narcisista anhelan la atención de los demás y, por lo general, quieren elogios por su «superioridad».

Según el DSM V, los principales hitos para diagnosticar correctamente este trastorno de la personalidad son los siguientes:

Un patrón general de grandiosidad (fantasía o comportamiento real), necesidad de admiración y falta de empatía, como lo indican cinco (o más) de los siguientes requisitos:

(237) Vid. JIMÉNEZ CUBERO, F., *Tipos de menores...*, ob. cit., p. 56.

(238) Vid. HEREDIA MARTÍNEZ, F., «La personalidad narcisista. Aspectos clínicos, psicoanalíticos y médico legales», en *La Ley Penal*, núm. 100, 2013.

(239) Vid. CUELLO CONTRERAS, J., *Reflexiones...*, ob. cit., p. 128; el mismo autor: «Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad del menor y su tratamiento educativo. Con una aportación al tratamiento de delincuentes jóvenes con trastorno narcisista de la personalidad», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 12-01, 2010.

1. Tiene un grandioso sentido de la propia importancia (exagera los logros y talentos, espera ser reconocido como superior sin logros acordes).
2. Está preocupado por fantasías de éxito ilimitado, poder, brillantez, belleza o amor ideal.
3. Considera que él o ella es «especial» y único y sólo puede ser comprendido por, o debería asociarse exclusivamente con, otras personas especiales o de alto estatus.
4. Requiere admiración excesiva.
5. Tiene un sentido de titularidad (*Entitlement*), es decir, unas expectativas poco razonables de trato favorable por el mero hecho de ser quien es o conformidad automática con sus expectativas.
6. Es interpersonalmente explotador, lo que quiere decir que se aprovecha de otros para lograr sus propios fines.
7. Carece de empatía: no está dispuesto a reconocer o identificarse con los sentimientos y necesidades de los demás.
8. Es a menudo envidia de los demás o cree que los otros son envidiosos de él o ella.
9. Muestra comportamientos o actitudes arrogantes.

Desde el punto de vista delictivo, los menores infractores con trastorno narcisista de la personalidad suelen tender a imponerse a otros, a los que consideran inferiores, y pueden llegar a cometer agresiones al reaccionar de manera soberbia e impetuosa. Las injurias y calumnias, con la intención de desprestigiar a otros, suelen ser frecuentes.

Los individuos con trastorno antisocial de la personalidad y el trastorno de personalidad histriónica pueden compartir una tendencia a ser impulsivos, superficiales, imprudentes, seductores y manipuladores, pero las personas con trastorno histriónico de la personalidad tienden a ser más exagerados en sus emociones y no se involucran en conductas antisociales. Las personas con trastornos de la personalidad histriónica y borderline son manipuladores para ganarse el favor de los padres, mientras que las personas con trastorno de personalidad antisocial son manipuladoras para obtener beneficios, poder o alguna otra gratificación material. Los individuos con trastorno antisocial de la personalidad tienden a ser menos inestables emocionalmente y más agresivos que las personas con trastorno límite de la personalidad. Aunque el comportamiento antisocial puede estar presente en algunos individuos con trastorno paranoide de la personalidad, no es por lo general motivado por un deseo de ganancia personal o para explotar a los demás como en el trastorno antisocial de la personalidad, sino que es más a menudo atribuible a un deseo de venganza.

Acerca del tratamiento de los menores infractores con trastorno antisocial de la personalidad, requieren una observación constante, con un gran esfuerzo por establecer relaciones amistosas, sin emplear ninguna presión (240). En ocasiones el internamiento es la única solución debido al importante grado de desocialización de estos menores, e incluso la separación con la familia. La paciencia del personal facultativo será puesta a prueba por el menor, que constantemente se enfrentará con cualquier imposición que venga de otro.

En cuanto a los menores delincuentes con trastorno límite o borderline de la personalidad, «la conducta delictiva de la personalidad borderline se centra en la falta de control de los impulsos. Desde el punto de vista de la imputabilidad, parece fuera de toda discusión que la anormalidad psíquica de dichas personas ha de provocar, en un principio, atenuación de la pena» (241).

El DSM-V recoge algunos criterios de diagnóstico que pueden ayudar a distinguir este trastorno de la personalidad, como sigue:

Un patrón general de inestabilidad en las relaciones interpersonales que afecta a la autoimagen, marcada impulsividad, comenzando en una edad temprana y continuando en la edad adulta en una gran variedad de contextos, como lo indican cinco (o más) de los siguientes criterios:

1. Esfuerzos frenéticos para evitar un abandono real o imaginado (no incluye comportamientos suicidas o de automutilación que se recogen en el Criterio 5).
2. Un patrón de relaciones interpersonales inestables e intensas caracterizado por la alternancia entre los extremos de idealización y devaluación.
3. Perturbación de la identidad: acusada y persistentemente inestable autoimagen o sentido de sí mismo.
4. Impulsividad en al menos dos áreas que son potencialmente dañinas para sí mismo (por ejemplo, el sexo, abuso de sustancias, conducción temeraria, atracones de comida).
5. Comportamiento suicida recurrente, gestos o amenazas, o comportamiento de automutilación.
6. Inestabilidad afectiva debida a una notable reactividad del estado de ánimo (por ejemplo, episodios de intensa disforia, irritabilidad o ansiedad, que suelen durar unas horas y rara vez más de unos pocos días).
7. Sentimientos crónicos de vacío.

(240) Vid. JIMÉNEZ CUBERO, F., *Tipos de menores...*, ob. cit., p. 57.

(241) Cfr. ROMÁN PÉREZ, O., *Perfil del menor...*, ob. cit., p. 250.

8. Comportamientos inapropiados, ira intensa o dificultades para controlar la ira (por ejemplo, muestras frecuentes de mal genio, enfado constante, peleas físicas recurrentes).

9. Estados de ánimo transitorios, ideación paranoide relacionada con el estrés o síntomas disociativos graves.

Los menores delincuentes con reacción de huida comparten algunos antecedentes con aquéllos que sufren un trastorno asocial agresivo de la personalidad: el rechazo o abandono paterno. No obstante, explica Jiménez Cubero, mientras que los primeros responden con la huida, los segundo, como ya hemos visto, lo hacen mediante la agresión (242). Si bien el abandono del hogar es uno de los requisitos principales del diagnóstico de esta clase de delincuentes juveniles, hay que entender que a diferencia de las meras escapadas, «el menor con reacción de huida, psicológicamente débil, elige la huida sin plazos (...) como finalidad. No se está aquí, pues ante la huida ocasional (aventurera) no, tampoco ante el simple vagabundeó» (243). El alejamiento del hogar debe ser reiterado, como patrón conductual propio de esta tipología (244).

Estos niños y jóvenes muestran aversión hacia su hogar, principalmente debido a la asociación con malas experiencias o situaciones de desestructuración familiar. De este modo, el menor huye del mal ambiente que se ha generado en su propio hogar. Las fugas son, precisamente, las fases de crisis del trastorno de la personalidad de reacción de huida.

Según advierte Jiménez Cubero, «es difícil su tratamiento, cuando sea posible se debe intentar mejorar el ambiente familiar y de no conseguirlo se debe trasladar al niño a una atmósfera más adecuada. Hay que fomentar su autoconfianza y las relaciones con los demás. No hay que esperar rápidos progresos, puestos estos niños presentan un grado de privación emocional como no se encuentra en el resto de la psicopatología humana» (245).

En el aspecto criminológico, la huida del hogar lleva a estos menores a cometer habitualmente pequeños hurtos, tienen tendencia a unirse con otros menores que se encuentran su misma situación y a actuar como «delincuentes pasivos» (no suelen verse involucrados en delitos violentos), por lo que son un blanco fácil para los grupos de delincuencia organizada, que habitualmente los reclutan (246).

(242) Vid. JIMÉNEZ CUBERO, F., *Tipos de menores...*, ob. cit., p. 57.

(243) Cfr. HERRERO HERRERO, C., *Delincuencia de menores...*, ob. cit., p. 101.

(244) Vid. JIMÉNEZ CUBERO, F., *Tipos de menores...*, ob. cit., p. 57.

(245) Cfr. JIMÉNEZ CUBERO, F., *Tipos de menores...*, ob. cit., p. 58.

(246) Vid. HERRERO HERRERO, C., *Delincuencia de menores...*, ob. cit., pp. 101 y 102.

El principal problema a la hora de tener en cuenta los trastornos de la personalidad en el caso de los menores delincuentes es que habitualmente, pese a la gravedad de algunos casos y la mayor afectación que suponen a estas tempranas edades, no suponen una merma absoluta de la imputabilidad penal (247). Sobre esta cuestión, también la jurisprudencia del TS ha mantenido criterios dispares (248), de tal modo que en el caso de los menores de edad, una vez corroborado el pertinente informe psicológico del Equipo Técnico (249), lo más pertinente sería estimar una importante merma en la responsabilidad penal del menor en los casos más graves (tratamiento terapéutico), siempre que el trastorno tenga relación directa con el hecho delictivo (250), y, en los supuestos leves, lo lógico es que también afectara a la duración de la medida sancionadora educativa, como si de una atenuante analógica se tratara, o activara alguno de los aspectos terapéuticos de la LORRPM, como la imposición de medidas complementarias de tratamiento ambulatorio (251).

(247) La doctrina jurisprudencial otorga una relevancia relativa a los trastornos de la personalidad y estima que su influencia en la imputabilidad penal no responde a una regla general; *Vid.* STS 831/2001, de 14 de mayo.

(248) Las SSTS 2177/2002, de 23 de diciembre, y 1377/2011, de 19 de diciembre, consideran que los trastornos de personalidad y las psicopatías pueden ser consideradas dentro del artículo 20.1 del Código Penal. La STS 696/2004, considera que los trastornos de personalidad no calificados de graves o asociados a otras patologías relevantes pueden ser objeto de una atenuación simple. La STS 1363/2003 considera que, por lo general, los trastornos de personalidad se valoran como atenuantes analógicas, y la STS 588/2010, de 22 de junio, añade que además puede ser valorada como eximente incompleta. Sin embargo, el ATS 1508/2012, de 28 de julio, en el que se discute un caso de trastorno narcisista de personalidad, considera que no ha lugar a la eximente incompleta del artículo 21 del CP. La STS 1363/2003, de 23 de octubre, reserva esta última calificación en los supuestos de un trastorno de personalidad grave asociados a otras patologías. La STS 879/2005 recoge que los trastornos de personalidad que influyan en la conducta delictiva pueden ser calificados como atenuantes analógicas, reservando la eximente incompleta cuando el trastorno es de especial gravedad o está asociado a otras anomalías: consumo de tóxicos: alcoholismo agudo o crónico, toxicomanía, u otras alteraciones, oligofrenia en grados iniciales, histeria, etc. Al respecto, *Vid.* HEREDIA MARTÍNEZ, F., *La personalidad narcisista...*, *ob. cit.*

(249) La STS 7788/2009, de 11 de diciembre, establece la necesidad de acreditar los trastornos de la personalidad mediante exámenes médicos.

(250) *Vid.* SSTS 51/2003, de 20 enero y 25/2004, de 26 de febrero.

(251) Sobre esta cuestión, una de las principales problemáticas es la de la voluntariedad del tratamiento ambulatorio de los menores semimputables; *Vid.* Díez GARCÍA, H., «La protección de menores en conflicto social son conductas disruptivas, inadaptadas o antisociales», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 24, 2010, p. 217; sobre la voluntariedad del tratamiento terapéutico en la LORRPM, *Vid.* CÁMARA ARROYO, S., *Internamiento de menores...*, *ob. cit.*, pp. 623 ss.

5.6 Menores delincuentes con rasgos de la personalidad estadísticamente normales o próximos a la normalidad

La mayoría de los delincuentes menores de edad no muestran en su personalidad ningún rasgo anómalo o patológico. Se trata de individuos, desde el punto de vista psicológico, completamente «normales» (252).

Tal conclusión, que puede parecer bastante obvia en términos actuales, no ha sido siempre objeto de consenso. Como he tenido oportunidad de comentar con anterioridad desde el modelo tutelar en muchas ocasiones los menores de edad delincuentes eran tratados como sujetos enajenados, inimputables, o que sufrían alguna patología del comportamiento («enfermedad social»). En definitiva, muchos de los delitos cometidos por menores de edad pueden explicarse por «contenidos de socialización» (253), esto es, por la confluencia de determinados factores de riesgo que los llevan a cometer hechos delictivos. Ciertamente, ello no es incompatible con ciertas cuestiones de índole biológico.

Entre los múltiples ejemplos que podemos encontrar sobre tipologías delictivas de «normalidad» en las que los menores de edad pueden participar, Herrero Herrero destaca las siguientes (254):

1. Los que llevan a cabo actos de simple vandalismo.
2. Los que cometen robos, hurtos y pequeños fraudes por motivos de autoafirmación personal ante los demás y prestigio.
3. Los que cometen delitos contra la propiedad o el patrimonio, contra la libertad e indemnidad sexual de las personas, mostrando tendencias hedonistas basadas en el «placer» a toda costa.
4. Los que delinquen por falta de control social formal o informal.
5. Los menores que delinquen por aprendizaje directo e imitación.
6. Los menores que delinquen para satisfacer apetencias consumistas.
7. Los menores que delinquen cometiendo malos tratos, agresiones, lesiones, abusos sexuales, etc. por haber sido víctimas primero. Sobre esta cuestión, Jiménez Cubero admite como una tipología de menores infractores a aquellos que delinquen como reacción de interacción entre el delincuente y la víctima (255). Ciertamente, la victimación primaria es un demostrado factor de riesgo para la comisión de determinados crímenes (malos tratos, crímenes contra la libertad e indemnidad sexual, etc.).

(252) Vid. HERRERO HERRERO, C., *Delincuencia de menores...*, ob. cit., p. 102.

(253) Vid. HERRERO HERRERO, C., *Delincuencia de menores...*, ob. cit., p. 103.

(254) Vid. HERRERO HERRERO, C., *Delincuencia de menores...*, ob. cit., pp. 104-106.

(255) Vid. JIMÉNEZ CUBERO, F., *Tipos de menores...*, ob. cit., pp. 62 ss.

8. Los que delinquen efectuando tráfico de estupefacientes por enriquecimiento (ánimo de lucro).

9. Los que delinquen a través de las nuevas posibilidades abiertas por las nuevas tecnologías: piratería, daños informáticos, falsificación, etc.

Otras clasificaciones de menores infractores «normales», hoy superadas, se basaban en los factores de inadaptación social, la constitución individual del menor e incluso en su estamento social (factores ambientales). Así, Sabater Tomás recogía la pretérita clasificación de Mendoza, que distinguía entre (256):

Tipología de la delincuencia juvenil de Mendoza por constitución individual:

1. El gamberro energúmeno: aquél que ostenta poder y coraje extraordinarios. Impetuoso e impulsivo. Muestra rasgos de asocialidad respecto a la familia. Era considerado un pre-delincuente.

2. El gamberro ocioso: improductivo y vago. Muestra signos de inadaptación social.

3. El gamberro sádico: muestra signos de antisocialidad, sobre todo en referencia al sexo opuesto (delincuencia sexual).

4. El gamberro embustero: completamente socializado, suele participar en delitos patrimoniales (estafas, robos, hurtos, etc.).

Tipología de la delincuencia juvenil de Mendoza por factores ambientales:

1. El gamberro campesino: no presenta demasiada actividad delictual, debido principalmente a que se encuentra alejado de las ciudades, principales focos de la criminalidad juvenil.

2. El gamberro proletario: se trata de jóvenes con graves problemas de socialización (factores de riesgo de exclusión social), provenientes de barrios empobrecidos y adscritos a ideologías radicales. Fundamentalmente, participan en disturbios y motines callejeros.

3. El gamberro burgués: muestra problemas socialización, normalmente debidos a un exceso de protección y permisividad.

4. El gamberro intelectual: muestra oposición al régimen político y participa en focos de contracultura.

Como puede apreciarse, actualmente estas categorías –baste con decir que el término «gamberro» era aquí sustitutivo de delincuente juvenil o menor inadaptado– han sido completamente abandonadas. Sin embargo, pueden ayudarnos a comprender la amplitud del fenómeno de la delincuencia juvenil, siendo algunos de los factores

(256) Vid. SABATER TOMÁS, A., *Juventud inadaptada...*, *ob. cit.*, pp. 16 y 17.

ambientales aún útiles al estudio. Así, no hace demasiado tiempo se creía que la delincuencia juvenil era un fenómeno localizado en las clases sociales más bajas, cuando en realidad, es un proceso que puede afectar a todo el espectro social (257). En este sentido, como ha expuesto De la Cuesta Aguado, «es lugar común afirmar que la trascendencia de los delitos cometidos por los jóvenes de clases sociales deprimidas o marginales tienen distinta proyección social que los realizados por jóvenes de clases sociales acomodadas» (258).

En este sentido, es posible afirmar la existencia de una tipología de menores delincuentes según rasgos sociográficos. Sobre esta cuestión, ha expuesto Herrero Herrero que «las tipologías de menores delincuentes no son, pues, desde el punto de vista sociológico, privativas de menores marcados por la pobreza física y cultural, sino también las integradas, de forma muy notable, por el resto de las clases sociales. (...) Tan sólo añadir (...) que estos menores, delincuentes de las clases medias y, sobre todo, medias altas, difieren de los otros, al menos en parte, por su orientación delictiva. Y es que los delitos más complejos o sofisticados por su contenido o formas de comisión, o que requieren, para hacerse presentes, capacidad notable de ideación y planificación, gran iniciativa y liderazgo, conocimientos electrónicos o técnicos y la posesión de los medios adecuados para convertirlos en reales, no pueden ser llevados a cabo, precisamente, por jóvenes desocializados» (259). No deja de ser un dato curioso que, atendiendo a la población criminal juvenil, observemos cierta polarización de la misma: tanto las clases más bajas como las clases media-alta suelen mostrar una mayor población de delincuencia juvenil.

Otra interesante clasificación puede encontrarse en la obra de Gibbons, en la que se distinguen inicialmente 14 tipos de delincuentes juveniles (260) que, posteriormente, en un trabajo más maduro, serán reducidos a 9. La clasificación quedaría sintetizada en las siguientes categorías (261):

(257) Así, por ejemplo, en nuestra doctrina, Ríos Martín sostiene que «los menores infractores forman parte de la infancia marginada. Es necesario ahondar en el estudio de sociológico del proceso de exclusión social de los estratos sociales más pobres»; RÍOS MARTÍN, J. C., *El menor...*, *ob. cit.*, pp. 33 ss.

(258) Cfr. DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *Delincuencia Juvenil: características y tipología*, en NAVARRO GUZMÁN, J. I. y RUIZ RODRÍGUEZ, L. R. (coord.): *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, 2004, p. 261.

(259) Cfr. HERRERO HERRERO, C., *Delincuencia de menores...*, *ob. cit.*, p. 109.

(260) GIBBONS, D. C., «Problems and Prospects of Delinquent Typology», en *Sociological Inquiry*, vol. 32, 1962, pp. 235-244.

(261) Vid. GIBBONS, D. C., *Delincuentes juveniles y criminales. Su tratamiento y rehabilitación*. Fondo de Cultura Económica, México, 1965, pp. 109 ss.

1. El pandillero ladrón: frecuentemente asociado a otros jóvenes, con los que conforma bandas. Propenso a la delincuencia vandálica y a los delitos contra la propiedad. Normalmente, pertenece a la clase obrera y vive en entornos urbanos.

2. El pandillero pendenciero: también inclinado a la asociación grupal y el vagabundeo. Su delincuencia se caracteriza por las luchas con otros grupos de la calle.

3. El pandillero casual: se mantiene en la periferia de las operaciones de las bandas juveniles, siendo su participación en la delincuencia juvenil grupal esporádica e intermitente. Son delincuentes ocasionales.

4. El delincuente casual no pandillero: no pertenece a ningún grupo. Aunque puede asociarse temporalmente con otros (cómplices), muestra inclinación a cometer delitos de modo individualista.

5. El ladrón de automóviles («paseador escandaloso»): se dedican principalmente al robo de automóviles, no con afán de lucro, sino para participar en festejos y carreras de vehículos. Suelen tener una personalidad «libertina» y «desenfadada». No se consideran a sí mismos delincuentes y pueden llegar a mostrar un alto índice de socialización.

6. El drogadicto: aunque muchos jóvenes delincuentes se inician en el mundo de las drogas blandas, esta categoría la integraría los jóvenes infractores que consumen drogas que atentan gravemente contra la salud (heroína, cocaína) y cuya grave adicción influye en su trayectoria criminal. Su único propósito es conseguir dinero para proporcionarse la droga que necesitan.

7. El agresivo de peligrosidad extrema («matón»): jóvenes delincuentes agresivos que inician agresiones sin motivo aparente. Pueden padecer un trastorno antisocial de la personalidad.

8. La joven delincuente: las menores delinquen en una proporción muy baja respecto a los menores infractores. La mayor parte de sus «delitos» son, en realidad, «*status offenses*» relacionados con comportamientos inmorales (prostitución, exhibicionismo y actitud obscena, rechazo a la autoridad).

9. El delincuente juvenil psicópata con una predisposición obsesiva: esta categoría viene a ser, en palabras del autor precitado, «un casillero donde incluir al resto de trasgresores que perpetran delitos extravagantes de carácter individualista y casi siempre de un orden grave (...). Los trasgresores aquí incluidos suelen recibir a menudo un diagnóstico clínico de neuróticos o de pre-psicópatas» (262).

(262) Vid. GIBBONS, D. C., *Delincuentes juveniles...*, ob. cit., p. 133.

Desde una perspectiva sociológica, los grupos del 1 al 4 concentran la delincuencia grupal, mientras que las categorías 4 y 5 muestran dos formas de delincuencia que predominan entre los menores de clase media. Los tipos restantes no parecen estar vinculados a ninguna clasificación sociológica en particular, y pueden encuadrarse en factores psicológicos o patológicos (psicopatía, peligrosidad extrema) y puramente biológicos (delincuencia juvenil femenina).

También desde una vertiente puramente sociológica, aunque introduciendo importantes factores atinentes al control social de la delincuencia juvenil, encontramos una clasificación más moderna en el trabajo de De la Cuesta Aguado, que entiende que, para establecer una tipología de delincuentes juveniles, sería precisa una primera división entre menores infractores que son frecuentemente detectados por los medios de control social y delincuentes que difícilmente son detectados por los medios de control social y pasan a engrosar la cifra negra de la criminalidad juvenil (263).

Así, podríamos establecer dos tipos de delincuentes juveniles:

1. Los que aparecen con reiteración en las estadísticas oficiales, caracterizados por:

a) Su extracción social entre grupos sociales económicamente más deprimidos.

b) Marginalidad.

c) Fracaso escolar y escasa formación profesional.

d) Desarraigo familiar.

e) Altos índices de drogadicción.

2. Los que no aparecen en las estadísticas criminales.

a) Delincuencia de «fin de semana» entre estudiantes.

b) La delincuencia juvenil contra la propiedad intelectual e industrial (nuevas tecnologías, pirateo, hackers, etc.).

c) Delincuencia en las aulas (violencia escolar, *bullying*).

d) Violencia en el ámbito familiar y violencia de género entre jóvenes.

e) Vandalismo lúdico (pintadas, daños menores contra la propiedad).

Esta tipología nos lleva inevitablemente a la posibilidad de realizar una última clasificación de los delincuentes juveniles basada, no en factores psico-sociales, sino en las distintas tipologías de delitos que estos jóvenes infractores pueden llegar a cometer. De este modo,

(263) Vid. DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *Delincuencia juvenil...*, ob. cit., pp. 264 ss.

será posible agrupar categorías delictuales por el delito cometido (264). Cada una de estas tipologías delictivas tendrá unas características propias y comunes, de tal forma que el menor que cometa un determinado tipo de delitos posiblemente mostrará un carácter, situación personal-social y *modus operandi* muy similar a otros que también hayan perpetrado esta clase de infracciones.

(264) Vid. COLÁS TURÉGANO, A., *Derecho penal...*, *ob. cit.*, pp. 34 ss.