

Universidad de Sevilla

Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología

MÁSTER DE ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PENAL

**LA CAPACIDAD DE
CULPABILIDAD DEL
MENOR**

Alfredo Romero Tena

ÍNDICE

LA IMPUTABILIDAD O CAPACIDAD DE CULPABILIDAD

1. La capacidad de autodeterminación o libertad de la voluntad.
2. Las diversas teorías sobre la capacidad de motivación:
 - 2.1. La capacidad de motivación:
 - 2.1.1. La posición de Gimbernat Ordeig.
 - 2.1.2. La tesis de Muñoz Conde.
 - 2.2. La capacidad normal de motivación: la postura de Mir Puig.

LAS APORTACIONES DE LA PSICOLOGÍA ACTUAL A LOS FUNDAMENTOS DE LA CAPACIDAD DE CULPABILIDAD EN ATENCIÓN A LA EDAD DEL SUJETO

1. El elemento intelectual de la capacidad de culpabilidad: la capacidad de comprensión social y legal.
 - 1.1. Inexistencia de comprensión social y legal durante la niñez.
 - 1.2. La capacidad atenuada de comprensión social y legal durante la adolescencia.
 - 1.3. La capacidad plena de comprensión social y legal del adulto.
 - 1.4. Conclusiones.
2. El elemento volitivo de la capacidad de culpabilidad: la capacidad de autodeterminar la voluntad.
 - 2.1. Ausencia de capacidad en el niño para autodeterminar su voluntad.
 - 2.2. La capacidad disminuida del adolescente para autodeterminar su voluntad.
 - 2.3. La capacidad plena del adulto para autodeterminar su voluntad.
3. La capacidad de culpabilidad como capacidad de autodeterminación o libertad de la voluntad.

3.1. Explicación psicológica y validación del concepto de capacidad de culpabilidad aceptado mayoritariamente por los penalistas:

3.1.1. La capacidad de culpabilidad como capacidad de comprender en carácter ilícito de la conducta y de actuar conforme a dicha comprensión.

3.1.2. Elementos de la capacidad de culpabilidad:

3.1.2.1. El elemento intelectual: la capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta.

3.1.2.2. El elemento volitivo: la capacidad de actuar de acuerdo a la comprensión del carácter ilícito de la conducta.

3.2. Grado de capacidad de culpabilidad por razón de la edad conforme a las aportaciones de la Psicología moderna.

3.2.1. La inexistencia de capacidad de culpabilidad en el menor de doce años.

3.2.2. La capacidad de culpabilidad insuficiente del mayor de doce años y menor de catorce.

3.2.3. La capacidad de culpabilidad disminuida del menor entre catorce y dieciocho años.

3.2.4. La capacidad de culpabilidad (¿disminuida?) del semiadulto de más de dieciocho años y menor de veinte años.

3.2.5. La capacidad de culpabilidad plena del adulto mayor de veinte años.

LA CAPACIDAD DE CULPABILIDAD EN EL VIGENTE DERECHO PENAL ESPAÑOL

LA CAPACIDAD DE CULPABILIDAD Y SU FUNDAMENTO EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995

1. La capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta y de actuar conforme a dicha comprensión.
2. La minoría de edad penal.
3. Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad en el actual Código penal.
 - 3.1. La capacidad de motivación.
 - 3.2. La capacidad de autodeterminación y de motivación.
 - 3.3. La capacidad de autodeterminación.

3.4. Graduación de la capacidad plena de autodeterminación.

LA CAPACIDAD DE CULPABILIDAD DISMINUIDA DEL MENOR Y SU FUNDAMENTO EN LA LORRPM DE 2000

1. Antecedentes inmediatos de la LORRPM.
2. Naturaleza jurídica de la LORRPM:
 - 2.1. Naturaleza formalmente penal.
 - 2.2. Naturaleza materialmente penal.
3. La incapacidad de culpabilidad del menor de catorce años.
4. La capacidad de culpabilidad disminuida del menor.

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

LA IMPUTABILIDAD O CAPACIDAD DE CULPABILIDAD

En la lengua castellana, como apunta JIMÉNEZ DE ASÚA¹, “la voz imputabilidad significa *calidad de imputable*, así como imputable es *que se puede imputar*. Según este jurista, la expresión imputabilidad tiene dos acepciones: la primera como calidad de los objetos o actos de ser atribuidos, y la segunda, como capacidad del agente para que se le puedan cargar en su cuenta las acciones u omisiones realizadas. Señala JIMÉNEZ DE ASÚA que la imputabilidad, conforme a esas dos concepciones tiene un doble significado: uno, como atribuibilidad de las acciones al agente que las produjo; otro, como capacidad para que le sean atribuidos los actos que perpetra.

En la actualidad, una vez que se impone el concepto personal de lo injusto, básicamente por influencia de la Dogmática jurídicopenal alemana, la doctrina mayoritaria española comienza a sustituir el término imputabilidad por el de capacidad de culpabilidad², concepción que alude directamente a la facultad subjetiva del sujeto para que se le pueda atribuir su componente antijurídico. Los autores que se suman a esta corriente doctrinal se caracterizan por concebir la imputabilidad o capacidad de culpabilidad como la capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta y de obrar conforme a ese entendimiento.

Por otro lado, dentro de la Dogmática jurídicopenal española existe otro importante sector caracterizado por conceptualizar la imputabilidad como capacidad del sujeto para ser motivado o normalmente motivado por los mandatos normativos, en concreto, mediante la norma penal que amenaza con una pena su incumplimiento para

¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal. La Culpabilidad*, tomo V, 3ª ed., Porrúa, Buenos Aires, págs. 70-81.

² Entre otros, interpretan la imputabilidad como capacidad de culpabilidad: CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho penal español, parte general III. Teoría jurídica del Delito/2*, pág. 50. CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Sobre la imputabilidad en Derecho penal español, en Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1993. Págs. 12-13. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*. Tirant lo Blanch, 1990. Pág. 90.

que se inhiba de incumplirla por temor al castigo³. MUÑOZ CONDE, F. dice que se llama imputabilidad o, más modernamente, capacidad de culpabilidad, al conjunto de *facultades psíquicas y físicas mínimas requeridas para poder ser motivado en sus actos por los mandatos normativos*. Además, este autor plantea la capacidad del sujeto para inhibirse del cumplimiento de las normas penales de la siguiente manera: *la norma penal se dirige a individuos capaces de motivarse en su comportamiento por los mandatos normativos. Lo importante no es que el individuo pueda elegir entre varios haceres posibles; lo importante es que la norma penal le motiva con sus mandatos y prohibiciones para que se abstenga de realizar uno de esos varios haceres posibles que es precisamente el que la norma prohíbe con la amenaza de la pena*.

En relación al entendimiento de la imputabilidad como capacidad normal de motivación, MIR PUIG, S.⁴ matiza el carácter de *normalidad* de la capacidad de motivación, pues señala que la imputabilidad debe definirse en función de la *normalidad motivacional del sujeto*.

Merece mención, también, la postura de los autores que pretenden sustituir la culpabilidad como presupuesto de la pena, defendiendo su aplicación únicamente cuando sean necesaria por razones de prevención general o especial. Según esta corriente doctrinal, la capacidad psíquica que debe poseer el sujeto para obedecer los mandatos normativos es la misma capacidad para ser motivado por la norma penal señalada anteriormente⁵.

De acuerdo con estas modernas concepciones de la imputabilidad, se entiende que la capacidad que ha de concurrir en una persona para que pueda atribuírsele los actos que realiza no es capacidad de acción, ni jurídica de deber, ni de pena, sino que para unos es la capacidad de comprender la ilicitud del hecho y de actuar conforme a

³ Sostienen la noción de la imputabilidad como capacidad de motivación, entre otros: MUÑOZ CONDE, F. en F. MUÑOZ CONDE Y M. GCÍA. ARÁN. *Derecho Penal, parte general*, 8ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, págs. 361 ss.

⁴ MIR PUIG, S. *Derecho penal, parte general*. 7ª ed. Barcelona, Reppertor, 2006, págs. 556 ss.

⁵ GIMBERNAT ORDEIG, E. *El sistema de Derecho penal en la actualidad en Estudios de Derecho penal*, 3ª ed. Madrid, Tecnos, 1990.

esa comprensión, y para otros es capacidad de ser motivado o normalmente motivado por la norma penal.

Hoy en día la Dogmática jurídicopenal se encuentra dividida entre un sector mayoritario, que sitúa el fundamento de la imputabilidad en la capacidad de autodeterminación o libre albedrío, y otro sector bastante considerable, pero minoritario, que halla el fundamento de aquélla en la capacidad de motivación o normalidad motivacional.

1. La capacidad de autodeterminación o libertad de la voluntad

Actualmente, como antes apunté, la doctrina española entiende la imputabilidad o capacidad de culpabilidad como la capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta y de obrar conforme a esa comprensión. Los autores que sostienen esta concepción subrayan la confluencia de dos elementos en ella: uno intelectual y otro volitivo que deben concurrir en el sujeto en el momento de la realización del acto ilícito para considerarlo con capacidad de culpabilidad, pues la ausencia de uno de ellos determinará la ausencia de ésta.

Según este sector doctrinal, que entiende la culpabilidad como juicio de reproche que se le hace al autor de la acción típica y antijurídica, por haber actuado en la forma que actuó, cuando le era exigible que obrara de otro modo⁶, el fundamento de la culpabilidad coincide con el de la capacidad de culpabilidad. Para estos autores, la causa última que lleva a una persona a dirigir su actuación en el sentido esperado por la ley o en su contra, esto es el fundamento de la capacidad de culpabilidad, se encuentra en la libertad de la voluntad o libre albedrío, pero no al estilo clásico, que la configura totalmente impregnada de connotaciones morales, sino concebida como capacidad de autodeterminarse conforme a criterios normativos. Se considera que sólo un ser dotado

⁶ CERZO MIR, J. *Curso de Derecho penal español, parte general III. Teoría jurídica del Delito/2*, págs. 41 ss.

de libertad, cual es el hombre, puede regirse por normas que le permiten distinguir una conducta lícita de otra que no lo es, en consecuencia, sólo éste tiene capacidad para autodeterminar su voluntad conforme a tales normas, lo que hace posible el reproche cuando se sitúa voluntariamente contra la norma jurídica pudiendo no hacerlo.

2. Las diversas teorías sobre la capacidad de motivación

Otro sector minoritario de la actual Doctrina científica, llamado motivacionista, se encuentra dividido ante la concepción de la culpabilidad y de sus elementos. De este modo, unos postulan la supresión de la culpabilidad para ser sustituida por el concepto de necesidad de pena, otros, sin embargo, se orientan hacia una revisión de aquélla sobre la base de la motivabilidad del sujeto. Para los primeros, que prescinden de la imputabilidad, el fundamento de aplicar una pena reside en la capacidad de motivación del sujeto, y, para los segundos, favorable al mantenimiento de la culpabilidad e imputabilidad, el fundamento de ambas no se halla en la capacidad de autodeterminación o libre albedrío, sino en la capacidad de motivación o normalidad motivacional, entendida como la facultad psicológica del sujeto para ser motivado por los mandatos normativos.

2.1. La capacidad de motivación:

2.1.1. Posición de Gimbernat Ordeig

Este autor, que abrió la nueva dirección crítica existente sobre la capacidad de culpabilidad fundada en la capacidad de autodeterminación o libertad de la voluntad, niega la existencia de la culpabilidad por reputar indemostrable el libre albedrío, y reconstruye el sistema jurídicopenal a partir de la pena. Así, GIMBERNAT ORDEIG⁷

⁷ GIMBERNAT ORDEIG, E. *¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?* en *Estudios de Derecho penal*, 3ªed. Madrid, Tecnos, 1990. Págs. 142 ss.

señala que el descrédito en el que ha caído la culpabilidad como presupuesto indispensable lleva consigo a la crisis de lo que él denomina *teoría del dominó*, esto es, *la crisis de la idea de la culpabilidad trae consigo la de la pena; y sin pena no puede haber Derecho penal en sentido tradicional*. Además, apunta que el principio de culpabilidad está en dificultades porque es insostenible su mantenimiento frente a los resultados obtenidos por ciencias como la Psicología o el Psicoanálisis, precisamente dedicados a las motivaciones del comportamiento humano, conforme a los cuales es imposible demostrar la existencia del libre albedrío. De manera que, *aunque en abstracto existiera el libre albedrío, lo que en cualquier caso es imposible es demostrar si una persona concreta en una situación concreta ha cometido libremente o no un determinado delito*. Por tanto, rechaza por indemostrable la existencia de la culpabilidad como presupuesto de la pena, y reedifica la Dogmática jurídicopenal a partir de la pena.

GIMBERNAT ORDEIG sustituye la culpabilidad por la concepción preventiva de la pena (prevención general y especial)⁸ y restablece el Derecho penal partiendo de la pena, cuya aplicación al sujeto concreto no se lleva a efecto con la finalidad de retribuirle una culpabilidad inexistente, sino que dependerá de la necesidad de su imposición en atención a razones preventivas.

Este autor⁹ cree que no es posible fijar la distinción entre delincuentes *libres y no libres* en su actuar, ya que niega la existencia del libre albedrío o de la capacidad de autodeterminación del ser humano como fundamento de la imputabilidad y, por consiguiente, de la culpabilidad. Sin embargo, apoyándose en los conocimientos psicológicos de los que dispone, se inclina por la diferenciación establecida por el Derecho penal y arraigada socialmente entre hombres *normales*, que suelen responder al estímulo del castigo, y *enajenados*, que reaccionan ante la pena con mayor insensibilidad. Y efectivamente, afirma que *con los conocimientos de que actualmente disponemos no es posible determinar con exactitud quiénes, de entre los normales son motivables por la pena y quiénes no; ante esta situación tiene que partir del*

⁸ GIMBERNAT ORDEIG, E. *¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?* Págs. 146-150.

⁹ GIMBERNAT ORDEIG, E. *El sistema del Derecho penal en la actualidad en Estudios de Derecho penal*. Pág. 175.

presupuesto –generalizador y, por ello, indiferenciador y probablemente incorrecto- de que todos los no enajenados son accesibles al estímulo de la pena.

Por lo que se desprende que las personas normales parecen ser las únicas que disponen de capacidad para motivarse por los mandatos normativos y para responder al efecto inhibitorio que conlleva la conminación penal. Por ende, el fundamento o causa última por la que esos sujetos normales cumplen las normas penales reside, precisamente, en su capacidad de motivación.

Por último, merece destacar que GIMBERNAT ORDEIG no se apoya en estudio empírico alguno que demuestre la citada capacidad de motivación, sino que, partiendo de los escasos conocimientos psicológicos y psiquiátricos con los que cuenta en el momento de realizar su investigación, mediante una fórmula genérica dice que todos los sujetos normales son motivables por las normas penales.

2.1.2. La tesis de Muñoz Conde

MUÑOZ CONDE¹⁰ acepta la culpabilidad como categoría jurídicopenal, no obstante, rechaza su concepto porque considera necesario buscarle un fundamento distinto del que defiende la doctrina tradicional. En este sentido propone un concepto dialéctico de culpabilidad o responsabilidad criminal y prevención general. En relación al fundamento material de la culpabilidad, señala que no puede encontrarse en la indemostrable posibilidad de actuar de un modo distinto, sino en la función motivadora de la norma penal. Lo importante no es que el individuo pueda elegir entre varios haceres posibles, sino que la norma penal le motive con sus mandatos y prohibiciones para que se abstenga de realizar uno de esos varios haceres posibles, que es el que la norma prohíbe con la amenaza de pena. A partir de un determinado desarrollo mental, biológico y cultural del individuo, se espera que éste pueda motivarse por los mandatos normativos. De esta forma, es la motivalidad, la capacidad para reaccionar frente a las

¹⁰ MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal, parte general*. Págs. 350 ss.

exigencias normativas, la facultad humana fundamental que, unida a otras (inteligencia, afectividad, etc.), permite la atribución de una acción a un sujeto y, por lo tanto, la exigencia de responsabilidad por la acción cometida. En consecuencia, cualquier alteración importante de esta facultad humana fundamental, esto es, de la capacidad de motivación, deberá determinar la exclusión o, si no es tan importante, la atenuación de la culpabilidad.

Este autor¹¹, al acometer el estudio de la imputabilidad, dice es insostenible la tesis de la libertad de la voluntad como fundamento de la imputabilidad, puesto que es indemostrable y reduce todas las facultades humanas a los planos intelectual y volitivo, sin ser estos los únicos, ni tan siquiera los más importantes. Por ello, señala que *es, pues, la capacidad de motivación a nivel individual, la capacidad para motivarse por los mandatos normativos, lo que constituye la esencia de ese elemento de la culpabilidad que llamamos imputabilidad*. Sostiene esta posición, argumentando que la capacidad de culpabilidad es algo más complejo que un problema de facultades intelectivas y volitivas, ya que en el proceso de interacción social que supone la convivencia, el individuo, obligado por sus propios condicionamientos al intercambio y a la comunicación con los demás, desarrolla una serie de facultades que le permiten conocer la normas que rigen la convivencia al grupo al que pertenece y dirigir sus actos de acuerdo con dichas normas. Se establece un proceso complejo de interacción y comunicación que se corresponde con lo que en la Psicología moderna se llama motivación. Por consiguiente, para MUÑOZ CONDE, los imputables son los que tienen capacidad de motivación.

Finalmente, para defender la capacidad de motivación del sujeto como fundamento de la imputabilidad, no se apoya en ningún estudio auténticamente empírico sino que, basándose en el pensamiento analítico de Freud, supone o espera que la capacidad de motivación de una persona por los mandatos normativos tiene lugar cuando haya alcanzado un determinado desarrollo mental, biológico y cultural.

¹¹ MUÑOZ CONDE, F. /GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal, parte general*. Pág. 362.

En la misma línea, en cuanto a la capacidad de motivación del sujeto por la norma penal como fundamento de la imputabilidad, GÓMEZ BENÍTEZ¹² funda la imputabilidad penal *no tanto en la “libre determinación de la voluntad”, como en la capacidad de motivación del sujeto por las normas penales y sus sanciones.*

Dentro de esta corriente, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y otros¹³ niegan también la construcción de la culpabilidad basada en el libre albedrío y acepta el concepto dialéctico formulado por MUÑOZ CONDE, como expresión que identifica semánticamente el diálogo continuo entre la idea de culpabilidad y las necesidades preventivas del sistema social en el que se enmarca. No obstante, no sólo vincula la culpabilidad penal a las demandas de prevención general sino también a las facultades resocializadoras que la Constitución impone. Así, el fundamento material de ese concepto de culpabilidad lo hallan en la capacidad de motivación por las normas penales del autor de un comportamiento antijurídico, si bien matiza que debe ser *suficiente* esa facultad de motivación normativa exigida.

2.2. La capacidad normal de motivación: la postura de Mir Puig

Según este autor¹⁴, *se trata sólo de atribuir (imputar) el desvalor del hecho penalmente antijurídico a su autor: no se castiga la “culpabilidad” del sujeto, sino que sólo se exige que el hecho penalmente antijurídico... sea imputable penalmente a su autor.* La supresión del término “culpabilidad” por el de “imputación personal” es la propuesta de MIR PUIG, que entiende que para que exista responsabilidad penal no basta cualquier posibilidad de acceder a la norma, sino que dicho acceso tenga lugar en condiciones de *normalidad motivacional*. De este modo, MIR PUG añade un requisito más a la capacidad de motivación del sujeto, cual es el de la *normalidad*.

¹² GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. *Teoría jurídica del delito. Derecho penal, parte general*. Civitas, Madrid, 1992. Pág. 456.

¹³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. *Lecciones de Derecho penal, parte general*. Barcelona, Praxis, 1996. Págs. 203 ss.

¹⁴ MIR PUIG, S. *Derecho penal, parte general*. Pág. 539 ss.

Respecto al fundamento material de la culpabilidad o imputación personal, este autor¹⁵ rechaza la teoría de la libertad de la voluntad porque la considera indemostrable, así como la simple capacidad de motivación, pues entiende que los inimputables sí tienen capacidad para ser motivados por la norma, aunque se trata de una motivación anormal. Para suplir estas carencias, le añade el carácter de normal a la capacidad de motivación del sujeto y considera que el fundamento material de la imputación personal radica en la *capacidad normal de ser motivado por la norma*.

MIR PUIG distingue tres situaciones en las que inciden de distinto modo los mandatos normativos sobre las personas. En primer lugar menciona aquellas condiciones sin las que el sujeto no puede ser en absoluto motivado por la norma. La imposibilidad absoluta de motivación normativa impide la propia infracción de la norma personalmente dirigida al sujeto; ello sucede por ejemplo en los casos de falta de comportamiento humano voluntario o en la falta de riesgo advertible por el hombre medio *ex ante*. A continuación, en cuanto a la anormalidad motivacional del inimputable, al que considera motivable por la norma, señala que al no faltar toda posibilidad de ser motivado por la norma, sino sólo la posibilidad de un acceso normal a ésta o anormalidad motivacional, tiene sentido dirigir el mensaje normativo al sujeto, que podrá infringir la norma de determinación, pero no será legítimo considerarle penalmente responsable. Finalmente, refiriéndose a los imputables, sostiene que para que pueda declararse la responsabilidad penal de un sujeto no basta cualquier posibilidad de acceder a la norma, sino que dicho acceso tenga lugar en condiciones de normalidad motivacional.

En cuanto a las diferencias que existen entre una persona anormalmente motivable y otra normalmente motivable, este autor señala que en el inculpable concurren condiciones personales o situacionales que disminuyen, por debajo del límite de lo normal, las posibilidades de que dispone el sujeto *a priori* para ser influenciado por la llamada normativa, lo que redundaría en una inferior capacidad para cumplir el mandato normativo en comparación con las posibilidades de que dispone el hombre que

¹⁵ MIR PUIG, S. *Derecho penal, parte general*. Págs. 555 ss.

actúa normalmente. En consecuencia, este último cuenta con unas condiciones motivacionales mucho más favorables que el no responsable penalmente para resistir al delito y atender a la llamada de la norma, lo cual permite a la sociedad proyectar unas expectativas muy distintas en ambos casos. Ese hombre que actúa normalmente obedece al concepto de hombre normal de la colectividad a la que se dirigen las normas. La normalidad, indica este autor¹⁶ es una acepción relativa que *depende no tanto de consideraciones estadísticas como de lo que en cada momento histórico-cultural se considera como “normal”*: no se trata de un concepto naturalístico, sino “normativo o cultural. Acoge este planteamiento la STS 3 de mayo de 1995.

Esta concepción de MIR PUIG tampoco se apoya en estudios auténticamente empíricos sobre la materia, pues, al igual que lo han hecho GIMBERNAT ORDEIG y MUÑOZ CONDE, se basa en teoría psicoanalítica para suponer que el hombre normal, a diferencia del inculpable *a priori* posee las posibilidades para ser influido por la llamada de la norma. En resumen, las posibilidades de que dispone el hombre que actúa normalmente para cumplir el mandato normativo son superiores a las del que se motiva anormalmente, ya que las condiciones de resistencia del hombre normal frente a la tentación criminal superan las del inculpable.

¹⁶ MIR PUIG, S. *Derecho penal, parte general*. Pág. 558-559.

LAS APORTACIONES DE LA PSICOLOGÍA ACTUAL A LOS FUNDAMENTOS DE LA CAPACIDAD DE CULPABILIDAD EN ATENCIÓN A LA EDAD DEL SUJETO

Para el análisis de estas cuestiones, me basaré en los estudios empíricos como en las conclusiones extraídas de ellos, manejados por MARTÍN CRUZ en su obra¹⁷.

1. EL ELEMENTO INTELECTUAL DE LA CAPACIDAD DE CULPABILIDAD: LA CAPACIDAD DE COMPRENSIÓN SOCIAL Y LEGAL

En este momento, partiendo de la base que el desarrollo humano es multidimensional e interdisciplinario y que está influido por la herencia y el ambiente. Multidimensional, porque se trata de un proceso complejo que afecta a una serie de dimensiones o áreas básicas, dos de las cuales son el desarrollo cognitivo y social, ello permitirá determinar la capacidad de comprensión legal del sujeto en los distintos períodos de desarrollo. El carácter interdisciplinario del desarrollo deriva de que hay una interdependencia considerable entre cada una de las distintas áreas o dimensiones que lo componen. Y la herencia, entendida como un conjunto de factores biológicos y genéticos, y el ambiente concebido como el entorno, son condicionantes del desarrollo humano que interactúan conjuntamente; ello significa que el desarrollo de la capacidad cognitiva y de comprensión social y legal es un proceso determinado por la interacción del sujeto con su familia, el colegio, las instituciones públicas y privadas, el sistema jurídico, los medios de comunicación, etc.

Se trata de describir la evolución simultánea de la capacidad cognitiva y la de comprensión social y legal, entendida ésta como la facultad necesaria para comprender el carácter ilícito de la conducta, las distintas funciones beneficiosa y represora que

¹⁷ MARTÍN CRUZ, Andrés. *Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad penal por razón de la edad*. Albolote (Granada), Comares, 2004. Págs. 157 ss.

desempeña la ley en la sociedad, y el sistema jurídico considerado en su conjunto (policía, jueces, prisiones, etc.).

1.1. Inexistencia de comprensión social y legal durante la niñez

Antes de los doce años, es decir, durante el período de la niñez, el niño se encuentra en el estadio cognitivo de las operaciones concretas, cuyas características esenciales son: la inteligencia de éste opera únicamente con la realidad en sí misma y con los objetos tangibles que pueden ser manipulados y sometidos a experiencias efectivas; son escasas las posibilidades de pensar en abstracto, ya que cuando su pensamiento se aleja de lo real, lo hace sustituyendo el objeto ausente por una representación más o menos viva, pero acompañada de la creencia de que esa representación es real; es incapaz de construir sistemas y teorías para resolver los problemas que se le plantean, toda vez que los va resolviendo uno tras otro a medida que se van planteando sin poder unir las soluciones que encuentra mediante teorías generales; tampoco tiene facultades para pensar con holgura los efectos de un hecho pasado en el momento presente; y carece de habilidad para prever más allá de un futuro inmediato el resultado de una acción presente¹⁸.

Debido a esta limitada facultad cognitiva, el niño carece de inteligencia para organizar y ordenar la información que recibe a través de la interacción social y tiende a personalizar conceptos que deben ser tratados genéricamente. De forma que su comprensión social y legal también es concreta.

En efecto, desde el punto de vista social, el niño razona en términos simples cuando piensa en la comunidad, sus instituciones y sus funciones. Así, cuando reflexiona sobre los problemas sociales que afectan a una determinada comunidad, no los enfoca en términos de colectividad como un conjunto debidamente organizado, sino

¹⁸ PIAGET, Jean. *El desarrollo mental del niño*. Págs. 94 ss. HOFFMAN, Lois; PARIS, Scott y HALL, Elizabeth. *Psicología del desarrollo hoy*, vol. II. RICE, F. Philips. *Desarrollo humano. Estudio del ciclo vital*.

refiriéndose a los individuos de forma aislada; cuando piensa en el funcionamiento del “Gobierno” es incapaz de adelantar ningún principio general sobre sus fines, ya que sólo percibe las funciones individuales que realiza, como la de reparar carreteras, en cerrar a personas en la cárcel, etc.; considera que las instituciones sociales no están sujetas a variación, pues cree que han existido siempre y que continuarán existiendo; emplea el término “Gobierno” como si estuviera refiriéndose a una persona individual; y confunde la noción “educación” con el maestro o el director¹⁹.

Desde la perspectiva legal, también razona en términos concretos cuando lo hace sobre las leyes y sus funciones. Esto significa que, por un lado, confunde el sistema de justicia con “policía”, “juez” o “cárcel”, a la vez que considera que las leyes son inmutables, pues no es capaz de comprender que son inventos humanos susceptibles de modificación cuando la colectividad lo decida; y por otro lado, básicamente sólo percibe la función coercitiva o inhibitoria de la ley que lo lleva a cumplirla por temor al castigo, esto es, cree que su única finalidad es reprimir la conducta antisocial, además de que carece de facultades psíquicas para comprender las distintas funciones beneficiosas que la ley desempeña en la sociedad, como, por ejemplo, organizar la convivencia social, promover el bien común, informar sobre las conductas ilícitas, inhibir de la comisión de los ilícitos, etc.

1.2. La capacidad atenuada de comprensión social y legal durante la adolescencia

Durante la adolescencia, poco a poco, el sujeto va organizando los elementos dispersos, la información fragmentaria, en totalidades cada vez más coherentes. La evolución de la capacidad disminuida de comprensión social y legal del adolescente, al igual que la cognitiva, se desplaza desde una concepción concreta a otra abstracta. Los principales aspectos de tal evolución, según las investigaciones realizadas por ADELSON y sus colaboradores aceptados recientemente por HOFFMAN, PARIS y HALL, y los realizados por TAPP y KOHLBERG son los siguientes:

¹⁹ ADELSON, Joseph. “The Growth of Thought in Adolescence”

Dividiendo el período de la adolescencia en cuatro breves subperíodos. Un primer subperíodo se desarrolla entre los doce y catorce años; en este tramo de edad desde el punto de vista cognitivo, el adolescente continúa siendo básicamente concreto, si bien surge el pensamiento formal o abstracto e inicia el camino hacia la reflexión libre y desligada de lo real, a la vez que también comienza a producirse el declive de la forma de razonar que hasta este momento poseía el niño, es decir, se produce una decadencia del pensamiento concreto.

Desde una perspectiva social, durante estos años de adolescencia, el pensamiento del menor, a pesar de iniciar el camino hacia la comprensión de la política, la economía o la organización social, continúa siendo predominantemente concreto, pues sigue mostrándose inclinado a personalizar conceptos que deben ser tratados de manera abstracta, es decir, que formula un razonamiento en términos simples cuando se refiere a las instituciones sociales y sus cometidos. También se caracteriza porque, cuando piensa en la forma de resolver los problemas de la sociedad, no es capaz de hacer uso de los principios que la rigen²⁰. Esto es, que tiene una comprensión del orden social poco abstracta y bastante concreta.

En estos años es también cuando surge la capacidad de comprensión legal del adolescente, es decir, la capacidad para comprender que la ley, además de la función represora, cumple otras funciones beneficiosas para la sociedad, como la de organizar la convivencia social, proteger a los miembros de la comunidad, informar los comportamientos prohibidos, inhibir la conducta antisocial, etc. A su vez, se inicia el declive del pensamiento concreto y constrictivo, por lo que a partir de ese momento, cuando se hable de la finalidad de la ley, comienza a emplear un lenguaje algo más abstracto, y, al mismo tiempo, también decrece el pensamiento basado en la idea de que la primera finalidad de la ley es reprimir la conducta antisocial.

El segundo subperíodo de la adolescencia comprende desde los catorce hasta los dieciséis años. En esta franja se produce un cambio considerable del pensamiento

²⁰ ADELSON, Joseph. "The Growth of Thought in Adolescence", págs. 158 ss.

formal, lo cual permite al adolescente pensar de una manera más abstracta y más libre, y ser más previsor de las futuras consecuencias de sus acciones. Este incremento de la capacidad cognitiva conlleva una considerable merma del razonamiento intelectual concreto que caracteriza el período anterior.

Paralelamente, sobreviene un incremento de la capacidad para comprender las instituciones sociales, sus funciones y la relación existente entre ellas, a su vez, comienza a hacer uso de los principios morales, políticos, legales, etc., que rigen la convivencia social; lo que determina que en este período es cuando desaparecen las confusiones que caracterizaban al anterior. Ya no confunde la noción de “sistema de justicia” con “policía”, “juez” o “cárcel”, ni la de “Gobierno” con una persona individual, etc. Ha aumentado la capacidad para comprender la estructura de las cosas en el orden social, no obstante, tiende a ser elemental porque normalmente sólo puede articular una idea cada vez. Su capacidad de comprensión social es medianamente abstracta y concreta²¹.

En relación a la capacidad de comprensión legal durante estos años, ésta continúa desarrollándose así: por una parte, se incrementa la concepción abstracta y provechosa de la ley, también aumenta la comprensión de las funciones beneficiosas de la ley para la sociedad; por otra parte, de forma simultánea, continúa disminuyendo la significación concreta y coercitiva de la ley, pues ha seguido descendiendo el empleo del lenguaje limitado, así como el pensamiento basado en la idea de que la finalidad esencial de la ley consiste en castigar las acciones ilícitas.

El tercer subperíodo abarca desde los dieciséis hasta los dieciocho años. En este estadio, la capacidad cognitiva del adolescente alcanza un alto nivel de pensamiento abstracto, reflexivo y libre, a la vez que se reduce considerablemente el concreto. Este incremento del pensamiento formal conlleva simultáneamente un aumento de la capacidad de comprensión social. Pues sobre los dieciocho años no piensa enteramente en términos concretos, sino con un alto nivel de abstracción. En este período termina de

²¹ ADELSON, Joseph. “The Growth of Thought in Adolescence”, págs. 159-161.

desarrollarse la capacidad para comprender las distintas funciones que desempeñan las instituciones en el orden social y la de aplicar los principios que rigen la sociedad. Aquí es cuando comprende adecuadamente la estructura de las cosas en el orden social, pues es capaz de sintetizar con holgura varias ideas a la vez. Por consiguiente, el adolescente posee una capacidad de comprensión social notablemente abstracta y poco concreta.

En cuanto a la capacidad de comprensión legal, en esta etapa el adolescente adquiere una elevada concepción abstracta y beneficiosa de la ley, así como un pobre sentido de la función concreta y restrictiva de ella. Este nuevo incremento se traduce en un alto nivel de abstracción que le permite relacionar el vínculo existente entre la sociedad, la ley, la política, el juez y las prisiones, además de que también le facilita la comprensión, de manera similar a los adultos, de las funciones diversas que desempeña la ley en la sociedad, como la organización de la convivencia social, promoción del bien común, etc. Sin embargo, tal evolución lleva aparejada una disminución del razonamiento concreto y represivo de la ley, esto es, que cuando habla de la ley articula escasamente un pensamiento concreto, además de que considera que la función constrictiva de aquélla no es la principal sino una más de las que cumple en la sociedad²².

Por último, una cuarta etapa tiene lugar entre los dieciocho y los veinte años. Los psicólogos sitúan en ella la conclusión de la adolescencia y el inicio de la edad adulta, máxime si se tiene en cuenta que el ingreso en el estado adulto no tiene lugar de forma automática y bruscamente, una vez alcanzada cierta edad, ni al mismo tiempo por todos los sujetos. Durante estos dos años se alcanza la capacidad plena de pensamiento formal y cristaliza su uso. Por lo que respecta a la capacidad de comprensión social y la aplicación de principios que ordenan la sociedad, como ha matizado ADELSON²³, ésta no se verá completada hasta el final de la adolescencia, es decir, a partir de los dieciocho años. Esto determina que entre los dieciocho y los veinte años se completa también el desarrollo de la capacidad de comprensión legal y se consolida su utilización.

²² ADELSON, Joseph; GREEN, Bernard y O'NEIL, Robert, *El desarrollo de la idea de la ley en la adolescencia*. Págs. 317-319.

²³ ADELSON, Joseph, "The Growth of Thought in Adolescence", págs. 159 y 161.

1.3. La capacidad plena de comprensión social y legal del adulto

Cuando una persona normal entra en la edad adulta, es decir, a los veinte años, ya ha alcanzado el desarrollo pleno de la capacidad de comprensión social y legal. Su facultad de pensamiento formal se ha desarrollado íntegramente, pues ha concluido, en esencia, el desarrollo del pensamiento abstracto, hipotético, reflexivo, libre, etc., que se mantendrá estabilizado en el futuro, con posibilidades de incrementarse en función de la estimulación que haya recibido a través de la interacción social. En consecuencia, ahora puede entender correctamente la estructura de las cosas en el orden social, la sociedad como un todo debidamente organizado, las instituciones sociales que la forman, los principios que la rigen, etc. Esto significa que también posee una capacidad plena de comprensión abstracta de la sociedad. Finalmente, en relación a la capacidad de comprensión abstracta de la ley, ésta es igualmente óptima, pues entiende adecuadamente el sistema jurídico considerado en su conjunto, las distintas funciones de la ley, la mutabilidad de las leyes cuando lo acuerde la sociedad, las conductas prohibidas, etc.

1.4. Conclusiones

En la actualidad está comúnmente aceptada la idea de que el niño, es decir, el menor de doce años aproximadamente, no es un pequeño adulto sino una persona cualitativamente distinta²⁴. ¿Y por qué es cualitativamente distinto? El niño, efectivamente, posee unas cualidades psicológicas específicas, derivadas de su limitada forma de pensar y de razonar, así como de comprender la sociedad, las leyes, las instituciones sociales, etc., que son manifiestamente diferentes a las propias del adulto.

²⁴ Se han pronunciado en esta línea, entre otros, el psicólogo: CARRETERO, Mario. *Teorías de la adolescencia*, pág. 21 ss. También, juristas como: CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho penal, parte general III. Teoría jurídica del Delito/2*. Tecnos, Madrid, 2001. Págs. 89-90.

Acerca de las diferencias cualitativas existentes entre el adolescente, esto es, el sujeto de más de doce o trece años pero menor de dieciocho o veinte, y el adulto, es decir, el mayor de esta última edad, ya se han pronunciado tanto los psicólogos como los juristas, entre quienes existe acuerdo a la hora de determinar que el adolescente es un individuo en período de formación que posee una serie de aptitudes que lo hacen ser cualitativamente diferente del adulto²⁵. Por ende, el adolescente no es considerado como un pequeño adulto sino como un individuo desigual a éste, que debe ser tratado jurídicamente de otro modo.

2. EL ELEMENTO VOLITIVO DE LA CAPACIDAD DE CULPABILIDAD: LA CAPACIDAD DE AUTODETERMINAR LA VOLUNTAD

Ahora, sobre la base de los estudios empíricos de los que hace uso el jurista MARTÍN CRUZ²⁶, se trata de constatar e indicar la evolución durante el ciclo vital del elemento volitivo de la capacidad de culpabilidad, esto es, de la capacidad para autodeterminar la voluntad coherentemente con la comprensión social y legal adquirida.

2.1. Ausencia de capacidad en el niño para autodeterminar su voluntad

Cuando los niños se encuentran en el estadio del pensamiento concreto que sólo les permite comprender la sociedad y sus leyes también de manera muy limitada, ante la pregunta: ¿por qué cumples las leyes?, los datos empíricos aportados por TAPP y KOHLBERG demuestran que prácticamente la totalidad de ellos lo hacen para evitar las

²⁵ Para los psicólogos evolutivos el período de la adolescencia es cualitativamente distinto al de la vida adulta. Recientemente, por ejemplo: CASAS, Ferrán. *Infancia: perspectivas psicosociales*. Paidós Ibérica, Barcelona, 1998. Pág. 33.

Tradicionalmente los juristas han venido sosteniendo que los adolescentes son distintos de los adultos. Así, RUIZ VADILLO, Enrique, en C. CONDE-PUMPIDO FERREIRO (Dir.). *Código penal. Doctrina y jurisprudencia. Derechos Fundamentales. Arts. 1 a 137*, tomo I, Trivium, Madrid, 1997. Pág. 580. BALDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, en L. GRACIA MARTÍN (Coord.). *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998. Pág. 345.

²⁶ MARTÍN CRUZ, Andrés. *Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad penal por razón de la edad*. Págs. 207 ss.

consecuencias negativas y por obediencia a la autoridad y, son pocos los que se someten por razones de conformidad personal. En esta etapa, en que el niño se halla en el nivel de razonamiento legal preconvencional, conecta esencialmente la ley con la conducta externa, más especialmente, como ha señalado ADELSON, GREEN y O'NEIL²⁷ con la *inhibición de la acción*, y raras veces sienten las influencias sutiles, indirectas de la ley. En consecuencia, no es capaz de percibir las múltiples funciones beneficiosas que desempeña la ley en la sociedad, que le llevarían a cumplirla por otras razones. En este contexto la capacidad de autodeterminar su voluntad o capacidad para decidir libremente el cumplimiento o no de la ley es prácticamente inexistente. Al no tener el suficiente desarrollo de la capacidad de comprender el entorno social en el que se desenvuelve y las leyes que lo regulan, difícilmente puede apreciar otras causas o motivos de cumplimiento de la ley que no tengan que ver con las de evitar el castigo. Por tanto, si no tiene capacidad de comprensión o ésta es muy escasa, la capacidad para autodeterminar su voluntad conforme a dicha comprensión igualmente no existe o es muy deficiente.

2.2. La capacidad disminuida del adolescente para autodeterminar su voluntad

Es necesario tener presente que la capacidad de autodeterminación del adolescente está condicionada por la previa existencia de una determinada capacidad de comprensión social y legal. También es necesario señalar la existencia de un paralelismo o correspondencia entre el nivel de la capacidad de comprensión social y legal y el de la facultad de autodeterminar la voluntad. Igualmente, hay que aclarar que el desarrollo psicológico es acumulativo, es decir, que los motivos de sometimiento a la ley que aparecen originariamente durante la niñez no van desapareciendo a medida que surgen otros en el período de la adolescencia, sino que unos comienzan a prevalecer sobre otros, sin que ello suponga una exclusión o supresión de los que existían anteriormente²⁸. Así, por ejemplo, cuando la mayoría de los chicos entre catorce y dieciséis años se inclina por obedecer la ley al amparo de razones de conformidad

²⁷ ADELSON, Joseph; GREEN, Bernard y O'NEIL, Robert. *El desarrollo de la idea de la ley en la adolescencia*, en J. DELVAL (Comp.), *Lecturas de psicología del niño. El desarrollo cognitivo y afectivo del niño y del adolescente*, tomo II. Alianza, Madrid, 1978. Pág. 320.

²⁸ ADELSON, Joseph. "The Growth of Thought in Adolescence", en *Educational Horizons*, 1983. Pág. 161.

personal, no están desconociendo la causa de cumplimiento consistente en evitar las consecuencias negativas, sino que al ser mayor la capacidad para comprender la ilicitud de su actuación que en años anteriores, también es mayor su facultad para autodeterminar su voluntad, dándole prioridad al motivo de conformidad personal sobre el del temor al castigo.

Sobre los doce años, a causa de la aparición del pensamiento formal, el menor comienza a pensar en términos abstractos cuando reflexiona acerca de la comunidad y las funciones de las leyes, iniciándose así la evolución de las razones invocadas por los adolescentes para justificar el cumplimiento de la ley. La investigación realizada por TAPP y KOHLBERG²⁹ sobre estudiantes de entre doce y catorce años, pone de manifiesto el desarrollo de las causas de sumisión legal de estos menores. De modo que, al igual que en la niñez, en este primer período de la adolescencia la causa preponderante de sumisión legal continúa siendo la evitación de las consecuencias negativas, ya que se sigue conectando esencialmente la ley con la conducta externa, esto es, continúa percibiendo como principal función de la ley la de reprimir, castigar o inhibir la acción. También evidencian que durante estos primeros años de la adolescencia se produce un descenso del número de jóvenes que alegan tal causa de sumisión, mientras que, simultáneamente, otros adolescentes comienzan a manifestar que cumplen la ley por diversas razones, como la conformidad social, etc.

Esto evidencia el nacimiento de la capacidad del adolescente para autodeterminar su voluntad, toda vez que éste, a diferencia del niño, comienza a dejar de ser motivado de forma casi exclusiva por el temor al castigo para hacerlo por nuevas razones, poniendo de relieve así la existencia de una escasa capacidad para dirigir su voluntad de actuar por una u otra de las que comprende.

A partir de los catorce hasta los diecisiete años, como consecuencia del incremento de la capacidad cognitiva, así como de la comprensión de la sociedad y de las leyes que la organizan, también evoluciona la forma de entender las diversas causas

²⁹ TAPP, June Louin y KOHLBERG, Lawrence. "Developing Senses of Law and Legal Justice".

de cumplimiento de la ley, al mismo tiempo que aparecen otras nuevas. De acuerdo con los estudios empíricos de TAPP y KOHLBERG realizados sobre menores de entre catorce y diecisiete años, el motivo de cumplimiento de la ley ha dejado de ser la evitación de las consecuencias negativas, para pasar a ser la conformidad personal. Esto es, frente al temor al castigo como causa de cumplimiento de la norma, aparece ahora la voluntad de ser un buen chico que obedece las leyes, pues de esta forma cumple las expectativas de la autoridad y representa lo que la gente cree que constituye un buen comportamiento. No obstante, ha continuado descendiendo el número de adolescentes que se ven motivados a cumplir la ley por temor al castigo, ya que han adquirido una mayor capacidad para comprender las funciones beneficiosas y represivas que cumple la ley en la sociedad. Por el contrario, a su vez, aumenta el número de adolescentes que alega conformidad social y racional-beneficioso-utilitario para justificar el cumplimiento de la ley, al mismo tiempo que otro reducido grupo de adolescentes comienza a justificar el cumplimiento de la ley invocando principios. Estos datos ponen de manifiesto el aumento de la capacidad disminuida de autodeterminar voluntad que posee el adolescente, puesto que ahora, al ser mayor su facultad de comprensión social y legal, también es superior su capacidad para decidir cumplirla por el motivo que considere más adecuado de entre los que conoce, o en su caso, incumplirla³⁰.

Por último, desde los diecisiete años hasta la edad adulta tiene lugar un nuevo desarrollo del pensamiento formal y de la capacidad de comprensión social y legal, que trae consigo una nueva variación en la forma de entender las distintas causas de cumplimiento de la ley y un aumento de la capacidad atenuada de dirigir la voluntad. Los estudios empíricos de TAPP y KOHLBERG sobre la evolución de tales causas hasta los diecisiete años, así como los de LEVINE y TAPP sobre las causas de cumplimiento de la ley durante la adultez, confirman la evolución producida durante la adolescencia de las distintas causas de sumisión legal. De esta manera, los resultados de los estudios de LEVINE y TAPP confirman, por un lado, que continúa registrándose el descenso del número de adolescentes que obedecen motivados por el temor al castigo, hasta el punto de que al final de la adolescencia, es decir, en torno a los veinte años, son pocos los que hacen tales alegaciones; mientras que, por otro lado, sigue aumentando el

³⁰ ADELSON, Joseph. "The Growth of Thought in Adolescence", en *Educational Horizons*. Págs. 160 ss.

número de adolescentes que la cumplen por razones de conformidad social y de la orientación racional-beneficioso-utilitario. El hecho de que estos adolescentes puedan, conforme a la mayor capacidad de comprensión social y legal que poseen, decidir libremente acatar o desobedecer los mandatos de la ley por la razón que estimen más adecuada de entre las que conocen, evidencia que disponen de una mayor capacidad de autodeterminar su voluntad, si bien ésta todavía continúa siendo incompleta, pues su capacidad intelectual aún no es plena.

2.3. La capacidad plena del adulto para autodeterminar su voluntad

Hacia los veinte años, esto es, una vez que se llega a la adultez, el adolescente se convierte en un adulto con capacidad cognitiva óptima, que le permite comprender la comunidad como un todo organizado y las leyes encargadas de regular la convivencia social. En esta nueva etapa de la vida de una persona ha cristalizado el manejo de las distintas causas de cumplimiento de la ley utilizadas al final de la adolescencia. Las investigaciones de LEVINE y TAPP³¹ efectuadas sobre tres grupos distintos de adultos, a saber: estudiantes de Derecho, profesores y reclusos, a los que se pregunta sobre el motivo real de cumplimiento de las leyes, ponen de manifiesto tal consolidación. Así, la principal causa de cumplimiento de la ley es la conformidad social, es decir, que la mayoría cumple la ley porque estima que así evita el caos social y se vive mejor en una sociedad organizada. El cumplimiento por razones de carácter racional-beneficioso-utilitario continúa siendo la segunda causa de sumisión, toda vez que un considerable número cumple la ley basándose en la toma racional de decisiones y en consideraciones utilitarias de bienestar individual y social. El cumplimiento por razones de conformidad personal es la tercera causa de sumisión legal, puesto que otro importante grupo invoca como causa de cumplimiento la voluntad de ser un buen adulto que no defrauda las expectativas que tanto la autoridad como la sociedad tienen depositadas en él. Por último, el cumplimiento de la ley por evitar las consecuencias negativas continúa siendo la cuarta causa de sumisión, pues un reducido porcentaje se ve motivado a cumplir la ley o se inhibe de contravenirla por temor al castigo.

³¹ LEVINE, Felice J. y TAPP, June Louin, "The Dialectic of Legal Socialization in Community and School".

En resumen, a partir de los veinte años los adultos tienen capacidad plena para autodeterminar su voluntad de cumplir las leyes, bien por motivos de conformidad social, o de tipo racional-beneficioso-utilitario, o de conformidad personal, y en menor medida por temor al castigo, entre otros.

3. LA CAPACIDAD DE CULPABILIDAD COMO CAPACIDAD DE AUTODETERMINACIÓN O LIBERTAD DE LA VOLUNTAD

3.1. Explicación psicológica y validación del concepto de capacidad de culpabilidad aceptado mayoritariamente por los penalistas, así como de sus elementos

3.1.1. La capacidad de culpabilidad como capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta y de actuar conforme a dicha comprensión

En el Derecho penal, la capacidad de culpabilidad se refiere a los requisitos psicológicos que habrán de concurrir en una persona para que el Estado la considere en condiciones de responder frente a la sociedad por los actos que realiza en su contra. La doctrina mayoritaria sostiene que tal capacidad consiste en la *capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta y de actuar conforme a dicha comprensión*.

De los estudios de Psicología, anteriormente expuestos, se desprende una definición psicológica de la capacidad de culpabilidad coincidente con la jurídica³². Así, la expresión “capacidad” de la que hablan los penalistas, desde un punto de vista psicológico se refiere a la capacidad cognitiva o intelectual del sujeto, que en el caso de los adolescentes y adultos se denomina facultad de pensamiento formal. La fórmula “comprensión del carácter ilícito de la conducta” descansa en el previo entendimiento del entramado social y de sus leyes, pues sin éste no podrá saber si es lícita o no su

³² MARTÍN CRUZ, Andrés. *Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad penal por razón de la edad*. Pág. 230.

conducta. Finalmente, la locución “capacidad de dirigir la actuación conforme a esa comprensión” está indicando que la persona deberá tener aptitud para autodeterminar la voluntad de comportarse de acuerdo con la previa comprensión de la desaprobación jurídicopenal del hecho por uno u otro de los distintos motivos de sumisión legal que conoce. En consecuencia, cuando el sujeto alcanza un determinado grado de desarrollo de su capacidad de comprensión social y legal, así como para autodeterminar su voluntad de obrar conforme a ella, entenderá el carácter ilícito de su conducta y podrá dirigir su actuación coherentemente con tal comprensión.

Ahora bien, al tratarse de una capacidad dinámica, fruto de un continuo proceso de evolución y de transformaciones psicológicas, su grado de desarrollo es distinto en la adolescencia y la adultez.

3.1.2. Elementos de la capacidad de culpabilidad

3.1.2.1. El elemento intelectual: la capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta

Desde el punto de vista jurídico, la capacidad para comprender la antijuridicidad del comportamiento no exige que el sujeto infractor conozca el precepto legal infringido, sino que es suficiente que sepa que con su conducta está causando un daño a la sociedad en su conjunto o a sus miembros de manera individualizada, y que tal actuación está prohibida y castigada por las leyes. Así, en la Dogmática jurídicopenal, CEREZO MIR³³ señala que este elemento se refiere a que el sujeto conozca la ilicitud de su acción u omisión y a que entienda que ésta va contra la comunidad. Concreta esta posición indicando que no se trata de la capacidad de conocer la ilicitud penal o punibilidad de la acción u omisión, es decir, que está sancionada con una pena, sino únicamente su ilicitud; pero tampoco es preciso que el sujeto pueda conocer los

³³ CEREZO MIR, J. *Derecho penal español, parte general III. Teoría jurídica del Delito/2*. Madrid, Tecnos, 2001. Págs. 51 ss.

preceptos legales, sino sólo si su acción u omisión son contrarias al orden de la comunidad.

Desde el punto de vista psicológico, en cambio, la capacidad que ha de concurrir en el agente para que pueda comprender la significación antijurídica de su conducta, requiere la presencia simultánea de las tres siguientes facultades³⁴. Primera, que disfrute de la capacidad intelectual, en concreto de la conceptualizada como pensamiento formal, esto es, de la capacidad para pensar en abstracto, reflexionar, formular pensamientos complejos, prever situaciones y consecuencias futuras, etc. Segunda, también es necesario que disponga de capacidad de comprensión social, es decir, aptitud para comprender la sociedad o la comunidad en la que vive y de la que forma parte, los miembros que la componen, las instituciones existentes, etc. Esta facultad no se puede concebir sin la anterior, pues el sujeto no puede alcanzar un determinado conocimiento del tejido social si carece de capacidad de formular pensamientos abstractos sobre la sociedad. Por último, deberá poseer capacidad para entender las funciones diversas que cumplen las leyes en la sociedad, como la organización de la convivencia social, la inhibición de las conductas contrarias a la comunidad, etc. La existencia de esta última también depende de la capacidad cognitiva y de la comprensión social. En síntesis, un sujeto tiene capacidad para entender la ilicitud de su comportamiento cuando dispone de aptitud cognitiva para comprender la sociedad y sus leyes.

Como consecuencia del carácter dinámico de la capacidad de culpabilidad, el elemento intelectual de ésta es graduable. Así, mientras los adolescentes poseen una capacidad intelectual disminuida para comprender el hecho ilícito, los adultos, por el contrario, la tienen completamente desarrollada.

³⁴ Entre otros: KOHLBREG, Lawrence. *Psicología del desarrollo moral*. Pág. 186 ss. HOFFMAN, Lois; PARIS, Scott y HALL, Elizabeth. *Psicología del menor hoy*, vol I. Págs. 39 ss. ADELSON, Joseph. "The Growth of Thought in Adelescence". Págs. 157 ss. LEVINE, Felice J. y TAPP, June Louin. "The Dialectic of Legal Socialization in Community and School". Pág. 163. ADELSON, Joseph; GREEN, Bernard y O'NEIL, Robert. "El desarrollo de la idea de la ley en la adolescencia". Pág. 323.

3.1.2.2. El elemento volitivo: la capacidad de actuar de acuerdo a la comprensión del carácter ilícito de la conducta

Este elemento de la capacidad de culpabilidad se cifra en la capacidad psíquica que ha de concurrir en una persona para autodeterminar su voluntad coherentemente con la previa comprensión que posee. La posición de los autores sobre el elemento volitivo de la capacidad de culpabilidad gira en torno a los que matizan su carácter voluntario, es el caso de CEREZO MIR, HIGUERA GUIMERÁ, VÁZQUEZ GONZÁLEZ³⁵, etc., y los que resaltan la libertad del sujeto, como LANDECHO VELASCO y MOLINA BLÁZQUEZ, RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ³⁶. Esta facultad volitiva surge paralelamente a la intelectual, y, al mismo tiempo, es una consecuencia de ella. De modo que si una persona carece de capacidad para entender la ilicitud de su actuación, también le faltará capacidad volitiva para autodeterminar su voluntad de actuar conforme a aquélla. Lo normal es que el sujeto tenga capacidad intelectual y volitiva, aunque ello no impide que se den supuestos en los que una persona disfrute de la primera pero carezca de la segunda.

El desarrollo del elemento volitivo está condicionado por el del elemento intelectual. Así, en el adolescente la capacidad para autodeterminar la voluntad conforme a la comprensión del carácter ilícito de la conducta es disminuida, mientras que en el adulto es completa.

³⁵ CEREZO MIR, J. *Derecho penal, parte general*. UNED., Madrid, 1997. Pág. 36. HIGUERA GUIMERÁ, Juan-Felipe. *Derecho penal juvenil*. Pág. 274. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. *Delincuencia juvenil. Consideraciones penales y criminológicas*. Pág. 200.

³⁶ LANDECHO VELASCO, Carlos M^º y MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción. *Derecho penal español, parte general*. Pág. 344. RODRÍGUEZ DEVESA, José M^º y SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho penal español, parte general*. Pág. 448.

3.2. Grado de capacidad de culpabilidad por razón de la edad conforme a las aportaciones de la Psicología moderna

3.2.1. La inexistencia de capacidad de culpabilidad en el menor de doce años

Antes de los doce años³⁷, desde la perspectiva intelectual, el niño se encuentra en el estadio cognitivo de las operaciones concretas, en el que sólo tiene capacidad para comprender de ese modo la sociedad en la que vive y las normas que la regulan. Carece de capacidad para discernir sobre el carácter ilícito de su conducta, pues cuando una persona no tiene aptitud para entender mínimamente la sociedad y sus leyes, tampoco está en condiciones de percibir la antijuridicidad de su actuación.

Por lo que respecta a la capacidad volitiva durante la niñez, es necesario señalar que su presencia está condicionada por la previa existencia de una mínima capacidad para comprender la antijuridicidad de su conducta. De esta manera, si tenemos que el niño carece de capacidad de comprensión legal, inevitablemente tampoco está facultado para autodeterminar su voluntad conforme a tal entendimiento. El menor de doce años carece de capacidad de autodeterminación porque básicamente sólo conoce un motivo de cumplimiento de la ley, cual es el de evitar el castigo.

La inexistencia de la capacidad de culpabilidad de culpabilidad del niño reside en la carencia del mínimo desarrollo intelectual y volitivo.

³⁷ MARTÍN CRUZ, Andrés. *Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad penal por razón de la edad*. Págs. 234-235.

3.2.2. La capacidad de culpabilidad insuficiente del mayor de doce años y menor de catorce

Durante los doce y catorce años³⁸ sobreviene una transformación fundamental en la inteligencia del menor que marca el final del pensamiento concreto y el inicio del formal o abstracto. Esta evolución psicológica indica que en el menor ha surgido la capacidad de comprender el carácter ilícito de su conducta, esto es, el elemento intelectual de la capacidad de culpabilidad, que, a su vez, conlleva la aparición de la capacidad de autodeterminar su voluntad de actuar conforme a esa comprensión, es decir, el elemento volitivo de la capacidad de culpabilidad. Este menor es cualitativamente distinto al niño.

A pesar de que dispone de capacidad intelectual y volitiva, sin embargo, no posee la suficiente capacidad de culpabilidad como para considerarlo responsable de las infracciones legales que cometa por las siguientes razones:

Por un lado, desde el punto de vista cualitativo, el menor únicamente ha comenzado a desarrollar su capacidad para comprender la sociedad y las leyes que la regulan, esto es, el carácter ilícito de su conducta. Esta nueva capacidad de comprensión no permite afirmar que comprende suficientemente tanto las distintas funciones beneficiosas y restrictivas que cumplen las leyes en la organización de la convivencia social, como el verdadero alcance de sus acciones. Entre los doce y los catorce años se produce un tránsito de niño a adolescente; como este cambio no es brusco sino gradual, durante este período el joven adolescente razona unas veces como un niño y otras como un adolescente, lo que pone de manifiesto una insuficiente capacidad intelectual. En cuanto al elemento volitivo de la capacidad de culpabilidad, desde esta misma perspectiva cualitativa, si bien ha comenzado a tener una cierta facultad para autodeterminar su voluntad conforme a la comprensión del carácter ilícito de su conducta, ésta es insuficiente al igual que la intelectual porque aquélla depende y se

³⁸ MARTÍN CRUZ, Andrés. *Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad penal por razón de la edad*. Págs. 235-236.

desarrolla simultáneamente a ésta. Aquí, además de cumplir las normas por temor al castigo y la obediencia a la autoridad, aparecen nuevas causas de cumplimiento de la ley, aunque todavía escasas, como la conformidad personal, evidenciando esa insuficiente capacidad volitiva para poder decidir su comportamiento por uno u otro motivo.

Por otro lado, hay otra razón de carácter cuantitativo que aconseja no atribuir capacidad de culpabilidad al menor de catorce años: no está determinada exactamente sino de forma aproximada la edad de inicio de las operaciones abstractas, pues los psicólogos la sitúan a partir de los doce años. A partir de esta edad, algunos menores, salvo que padezcan una anomalía o alteración psíquica o de la percepción, comienzan a disponer de las citadas capacidades intelectual y volitiva, y otros, un poco más tarde, dependiendo de la estimulación social recibida. No obstante, la mayoría de ellos concluye el desarrollo de esas deficientes facultades a los catorce años. Por ello, hasta esa última edad la capacidad de culpabilidad del conjunto de los menores es insuficiente.

Contra esta posición, SANCHA y PUYÓ³⁹ defienden que en la franja de edad comprendida entre los doce y catorce años, el menor posee la suficiente capacidad para ser responsable de sus acciones y hacerse cargo de las consecuencias.

3.2.3. La capacidad de culpabilidad disminuida del menor entre catorce y dieciocho años

Cuando el adolescente se halla en el período de edad comprendido entre los catorce y los dieciséis años, como consecuencia del proceso de socialización a través de la correspondiente interacción, se produce un nuevo incremento de la capacidad para

³⁹ SANCHA, Víctor y PUYÓ, M^a Carmen. *Nuevas tendencias en la intervención con jóvenes infractores*, en J. URRÁ y M. CLEMENTE (Coords.), *Psicología Jurídica del Menor*. Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1997. Pág. 422.

comprender la ilegalidad de la acción ejecutada, así como de la aptitud para autodeterminar la voluntad de acuerdo con tal comprensión

Este aumento de la capacidad intelectual y volitiva indica que dicho menor es cualitativamente distinto al de inferior edad, también permite sostener que posee la suficiente capacidad de culpabilidad, esto es, que tiene la suficiente capacidad para comenzar a responder ante la sociedad de los actos que realice en contra de ella. Tal capacidad⁴⁰ es sostenible por las tres siguientes razones:

La primera, de carácter cualitativo, se basa en el progreso que experimenta el elemento intelectual de la capacidad de culpabilidad. Al aumentar la capacidad de pensamiento formal, así como la de comprensión social y legal, también se eleva el entendimiento de la antijuridicidad de la conducta, que en este período se estima suficiente porque muestra una aceptable comprensión abstracta de la ley, así como de las funciones que ésta desempeña en la organización de la convivencia social.

La segunda, también de índole cualitativa, se cifra en que, a causa de la anterior evolución, sobreviene asimismo un nuevo aumento de la capacidad de autodeterminar la voluntad para obrar conforme a esa comprensión, pues ahora amplía el repertorio de causas de cumplimiento de la ley como la conformidad social, etc. De esta forma, al ser suficiente el desarrollo de la capacidad intelectual, también lo es el de la capacidad volitiva.

La tercera, de naturaleza cuantitativa, consiste en que ha desaparecido la causa que desaconsejaba no reconocer capacidad de culpabilidad por razones cuantitativas, pues a los catorce años la generalidad de los menores normales ha entrado en la fase del pensamiento formal, y disponen de capacidad suficiente para comprender la

⁴⁰ MARTÍN CRUZ, Andrés. *Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad penal por razón de la edad*. Pág. 237.

antijuridicidad de su conducta, así como para autodeterminar su voluntad conforme a ella.

Desde los dieciséis hasta los dieciocho años continúa desarrollándose la atenuada capacidad intelectual y volitiva del menor. Durante estos años el adolescente es cualitativamente distinto al del período anterior y al semiadulto, y aunque ha ascendido su capacidad de culpabilidad, ésta aún continúa siendo disminuida.

3.2.4. La capacidad de culpabilidad (¿disminuida?) del semiadulto de más de dieciocho años y menor de veinte años

El sujeto que se halla en esta fase final de la adolescencia, es decir, un semiadulto presenta ciertas peculiaridades que aconsejan no reconocerle plena capacidad de culpabilidad.

En esta etapa, desde el punto de vista cualitativo, que es cuando los psicólogos sitúan el final de la adolescencia y el comienzo de la edad adulta, tiene lugar una transición de aquella a ésta. En esta línea, también se pronuncia AGUADO CORREA, Teresa⁴¹ sobre la necesidad de reconocer esta fase de transición, si bien la extiende desde los dieciocho años hasta los veintiuno. Ello significa, en relación al elemento intelectual de la capacidad de culpabilidad, que en este período se produce la conclusión del desarrollo de la capacidad de comprender la ilicitud de la propia conducta y, también sobreviene la cristalización de su uso. En los años en los que tiene lugar la conclusión del desarrollo de la aptitud intelectual del semiadulto, debido a que éste no la ha asimilado completamente, unas veces razona como un adolescente, manifestando así una capacidad intelectual disminuida, mientras que otras lo hace como un adulto, en cuyo caso exhibe una capacidad completa para comprender la antijuridicidad de su

⁴¹ MAPELLI CAFFARENA, B; GONZÁLEZ CANO, M^a I. y AGUADO CORREA, T. *Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*. Junta de Andalucía, Consejería de Justicia y Administración Pública. Sevilla, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2002. Pág. 56.

comportamiento. La consolidación del manejo de esa capacidad intelectual se consigue mediante su ejercicio y con el paso del tiempo. En este período, los jóvenes adultos continúan poseyendo una capacidad intelectual atenuada. En cuanto al elemento volitivo, en estos años también se completa la evolución de la capacidad para autodeterminar la voluntad de obrar conforme a la previa comprensión que posee, a la vez que se consolida el uso de ésta. Por consiguiente, hasta los veinte años está menguada la capacidad volitiva del sujeto.

Desde el punto de vista cuantitativo, no todos los semiadultos completan el desarrollo de sus capacidades intelectual y volitiva de manera automática al llegar a los dieciocho años, o a los diecinueve, etc. aunque para la mayoría casi absoluta de ellos habrá concluido a los veinte años. Esto es debido a que el ritmo de desarrollo de tales capacidades no es idéntico en todas las personas sino que depende del contacto y estimulación que reciba a través de la familia, el colegio, la prensa, las instituciones públicas, la policía, la justicia, etc. De este modo, los sujetos que hayan experimentado menos incitación e información que otros de su misma edad presentarán un retraso cognitivo que se traduce en un retraso de la capacidad de comprensión social y legal, y, por tanto, de la capacidad de comprender la ilicitud de una conducta, así como de la de dirigir su voluntad conforme a tal comprensión.

De todo lo anterior se desprende que desde los dieciocho hasta los veinte años el semiadulto es cualitativamente distinto al adolescente de inferior edad y al adulto. También que hay razones cualitativas y cuantitativas que nos llevarían a pensar en una capacidad de culpabilidad disminuida de los semiadultos. En consecuencia, entiendo que cabe plantearse lo siguiente: ¿atribuir capacidad de culpabilidad plena a los sujetos de entre dieciocho y veinte años es una situación injusta?

Considero de interés hacer alusión a la posición de CUELLO CONTRERAS⁴². Según este autor, el menor y el joven no carecen de capacidad de culpabilidad; sus dificultades se refieren más bien al control de los impulsos debido a la inmadurez. Además, apunta que *la anomalía quizá más típica (no se quiere decir que frecuente, aparte de la dificultad de la edad de cara a su diagnóstico) en menores infractores es el trastorno narcisista de la personalidad.*

3.2.5. La capacidad de culpabilidad plena del adulto mayor de veinte años

La nueva etapa del desarrollo humano denominada adultez da comienzo a partir de los veinte años. En ella el sujeto normal muestra completamente desarrollada y consolidada tanto su capacidad intelectual para comprender el carácter ilícito de su conducta, como la volitiva para actuar acorde al pleno entendimiento de la ilegalidad de su comportamiento, pues ha completado el proceso de desarrollo de la capacidad de comprensión social y legal, así como la de autodeterminar su voluntad coherentemente con dicho entendimiento. De manera que, a la edad de veinte años el adulto que no padezca anomalía o alteración psíquica o de la percepción, es cualitativamente diferente del semiadulto y del adolescente y posee una capacidad de culpabilidad plena.

⁴² CUELLO CONTRERAS, Joaquín. "Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad del menor y su tratamiento educativo". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* [en línea]. 2010, núm. 12-01, 7 de marzo. Disponible en:< <http://criminet.ugr.es/recpc>>. ISSN 1695-0194.

LA CAPACIDAD DE CULPABILIDAD EN EL VIGENTE DERECHO PENAL ESPAÑOL

LA CAPACIDAD DE CULPABILIDAD Y SU FUNDAMENTO EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995

1. La capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta y de actuar conforme a dicha comprensión

El vigente Código penal español de 1995, al igual que los anteriores y la mayor parte de los códigos penales europeos, no contiene la palabra imputabilidad y no ofrece directamente una definición de la capacidad que ha de concurrir en el sujeto al momento de cometer el hecho delictivo para considerarlo responsable penalmente.

Ante tal ausencia, la doctrina mayoritaria, haciendo una interpretación *a sensu contrario* del actual Código penal español, la conceptualiza como la capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta y de actuar conforme a dicha comprensión. Así, por ejemplo, CEREZO MIR⁴³ tras rechazar la definición que venía sosteniendo la Ciencia del Derecho penal española de la imputabilidad como capacidad de entender y de querer, porque la considera dogmáticamente insostenible, pues si faltaba en el sujeto, por completo, la capacidad de entender y de querer quedarían excluidas la acción u omisión como primer elemento del concepto del delito, en cambio, le *...parece más acertado (...) el concepto de imputabilidad como capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta y de obrar conforme a ese conocimiento, que inspira (...) la regulación de las eximentes de anomalía o alteración psíquica y de intoxicación plena (...) o de hallarse bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, de los nº 1º y 2º del artículo 20 de nuestro Código penal.* Sin embargo, esta fórmula es criticada por algunos

⁴³ CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho penal español, parte general III. Teoría jurídica del delito/2*. Madrid, Tecnos, 2001. Pág. 51.

defensores de las teorías de la motivalidad, pues mientras unos la tildan de sectaria, como GIMBERNAT ORDEIG, otros dicen, en cambio, que con ella se admite la libertad de la voluntad o libre albedrío como fundamento de la imputabilidad, cuya existencia niegan por indemostrable en el caso concreto.

GIMBERNAT ORDEIG⁴⁴ señala que se trata de una manifestación de sectarismo doctrinal, pues el artículo 20 del Código penal, al decantarse a favor del fundamento de la culpabilidad en el indemostrable libre albedrío, está orillando así un importante sector de la doctrina española que la fundamenta en la accesibilidad del sujeto a la motivación por la norma penal. Además, este autor, sobre la indemostrabilidad del libre albedrío en el momento de delinquir se pronuncia, señalando que el Código penal *toma posición en el artículo 20.1º, a favor de la tesis que establece el límite entre la culpabilidad y la inculpabilidad en el libre albedrío, olvidándose, no obstante, del importante detalle de indicar cómo se demuestra en el caso concreto si el autor tenía libertad para actuar o carecía de ella.*

Por su parte MIR PUIG⁴⁵, al referirse a la concepción utilizada por la doctrina dominante y que acoge el Código penal para caracterizar la imputabilidad, la cual presupone la libertad de la voluntad, estima que, en el momento en que el sujeto infringe la norma, ésta es *indemostrable científicamente.*

Como antes apunté, la doctrina mayoritaria defiende un concepto de capacidad de culpabilidad deducido *a contrario sensu* del artículo 20 del Código penal. En este sentido, el artículo 20.1º, párrafo primero del citado texto legal dice que está exento de responsabilidad criminal *el que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.* Según este precepto, la exclusión de la

⁴⁴ GIMBERNAT ORDEIG, E. *El nuevo Código penal: valoración global de los criterios político-criminales que lo informan*, en *Jornadas sobre el nuevo Código penal de 1995*. Bilbao, 1998. Págs. 17 y 20 ss.

⁴⁵ MIR PUIG, S. *Derecho penal, parte general*. Pág. 558.

responsabilidad criminal requiere la concurrencia simultánea de un requisito temporal, otro biológico o psiquiátrico y finalmente otro psicológico.

El requisito temporal lleva aparejada la exigencia de que el juzgado o tribunal examine en el sujeto la exención de responsabilidad penal *al tiempo de cometer la infracción penal*. Ello no plantea dificultad alguna de interpretación, pues resulta evidente que el propósito del legislador es que el juzgador no estime la causa de exclusión de la responsabilidad criminal que pudiera concurrir antes de cometer el hecho ilícito o después de él, sino la existente en el momento de la transgresión penal.

Por lo que respecta al requisito biológico o psiquiátrico, tampoco plantea problema alguno de comprensión, pues se refiere al padecimiento de *cualquier anomalía o alteración psíquica* en el momento de delinquir.

En cambio, el requisito psicológico se refiere a la imposibilidad de *comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión*. Éste puede plantear problemas interpretativos, ya que se compone de un elemento intelectual y otro volitivo.

El elemento intelectual consiste en que el sujeto *no pueda comprender la ilicitud del hecho*. Sólo una persona normal con capacidad para comprender la sociedad y sus leyes, podrá percibir la ilicitud del hecho delictivo cometido, porque posee aptitud psíquica para entender tanto la existencia de las leyes que regulan la convivencia social, como la infracción de la norma jurídica cuando actúa contra la sociedad o sus miembros. El legislador no exige el conocimiento del precepto legal infringido sino que le basta con que sepa que su conducta es ilícita y que causa daño a la sociedad o a algunos de sus miembros. Por lo tanto, es la ausencia de esta capacidad de comprensión la que excluye la capacidad de culpabilidad de una persona⁴⁶.

⁴⁶ *Vid.* El elemento intelectual de la capacidad de culpabilidad.

En relación al elemento volitivo, su presencia puede apreciarse en el Código penal, pues éste declara exento de responsabilidad criminal a quien, a pesar de tener capacidad de comprensión, sin embargo, *no pueda (...) actuar conforme a esa comprensión*. En consecuencia, se trata de una persona que no puede actuar, esto es, que carece de capacidad para autodeterminar su voluntad de obrar, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, aunque sí dispone de capacidad intelectual para comprender la antijuridicidad de su conducta. El artículo 20.1º, al admitir que el sujeto no puede actuar conforme *a esa comprensión*, está presuponiendo que comprende *la ilicitud del hecho*. Independientemente de la causa biológica o psicológica que excluya el elemento volitivo de la capacidad de culpabilidad, lo que el Código penal pretende destacar es que éste deberá concurrir siempre con el intelectual. Por tanto, aunque exista capacidad intelectual, la ausencia de la volitiva es la que determina la incapacidad de culpabilidad del agente⁴⁷.

De esta manera, haciendo una interpretación *a contrario sensu* del citado precepto, será responsable criminalmente el sujeto que no padezca anomalía o alteración psíquica alguna y que al tiempo de cometer la infracción penal disponga de capacidad intelectual para entender la significación antijurídica de su conducta y volitiva para obrar conforme a tal entendimiento. Por tanto, esta interpretación permite definir la capacidad de culpabilidad como la capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta y de actuar conforme a dicha comprensión.

Este concepto también puede extraerse del artículo 20.2º, que alude a la exclusión de responsabilidad del sujeto que *al tiempo de realizar la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena (...) o se halle bajo la influencia del síndrome de abstinencia (...) que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión*. Aquí, el legislador se está refiriendo al mismo requisito psicológico, compuesto por un elemento intelectual y otro volitivo. La ausencia de uno de ellos determina la exención de responsabilidad penal, mientras que la presencia de los dos significa el reconocimiento de la capacidad de culpabilidad y, por ende, de la

⁴⁷ *Vid.* El elemento volitivo de la capacidad de culpabilidad.

responsabilidad penal. Por consiguiente, esta interpretación por vía negativa del artículo 20.2º del Código penal nos conduce a la misma definición de la capacidad de culpabilidad.

Es preciso poner de manifiesto que del artículo 20.1º y 2º del Código penal, se desprende que el legislador opta por una fórmula mixta⁴⁸ para determinar la exclusión de la responsabilidad criminal, es decir, una fórmula biológica o psiquiátrica y psicológica, que exige en el momento de cometer la infracción penal la presencia de un requisito biológico o psiquiátrico, consistente en *cualquier anomalía o alteración psíquica*, y otro requisito psicológico, conforme al cual dicha anomalía o alteración psíquica le impida *comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a dicha comprensión*.

En cuanto al requisito biológico psiquiátrico, nuestro TS matiza que en el caso de concurrencia de anomalía o alteración psíquica *es preciso una relación entre la enfermedad y la conducta delictiva: la enfermedad es condición necesaria pero no suficiente*, (STS 503/2008 de 17 de julio).

2. La minoría de edad penal

Según el art. 19 del Código penal, *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*. La Disposición final séptima del CP suspendió la entrada en vigor de este artículo *hasta tanto adquiriera vigencia la ley que regule la responsabilidad penal del menor a que se refiere dicho precepto*. La LO 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, entró en vigor al año de su promulgación (5 de enero de 2001). Su art. 1.1 declaró: *Esta Ley*

⁴⁸ Esta fórmula mixta puede consultarse, entre otros, en: RODRÍGUEZ MOURILLO, Gonzalo (Dir.). *Comentarios al Código penal*. Civitas, Madrid, 1997. Pág. 87

se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de los hechos tipificados como delitos o faltas en el Código penal o en las leyes penales especiales. Según el art. 3 de la misma ley: Cuando el autor de los hechos mencionados en los artículos anteriores sea menor de catorce años, no se 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.

En relación con la entrada en vigor del citado art. 19 del Código penal, estimo de interés hacer referencia al Auto del TS, de 1 de abril de 1998. En virtud del cual, en base a la aplicación la ley penal más favorable a sujeto mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, el TS considera que, al no haber entrado en vigor el art. 19 del CP/1995 y no existir, por tanto, cambio de régimen legal, no se pueden aplicar normas de régimen transitorio. Así, el TS afirma en dicho Auto que: *en la medida que, en la situación legal vigente, los menores de dieciocho años y mayores de dieciséis siguen siendo considerados imputables, puede afirmarse que las reglas que regulan la exclusión de la capacidad de culpabilidad de menores no se han modificado, y que no es posible plantear la cuestión de la aplicación de un régimen legal más favorable que no se encuentra en vigor.*

De todo ello se deduce, según MIR PUIG⁴⁹ : 1) que la plena imputabilidad y responsabilidad con arreglo al CP no se alcanza hasta los dieciocho años; 2) que desde los catorce años hasta los dieciocho años se prevé un régimen de responsabilidad que también se denomina *penal*, pero que es muy distinto del previsto por el CP para los mayores; 3) que los menores de catorce años no están sujetos a ninguna clase de responsabilidad penal, sino sólo a medidas educativas y/o asistenciales.

El derogado art. 69 del Código penal de 1995 establecía que: *al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno que cometa un hecho delictivo podrán aplicársele las disposiciones de la ley que regule la responsabilidad penal del menor en los casos y*

⁴⁹ MIR PUIG, S. *Derecho penal, parte general*. Pág. 583.

con los requisitos que ésta disponga. Así, en el art. 4 de la Ley 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, se desarrollaba aquella previsión para hechos poco graves de personas no reincidentes, atendiendo también a las circunstancias personales y al grado de madurez, con los requisitos oportunos.

Sin embargo, a lo largo del período de un año de *vacatio legis* previsto en la Disposición Final Séptima de la LO 5/2000, el contenido de lo dispuesto en el art. 4 de la Ley fue objeto de seria crítica. Se aludía, en particular, a la ausencia de recursos para afrontar las consecuencias de su aplicación; pero el propio criterio de fondo subyacente a dicha disposición era considerado discutible por muchos. Ello dio lugar a que, mediante la Disposición Transitoria Única de la LO 9/2000, de 22 de diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia, se estableciera lo siguiente: *Se suspende la aplicación de la LO 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en lo referente a los infractores de edades comprendidas entre los dieciocho y los veintiún años, por un plazo de dos años desde la entrada en vigor de la misma.*

Dos años más tarde, próximo el vencimiento del plazo de suspensión establecido en la LO 9/2000, la Disposición Transitoria Única de la LO 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación del Código penal y del Código civil sobre sustracción de menores, volvía a establecer una disposición de contenido similar: *Se suspende la aplicación de la LO 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en lo referente a los infractores de edades comprendidas entre los dieciocho y los veintiún años, hasta el 1 de enero de 2007.*

En nuestra jurisprudencia son diversos los casos en los que los Tribunales han subrayado la situación de suspensión y, por consiguiente, de no aplicación de los preceptos relativos a los jóvenes mayores de dieciocho y menores de veintiuno. Así, la STS 733/2000, de 27 de abril, argumenta en torno a la suspensión del artículo 69 del Código penal y de los artículos 1.2 y 4 de la LORRPM. Estos argumentos también se ponen de manifiesto en la Sentencia 45/2002 de la Audiencia Provincial de Sevilla, de

10 de septiembre; así como, en la Sentencia 565/2003 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 16 de diciembre, entre otras.

De este modo, como afirma SILVA SÁNCHEZ⁵⁰, con el paso de los años y a la vista de la clara evolución de la Política Criminal Internacional en materia de delincuencia de menores y jóvenes adultos, iba quedando claro que el art. 4 de la LO 5/2000 no entraría en vigor jamás. De hecho, cuando el Gobierno surgido de las elecciones de 2004 se planteó la reforma de dicha Ley, pronto se advirtió que una de las disposiciones a las que la reforma podría afectar sería la contenida en el art. 4. Efectivamente, la LO 8/2006, de 4 de diciembre, de reforma de la LO 5/2000, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, ha procedido a la derogación de aquella disposición.

Sin embargo, la fecha de entrada en vigor de la LO 8/2006, que, entre otras reformas, establece la derogación del art. 4 de la LO 5/2000, se fijó para el día 5 de febrero de 2007. Y la Disposición Transitoria Única de la LO 9/2002, de 10 de diciembre, sólo había suspendido la aplicación del art. 4 de la LO 5/2000 hasta el 1 de enero de 2007. Ello significaba que:

Después de un período de suspensión de siete años, el art. 4 de la LO 5/2000 entraba en vigor el 1 de enero de 2007. En consecuencia, a los mayores de dieciocho años y menores de veintiún años que hayan cometido un delito menos grave sin violencia o intimidación ni grave peligro para la vida o la integridad de las personas entre el 1 de enero y el 5 de febrero de 2007 no se les impondrán, cuando sean juzgados, las penas previstas en el Código penal para el delito de que se trate. Ni siquiera serán juzgados conforme al procedimiento penal común correspondiente. Por el contrario, serán sometidos a la LO 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. Una vez juzgados conforme al procedimiento que dicha Ley

⁵⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “*Rebajas de enero*” para delincuentes jóvenes adultos, ¿con efecto retroactivo? InDret. Revista para el Análisis del Derecho [en línea]. Barcelona, enero de 2007. Disponible en: <<http://www.indret.com>>. Pág. 5.

establece, se les aplicará alguna medida que ésta prevé para los jóvenes infractores de catorce a dieciocho años de edad.

En cambio, el sujeto mayor de dieciocho y menor de veintiún años que cometa, a partir del 5 de febrero de 2007, un delito de los indicados será juzgado por el procedimiento penal común. Y se le impondrá la pena prevista en el Código penal para el delito de que se trate, sin atenuación específica alguna. Pues esto es precisamente lo que establece la LO 8/2006, de 4 de diciembre, de reforma de la LO 5/2000, que derogó el art. 4 de este último texto legal.

Así, en palabras de SILVA SÁNCHEZ⁵¹, *la falta de coordinación entre lo dispuesto en la Disposición Transitoria Única de la LO 9/2002 y el plazo de “vacatio legis” establecido para la LO 8/2006 había provocado unas curiosas “rebajas de enero” para los delincuentes entre dieciocho y veintiún años.*

3. Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad en el actual Código penal

3.1. La capacidad de motivación

Algunos defensores de la corriente motivacionista se inclinan por situar la capacidad de motivación, como fundamento de la capacidad de culpabilidad, en el art. 20.1º del vigente Código penal. En esta línea, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y otros⁵², que se decantan por un concepto de imputabilidad basado en la suficiente capacidad de motivación del autor por la norma penal, sostienen que para atribuir el calificativo de culpable al autor de un hecho antijurídico, la primera incógnita a despejar es la de determinar si en el momento de cometer el hecho posee la capacidad psíquica

⁵¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *“Rebajas de enero” para delincuentes jóvenes adultos, ¿con efecto retroactivo?* Pág. 5.

⁵² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. *Lecciones de Derecho penal, parte general*. Barcelona, Praxis, 1996. Págs. 207 ss.

que se considera suficiente para sentirse motivado por la norma, esto es, *se trata de averiguar, en otras palabras, si el sujeto estaba en situación de “comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión*, tal y como se establece ahora en el Código penal español, recogiendo casi literalmente la fórmula adoptada por el legislador alemán en 1975; por lo tanto, de este planteamiento resulta que la esencia de la suficiente capacidad de motivación para actuar conforme a la previa comprensión tiene cabida en el artículo 20 del Código penal.

En el mismo sentido, BACIGALUPO⁵³, tomando como punto de partida que la capacidad de motivación es de naturaleza eminentemente normativa, y que ésta, como capacidad para determinarse por el cumplimiento del deber, *requiere: a) la capacidad de comprender la desaprobación jurídico-penal y b) la capacidad de dirigir el comportamiento de acuerdo con esa comprensión*, pone de manifiesto que la capacidad de motivación para manejar la conducta en coherencia con la previa comprensión normativa tiene amparo en el artículo 20 del Código penal.

3.2. La capacidad de autodeterminación y de motivación

Otra corriente doctrinal ecléctica o conciliadora, promovida por autores como MORALES PRATS⁵⁴ y SÁNCHEZ YLLERA⁵⁵, conforme a la cual el artículo 20 del Código penal permite amparar el fundamento legal de la capacidad de culpabilidad tanto en el libre albedrío como en la motivalidad.

De esta manera, MORALES PRATS considera que la definición *a sensu contrario* de imputabilidad dada en el artículo 20 *es lo suficientemente laxa (capacidad para comprender la ilicitud del hecho o para determinar el comportamiento conforme a*

⁵³ BACIGALUPO, Enrique. *Principios de Derecho penal, parte general*. Pág. 324.

⁵⁴ MORALES PRATS, Fermín, en G. QUINTERO OLIVARES (Dir.) y J.M. VALLE MUÑIZ (Coord.). *Comentarios al Nuevo Código penal*. Págs. 136 ss.

⁵⁵ SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio, en T.S. VIVES ANTÓN (Coord.). *Comentarios al Código Penal de 1995*. Págs. 113 ss.

esa comprensión) como para permitir su asunción o desarrollo interpretativo desde puntos de vista muy dispares. A partir de esta definición legal, por un lado, la corriente doctrinal mayoritaria de nuestro país puede estructurar el concepto de culpabilidad asentado en concepciones modernas sobre la libertad humana, de corte no absoluto sino relativo, por otro lado, en igual medida, otras corrientes doctrinales que se han orientado hacia la revisión del concepto de culpabilidad sobre la idea básica de motivalidad del sujeto, también están es disposición de aceptar la cláusula definitoria del artículo 20 del Código penal, pues la capacidad para comprender y para determinar los actos conforme a esa comprensión admite en su seno la idea de motivalidad normal como parámetro definitorio de tal expresión legal, y, por último, esta definición constituye un obstáculo legal para aquel concreto y determinado sector doctrinal, que postula no ya la revisión del concepto de culpabilidad y de sus presupuestos sino su sustitución por otros tales como el concepto de necesidad de pena.

En la misma línea, SÁNCHEZ YLLERA también parece admitir que el fundamento de la capacidad de culpabilidad que se desprende del artículo 20.1º del Código penal puede hallarse en la libertad de la voluntad o en la capacidad de motivación por la norma, toda vez que cuando se refiere a las causas de exclusión de la imputabilidad previstas en el artículo 20.1º, 2º y 3º señala que, *encuentre su fundamento en el libre albedrío o en la capacidad de ser motivado por la norma, lo cierto es que el legislador ha recogido los conceptos mayoritariamente aceptados en la doctrina y jurisprudencia.*

Es importante tener en cuenta que en la Exposición de Motivos del actual Código penal el legislador declara que en su elaboración, después de escuchar todas las opiniones, se ha optado *por las soluciones que parezcan más razonables, esto es, por aquellas que todo el mundo debería poder aceptar.*

3.3. La capacidad de autodeterminación

La doctrina mayoritaria, además de inferir el concepto de capacidad de culpabilidad a partir de las causas de exclusión de la responsabilidad criminal previstas en el artículo 20.1º y 2º del Código penal, sostiene la capacidad de autodeterminación o libertad de la voluntad como fundamento de la misma y de la culpabilidad⁵⁶.

El artículo 20.1º establece que está exento de responsabilidad criminal el que en el momento de cometer la infracción penal, debido a cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o bien *no pueda (...) actuar conforme a esa comprensión*. Este precepto alude a dos supuestos distintos: el primero de ellos, que se refiere a los sujetos que ni entienden la significación antijurídica de su comportamiento, ha de rechazarse como fundamento porque si falta la capacidad intelectual de comprender, fallará también la capacidad volitiva para dirigir su conducta; en cambio, el segundo de los supuestos, atiende a los sujetos que comprenden la desaprobación jurídicopenal, pero no pueden actuar coherentemente con dicho entendimiento. Ahora bien, cuando el legislador declara que una persona queda exenta de responsabilidad criminal porque no puede *actuar* en consonancia con la comprensión de la ilicitud del hecho, puede interpretarse que la expresión *no puede actuar* alberga en su seno la idea de que ese sujeto carece de capacidad para autodeterminar su voluntad, es decir, con el verbo *actuar* se refiere de forma implícita a la capacidad de autodeterminar libremente su voluntad, porque no actúa libremente el que no puede autodeterminarse con libertad. En este supuesto falta el elemento volitivo de la capacidad de culpabilidad. En consecuencia, al interpretar esta disposición *a sensu contrario*, resulta que es responsable criminalmente por poseer capacidad de culpabilidad el sujeto que en momento de delinquir puede autodeterminar libremente su voluntad para actuar de acuerdo con su comprensión de la desaprobación jurídicopenal del hecho. De esta forma, el Código penal, por vía negativa, acoge la capacidad de autodeterminación como fundamento de la capacidad de culpabilidad.

⁵⁶ *Vid.* La capacidad de autodeterminación o libertad de la voluntad.

Este fundamento también puede deducirse de la exención del artículo 20.2°. De modo que, esta disposición, cuando deja exento de responsabilidad criminal al sujeto que en el momento de delinquir se halle en estado de intoxicación plena o bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, que le impida comprender la ilicitud del hecho o bien *le impida (...) actuar conforme a esa comprensión*, implícitamente está poniendo de relieve que no puede *actuar* coherentemente el que no tiene capacidad para autodeterminar libremente su voluntad. Si se interpreta por vía negativa, resulta que sólo podría *actuar* adecuando su conducta al entendimiento de la antijuridicidad del hacer el sujeto que en el momento de delinquir pudiera autodeterminar libremente su voluntad. En consecuencia, la capacidad de *actuar* de la que habla el Código penal apunta implícitamente a la capacidad de autodeterminación.

3.4. Graduación de la capacidad plena de autodeterminación

El Código penal distinguía dos períodos en los que es diferente la capacidad de autodeterminar libremente la voluntad de actuar del sujeto. Así, en el primero de ellos, que comprendía desde los dieciocho hasta los veintiún años, el legislador suponía *iuris tantum* la capacidad plena de autodeterminación de todas las personas que delincan y se encuentren englobadas en esa franja de edad (art. 19 y el derogado art. 69, en relación con las exenciones del art. 20.1° y 2°). Éstos quedarían comprendidos en el ámbito de aplicación del Código penal, no obstante, se preveía que, si se demostraba que la capacidad de autodeterminación del sujeto no era plena sino atenuada, podía ser sometido a la LORRPM. Esta posibilidad, como antes expuse⁵⁷, que contemplaba el art. 4 de la LO 5/2000, después de siete años de suspensión, fue derogada por la LO 8/2006, de reforma de la LO 5/2000, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. Por tanto, en la actualidad, a pesar de la previsión del derogado art. 69, a los sujetos entre dieciocho y veintiún años que cometan una infracción penal se les sigue aplicando el Código penal.

⁵⁷ *Vid.* La minoría de edad penal.

En cambio, en el segundo período, que se extendía desde los veintiún años en adelante (derogado art.69), el legislador establecía la presunción *iuris et de iure* de capacidad plena de autodeterminación de todos los sujetos mayores de esa edad, a los que se aplicará el Código penal.

LA CAPACIDAD DE CULPABILIDAD DISMINUIDA DEL MENOR Y SU FUNDAMENTO EN LA LORRPM DE 2000

El nuevo marco jurídicopenal incorporado por la LORRPM (y su posterior reforma por la LO 8/2006) a nuestro Ordenamiento Jurídico, regulador de las acciones y omisiones delictivas efectuadas por los menores, ha supuesto un hito histórico en esta materia.

1. Antecedentes inmediatos de la LORRPM

La promulgación de la LORRPM de 12 de enero de 2000, como indica el punto 1 de su Exposición de Motivos, es una necesidad impuesta por la LORCPJM de 5 de junio de 1992, la Moción aprobada por el Congreso de los Diputados el 10 de mayo de 1994, y el artículo 19 del vigente Código penal.

La STC 36/1991, de 14 de febrero, que declara inconstitucional el artículo 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, en el fundamento jurídico número 6 hace constar la necesidad imperiosa de que las Cortes reformen la legislación tutelar de menores. Como consecuencia de esta sentencia se promulga en 1992 la LORCPJM, diseñando un marco flexible para determinar las medidas aplicables a las personas comprendidas entre los doce y dieciséis años que cometan hechos susceptibles de ser tipificados como infracciones penales, pero siempre sobre la base de una valoración especial del interés del menor. En su Exposición de Motivos resalta, tanto el carácter provisional de la reforma acometida, como la necesidad de que se lleve a cabo una nueva iniciativa legislativa sobre el enjuiciamiento de los menores en cuanto infractores penales, y expone expresamente que: *la presente ley tiene el carácter de una reforma urgente que adelanta parte de una renovada legislación sobre reforma de menores, que será objeto de medidas legislativas posteriores.*

La Moción aprobada por unanimidad en el Pleno del Congreso de los Diputados el 10 de mayo de 1994, también respalda la necesidad de modificar el régimen jurídicopenal aplicable al menor de edad. En dicha Moción el Congreso insta al Gobierno, entre otras cosas: *Primero. Establecer la mayoría de edad penal a los dieciocho años e incorporarlo, en el próximo Proyecto de Ley Orgánica del Código penal, condicionando su entrada en vigor a la aprobación de una ley penal juvenil. Segundo. Remitir una ley penal del menor y juvenil que contemple la exigencia de responsabilidad para los jóvenes infractores que no hayan alcanzado la mayoría de edad penal, fundamentadas en principios orientados a la reeducación de los menores de edad infractores, sobre la base de las circunstancias personales, familiares y sociales, y que tenga especialmente en cuenta las competencias de las Comunidades Autónomas en estas materias.*

El artículo 19 del vigente Código penal establece la mayoría de edad a los dieciocho años, y exige la regulación expresa de la responsabilidad de los menores de tal edad en una Ley independiente. Para dar cumplimiento a esta exigencia se aprueba la LORRPM, cuya Exposición de Motivos, punto 4, complementa en un doble sentido lo dispuesto por el Código penal. Primeramente, asienta firmemente el principio de que la responsabilidad penal de los menores se centra con carácter primordial en la intervención educativa, que trasciende a todos los aspectos de su regulación jurídica y que establece considerables diferencias entre éstos y los adultos, a la hora de determinar el sentido y el procedimiento de las sanciones en uno y otro sector, sin perjuicio de las garantías comunes a todo justiciable. En segundo lugar, fija en catorce años la edad mínima a partir de la cual comienza la posibilidad de exigir responsabilidad penal a los menores.

Otros criterios orientadores de la redacción de la LORRPM son los contenidos en la doctrina del TC, especialmente en los fundamentos jurídicos de las sentencias 36/1991, de 14 de febrero, y 60/1995, de 17 de marzo, sobre las garantías y el respeto de los derechos fundamentales que han de regir en el procedimiento de menores, sin perjuicio de las modulaciones precisas que, respecto del procedimiento ordinario, permiten tener en cuenta la naturaleza y finalidad de aquel tipo de proceso.

En el momento de iniciarse los trabajos para redactar el ALORJM de 1997, el entonces secretario general técnico del Ministerio de Justicia BUENO ARÚS indica que los redactores parten de la LORCPJM, de la experiencia obtenida en su aplicación práctica, del Derecho comparado y de recientes elaboraciones doctrinales.

De ello se desprende que el prelegislador, entre las múltiples opciones político-criminales existentes y dirigidas al tratamiento punitivo de la delincuencia protagonizada por menores y jóvenes, desde un primer momento se inclina por desechar el antiguo modelo tutelar y paternalista de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948, caracterizado por prescindir de las garantías inherentes a todo procedimiento judicial seguido contra el menor. En cambio, toma como punto de partida los dos modelos al uso para enjuiciar la delincuencia juvenil, tanto en España como en el Derecho comparado, además de que tiene en cuenta los resultados prácticos obtenidos con la aplicación de la LORCPJM, así como las aportaciones de la doctrina. Es decir, el prelegislador se basa, por un lado, en el modelo de justicia⁵⁸, también llamado responsabilizador, de corte procesalmente punitivo, recogido en la LORCPJM y que insta un procedimiento incriminador rodeado de todas las garantías fundamentales reconocidas a los delincuentes adultos, pero manteniendo en lo esencial el sistema tutelar y paternalista previsto en la citada Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948, aunque introduce algunas modificaciones, y, por otro, en el también modelo responsabilizador, de signo penal represivo, previsto en el Derecho penal juvenil alemán, que, al igual que el anterior modelo, prevé un procedimiento para el enjuiciamiento del menor en el que se respetan todas las garantías fundamentales del Derecho penal común, pero recurre inevitablemente a las reglas y principios propios del Derecho penal ordinario.

⁵⁸ Vid. este modelo en: RÍOS MARTÍN, Julián Carlos. *El menor infractor ante la ley penal*. Comares, Granada, 1994. Págs. 222 ss.

2. Naturaleza jurídica de la LORRPM

Desde el punto de vista formal no se cuestiona la naturaleza penal de la LORRPM, en cambio, desde la perspectiva material, hay una contradicción evidente entre la naturaleza sancionadora-educativa declarada expresamente en su Exposición de Motivos y la naturaleza penal que se desprende de su articulado.

2.1. Naturaleza formalmente penal

La LORRPM, al igual que el artículo 19 del Código penal, califica de penal la responsabilidad exigible a los menores. No obstante, este planteamiento se aleja del defendido por el Gobierno del Partido Popular en el ALOJJ y en el ALORJM. En ambos casos no se regula la responsabilidad penal sino la justicia de los menores de dieciocho años, exigiéndoles a los infractores una auténtica responsabilidad de naturaleza formalmente sancionadora-educativa, todo ello previa reforma de los artículos 19 y 69 del Código penal. Las críticas⁵⁹ formuladas a la falta de reconocimiento del carácter penal de la Ley proyectada y a la pretendida modificación de estos últimos preceptos del Código penal determinan primeramente que el Proy. LORRPM de 1998 y luego la LORRPM de 2000 reconozcan, sin lugar a dudas, la naturaleza formalmente penal de la responsabilidad de los menores de dieciocho años.

⁵⁹ En referencia al ALORJM, DOLZ LAGO, Manuel Jesús. *Algunos aspectos de la legislación penal de menores*, en *La Ley*, núm. 4540, mayo de 1998. Pág. 3, subraya la incoherencia de su Exposición de Motivos, pues ésta de un lado rehúye el adjetivo “penal” para referirse a la responsabilidad jurídica de los menores infractores que cometan una infracción de esta naturaleza, y, de otro, reconoce la naturaleza “sancionadora” de la proyectada Ley.

Pág. 6. En cuanto a la reforma de los artículos 19 y 69 del Código penal. Éste se pronuncia a favor del mantenimiento de los artículos 19 y 69 en los mismos términos en los que se redactaron originariamente, mientras que el Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía General del Estado, en sus respectivos informes, guardan silencio al respecto.

Esta naturaleza se pone de manifiesto en su propia denominación, “Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”⁶⁰, y en diversos puntos de la Exposición de Motivos:

Así, el número 1, comienza anunciando que *la promulgación de la presente Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores era una necesidad impuesta*; a continuación, en el número 4 dice, por un lado, que esta Ley Orgánica *asienta firmemente el principio de que la responsabilidad penal de los menores presenta frente a la de los adultos un carácter primordial de intervención educativa*, y por otro, 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*; posteriormente, en el número 6 de manera más explícita reconoce que la redacción de la presente Ley Orgánica ha sido conscientemente guiada, entre otros, por el principio general de *naturaleza formalmente penal*; finalmente, en el número 7 reconoce que se trata de un *Derecho penal de menores* en el que ha de primar el superior interés del menor.

2.2. Naturaleza materialmente penal

Es preciso señalar que nos encontramos ante una Ley estructurada sistemáticamente en una parte sustantiva, otra procesal y otra ejecutiva, similares a las del Derecho penal general. Los hechos delictivos sometidos a su ámbito de aplicación son los mismos delitos y faltas previstos para los adultos en el Código penal y en las leyes penales especiales. El procedimiento diseñado para enjuiciar esos delitos y faltas, además de ser especial, está revestido de todas las garantías constitucionales establecidas en el Derecho penal para los adultos.

⁶⁰ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M^a. Isabel. *La nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor*, en *Actualidad penal*, núm. 33, septiembre de 2000. Pág. 705.

En relación a las medidas aplicables a estos menores, éstas son auténticas penas, ya que cumplen las funciones propias del Derecho penal general, y muchas de ellas tienen un contenido análogo a las penas del Código penal. Por tanto, estamos ante una ley cuyas medidas se dirigen fundamentalmente a la prevención especial del menor. Con ellas se pretende reinsertarle en la sociedad mediante la intervención educativa, teniendo en cuenta el superior interés de aquél. En menor medida, también se encaminan a la prevención general, intimidando a los destinatarios de las normas para que no las incumplan. Además, acogen el principio de proporcionalidad, toda vez que se intenta crear un equilibrio entre los hechos delictivos cometidos y las medidas a imponer. Y, por último, algunas de ellas revisten un puro carácter retributivo, puesto que el reproche que se le hace al menor por haber actuado como lo hizo, cuando podía haberse comportado de otra manera, se hace mediante una medida que en muchos casos es excesivamente larga y cuya modificación queda condicionada a la constatación de la efectividad del reproche dirigido al infractor.

Esto permitiría concluir que nos encontramos en presencia de una Ley Orgánica de naturaleza materialmente penal, con un procedimiento de carácter penal generador de medidas constitutivas de auténticas penas, no obstante, es especial porque éstas están orientadas a la efectiva reinserción del menor mediante una intervención educativa y resocializadora, con predominio en ellas del superior interés de éste. En esta línea se pronuncian MATALLÍN EVANGELIO⁶¹ , GARCÍA PÉREZ⁶² , CONDE-PUMPIDO FERREIRO⁶³ , etc.

Puede afirmarse que nos hallamos ante un auténtico Derecho penal, como sostiene CUELLO CONTRERAS⁶⁴ , aunque se trate de un Derecho penal especial⁶⁵ , en

⁶¹ MATALLÍN EVANGELIO, Ángela. *La capacidad de culpabilidad de los sujetos sometidos a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. Pág. 84.

⁶² GARCÍA PÉREZ, Octavio. *La evolución del sistema de justicia penal juvenil. La Ley de Responsabilidad Penal del Menor de 2000 a la luz de las directrices internacionales*. Pág. 688.

⁶³ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, en C. CONDE-PUMPIDO FERREIRO (Dir.). *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores. Doctrina con jurisprudencia y normativa complementaria*. Pág. 57.

⁶⁴ CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El nuevo Derecho penal de menores*. Pág. 36

⁶⁵ GARCÍA ARÁN, Mercedes, en F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN. *Derecho penal, parte general*.

el que prevalece la finalidad de la prevención especial⁶⁶. En consecuencia, estamos ante un verdadero Derecho penal de menores, pues el propio legislador en la Exposición de Motivos, punto 7, habla expresamente del *Derecho penal de menores* en el que debe primar el superior interés del menor.

Esta Ley Orgánica parte del supuesto de que el menor tiene capacidad de culpabilidad. Ello significa admitir que las acciones ilícitas que ejecutan le pertenecen porque tienen la suficiente capacidad, aunque no la plena, para comprender el carácter ilícito de su comportamiento y para actuar conforme a dicha comprensión, así como para asumir las consecuencias de sus propios actos.

A este respecto, CUELLO CONTRERAS⁶⁷, como ya señalé, afirma que el menor y el joven no carecen de capacidad de culpabilidad, sino que sus dificultades se refieren más bien al control de sus impulsos. Así, argumenta que: *en puridad, 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.*

Según este penalista, *la razón por la que existe un régimen penal especial para los menores de signo educativo obedece a que, 1º, por debajo de cierta edad, más allá incluso de los veintiuno, el menor y el joven son más enderezables que el adulto de mayor edad, razón por la cual merece la pena apostar por la reeducación; y, 2º, principal ahora, por debajo de ciertas edades aunque se tiene capacidad de culpabilidad es más difícil controlar los impulsos, sobre todo si el joven se ve sorprendido por experiencias con las que no se había visto confrontado hasta entonces.*

⁶⁶ CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho penal español, parte general III. Teoría jurídica del delito/2*.

⁶⁷ CUELLO CONTRERAS, Joaquín. "Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad del menor y su tratamiento educativo". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* [en línea]. 2010, núm. 12-01, 7 de marzo. Disponible en: <<http://criminet.ugr.es/recpc>>. ISSN 1695-0194. Pág. 3.

3. La incapacidad de culpabilidad del menor de catorce años

El artículo 19 del Código penal fija en dieciocho años el límite máximo de la edad hasta la que el menor queda excluido del Derecho penal común, exigiendo expresamente la redacción de una nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor, pero no menciona cuándo comienza esa responsabilidad. Para dar cumplimiento a dicha exigencia, el art. 1.1 de la LORRPM fija el inicio de la responsabilidad penal a los catorce años, señalando que *esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de los mayores de catorce*. Este límite de edad responde a razones de política criminal, optándose básicamente por equiparar nuestra regulación con los países de nuestro entorno cultural como Alemania, Italia o Austria.

El legislador, por razones de seguridad jurídica, utiliza el criterio cronológico puro de atender únicamente a la edad del menor en el momento de comisión del hecho delictivo para declarar su irresponsabilidad penal absoluta, sin entrar a valorar su capacidad cognitiva y volitiva. Al menor de catorce años se le aplicará la legislación civil sobre protección de menores. De esta forma, la LORRPM declara exentos de responsabilidad criminal a los menores de catorce años, presuponiendo *iuris et de iure* que carecen de capacidad de culpabilidad.

La LORRPM, en su punto número 4 de su Exposición de Motivos, justifica la opción político-criminal de fijar en catorce el límite máximo de exención de responsabilidad penal, *con base en la convicción de que las infracciones cometidas por niños menores de esa 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 asistencia civil, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado*. No obstante, esa

argumentación no coincide con lo que resulta del articulado de la Ley, sino que, según MARTÍN CRUZ⁶⁸, en todo caso, lo complementa:

En primer lugar, tanto el prelegislador como el legislador han esgrimido el mismo razonamiento para justificar la irresponsabilidad del menor ante supuestos completamente distintos. Así, cuando en diversos Anteproyectos se dice que el menor de dieciocho años carece de capacidad de culpabilidad y se pretende modificar el artículo 19 del Código penal en ese sentido, parece lógico que la exclusión de la jurisdicción de menores, tanto del menor de catorce prevista en el Anteproyecto de enero de 1997, como del de trece según establece el Anteproyecto de junio de 1997, tenga como fundamento la irrelevancia de la generalidad de las infracciones cometidas, siendo suficiente para su corrección el ámbito educativo y familiar en el caso de ejecutar una acción que produzca alarma social. Sin embargo, no parece tan razonable utilizar este argumento en la nueva Ley de 2000 y en su Proyecto de 1998, porque en ambos textos se acepta el artículo 19, esto es, se admite por la Ley que el mayor de catorce años o de trece según el Proyecto, es responsable de los actos ilícitos que cometa, lo cual significa que se está reconociendo su capacidad de culpabilidad. Por consiguiente, si a partir de los catorce años se considera que se tiene capacidad de culpabilidad, antes de dicha edad resulta evidente su ausencia.

En segundo lugar, en relación con el articulado de la propia Ley. El art. 1.1 declara que *esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años*, el 5.1 afirma que *los menores serán responsables con arreglo a esta Ley cuando (...) no concurra en ellos ninguna de las causas de exención (...) de la responsabilidad criminal previstas en el vigente Código penal*. Interpretando, por vía negativa, estos preceptos, teniendo en cuenta que este último nos remite al artículo 20 del Código penal, donde un sujeto es responsable penalmente porque tiene capacidad de entendimiento y de actuación de acuerdo con dicho entendimiento, resulta obvio que el menor de catorce años queda excluido del Derecho penal de menores porque el legislador presume que carece de la suficiente capacidad para comprender la ilicitud del

⁶⁸ MARTÍN CRUZ, Andrés. *Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad penal por razón de la edad*. Págs. 316-317.

hecho y para actuar conforme a dicha comprensión, lo que implicaría presumir que también posee una insuficiente capacidad de autodeterminación.

4. La capacidad de culpabilidad disminuida del menor

La polémica suscitada acerca del artículo 19 del Código penal sobre la capacidad de culpabilidad del menor de dieciocho años, se centra, según la doctrina más reciente, entre los que sostienen que es atenuada o disminuida, si bien discrepan sobre el momento de su inicio, y los que la niegan.

La discusión sobre la edad de inicio de la responsabilidad penal del menor se resuelve legislativamente por la LORRPM, que fija en su art. 1.1, de forma inequívoca, en catorce años el límite mínimo de edad a partir del cual es posible la exigencia de responsabilidad penal a los menores. De modo que en la actualidad, entre los catorce y los dieciocho años está acotado con exactitud el período de edad en que los menores podrán ser responsables penalmente de los hechos delictivos cometidos. Sin embargo, después de la entrada en vigor de la LORRPM, algunos penalistas continúan discutiendo sobre el límite mínimo de edad de comienzo de la responsabilidad penal del menor. Así, a modo de ejemplo, CERESO MIR⁶⁹ cree que debería elevarse su inicio a los quince años; GARCÍA PÉREZ⁷⁰, entre otros, considera que la imputabilidad del menor debería comenzar a los dieciséis años.

Por lo que respecta a la capacidad de culpabilidad de los sujetos entre catorce y dieciocho años, ésta resulta del Código penal por remisión del art. 5.1 de la LORRPM. Este precepto establece 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*

⁶⁹ CERESO MIR, J. *Curso de Derecho penal español, parte general III. Teoría jurídica del Delito/2*. Pág. 100.

⁷⁰ GARCÍA PÉREZ, Octavio. *La evolución del sistema de justicia penal juvenil. La Ley de Responsabilidad Penal del Menor de 2000 a la luz de las directrices internacionales*. Pág. 683.

previstas en el Código penal. Para declarar dicha responsabilidad se exige, desde el punto de vista objetivo, la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código penal o en las leyes penales especiales, y, desde el punto de vista subjetivo, que no concurra en el sujeto ninguna de las causas de exención o de extinción de la responsabilidad criminal señaladas en los artículos 20 y 130, respectivamente, del Código penal.

Desde la perspectiva subjetiva, en cuanto a las causas de exención, es preciso partir de la remisión que hace el artículo 5.1 de la LORRPM al Código penal en esta materia. De lo establecido en esta disposición se desprende que el legislador se refiere a los siete supuestos de exención del artículo 20 del Código penal. Pues bien, en el Derecho penal común, si hacemos una interpretación *a sensu contrario* de las circunstancias 1ª y 2ª del art. 20 del Código penal, resulta que los mayores de dieciocho años son responsables criminalmente cuando en el momento de cometer la infracción penal tienen capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta y de actuar conforme a dicha comprensión. En consecuencia, si la LORRPM dispone que el menor será responsable cuando cometa el hecho delictivo y no concurra ninguna de las causas de exención de la responsabilidad criminal previstas en el Código penal, es evidente que alude a una capacidad de culpabilidad de la misma naturaleza que la exigida a los adultos, es decir, el menor es responsable penalmente porque tiene capacidad de comprender la significación antijurídica del hecho y de obrar coherentemente con esa comprensión.

Cuando en el momento de cometer la infracción penal concurra alguna anomalía o alteración psíquica (art. 20.1º del Código penal), intoxicación plena (art. 20.2º del Código penal) o alteración de la percepción (art. 20.3º del Código penal) que le impida al menor comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión, se entenderá que es irresponsable penalmente porque carece de esa capacidad de culpabilidad, no obstante, como señala el artículo 5.2 de la LORRPM, habrán de imponerse en el caso de que sea necesario las medidas terapéuticas a las que se refiere el artículo 7.1, letras d) y e) de la misma Ley. Por tanto, se aplicarán, siempre que resulte necesario y tras la comisión de un hecho delictivo, las medidas de seguridad

consistentes en el internamiento terapéutico y el tratamiento ambulatorio con base en la peligrosidad criminal de sujeto.

En cambio, se la exención de responsabilidad penal se debe a que el menor se encuentra en algún supuesto diferente de los tres anteriores, como por ejemplo, el que resulta de obrar en legítima defensa (art. 20.4º del Código penal), y la extinción de esa responsabilidad se funda, por ejemplo, en la prescripción del delito (art. 130.1.6º del Código penal), subsistirá una irresponsabilidad que no tiene su origen en la ausencia de la capacidad de culpabilidad propia del menor, sino que traerá causa de otras razones para las que la LORRPM no prevé ninguna consecuencia jurídica, es decir, no se les aplicarán ninguna medida educativa ni terapéutica.

Sin embargo, es necesario matizar que esta capacidad de culpabilidad de los menores no es plena, porque si fuese así habría de aplicarse el Derecho penal de los adultos y sobraría esta Ley de menores, y porque, como dice el punto 10 de la Exposición de Motivos, durante este período los menores presentan diferencias características entre ellos (de catorce a dieciséis y de dieciséis a dieciocho) y entre éstos y los adultos, que exigen desde el punto de vista científico y jurídico un tratamiento diferenciado. Existe unanimidad en la doctrina a la hora de reconocer que los menores en la nueva LORRPM tienen capacidad de culpabilidad, pero disminuida; por citar algunos autores: CONDE-PUMPIDO FERREIRO⁷¹ , CUELLO CONTRERAS⁷² , GARCÍA PÉREZ⁷³ , ORNOSA FERNÁNDEZ⁷⁴ y AGUADO CORREA⁷⁵ , entre otros.

⁷¹ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido en C. CONDE PUMPIDO-FERREIRO (Dir.). *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores. Doctrina con jurisprudencia y normativa complementaria*. Págs. 115 ss.

⁷² CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El nuevo Derecho penal de menores*, pág. 51; y “Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad del menor y su tratamiento educativo”, pág. 3 ss.

⁷³ GARCÍA PÉREZ, Octavio. *La evolución del sistema penal juvenil. La Ley de Responsabilidad Penal del Menor de 2000 a la luz de las directrices internacionales*. Pág. 683.

⁷⁴ ORNOSA FERNÁNDEZ, M^a. Rosario. *Derecho penal de menores. Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. Pág. 142.

⁷⁵ AGUADO CORREA, Teresa, en B. MAPELLI CAFFARENA, M^a. I. GONZÁLEZ CANO y T. AGUADO CORREA. *Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*. Pág.66.

En cuanto a la capacidad de culpabilidad de los semiadultos, el Código penal de 1995 se inclinaba por aplicar un tratamiento diferente sólo a determinados semiadultos, pues en su derogado artículo 69 establecía que *al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno que cometa un hecho delictivo, podrán aplicarse las disposiciones de la ley que regule la responsabilidad del menor en los casos y con los requisitos que ésta disponga*. En este precepto se hallaba la excepción a la regla general que contiene el artículo 19 del mismo texto legal, que declara que *los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código*.

Una peculiaridad del artículo 69 consistía en que los semiadultos a quienes excepcionalmente se aplicasen las disposiciones de la ley reguladora de la responsabilidad penal del menor por haber cometido un hecho delictivo, habrían de hallarse en los supuestos y cumplir los requisitos previstos en dicha ley. Es decir, el legislador condicionaba la exclusión del semiadulto del Código penal a determinados casos y requisitos.

Del artículo 69 también se desprendía que el Juez ordinario era el que, tras analizar si el semiadulto se encuentra en alguno de los supuestos establecidos en la ley de menores y si concurren los requisitos exigidos por ésta, decidiría potestativamente si es competente para continuar conociendo el hecho delictivo enjuiciado o si, por el contrario, incumbe a la jurisdicción especial de menores. Por tanto, la determinación de qué semiadultos recibirían un tratamiento específico en esta última jurisdicción quedaba en manos del Juez ordinario.

Ello demandaba la necesidad de concretar los supuestos y requisitos que debían concurrir en el sujeto mayor de dieciocho años y menor de veintiuno, para hacer posible la aplicación de la ley reguladora de la responsabilidad penal del menor. Así, los distintos Anteproyectos de la jurisdicción especial de menores, confeccionados por el Ministerio de Justicia, exigen que el Juez o Tribunal atiendan a la naturaleza y gravedad del hecho cometido y a las circunstancias personales del autor, especialmente a su grado

de madurez⁷⁶. En este sentido, la escasa opinión doctrinal existente en este período no mantiene un criterio uniforme sobre la capacidad de culpabilidad de los semiadultos.

En efecto, la LORRPM confirmó el planteamiento del derogado artículo 69 del Código penal de aplicar de forma excepcional el Derecho penal de menores sólo a determinados semiadultos, quedando el resto sujetos al Derecho penal común. De esta manera, antes de la actual derogación de los artículos 1.2 y 4 de la LORRPM, por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, el artículo 1.2 señalaba que *también se aplicará lo dispuesto en esta Ley para los menores a las personas mayores de dieciocho años y menores de veintiuno, en los términos establecidos en el artículo 4 de la misma*, y el artículo 4.1 de la misma Ley establecía que *la presente Ley se aplicará a las personas mayores de dieciocho años y menores de veintiuno imputadas en la comisión de hechos delictivos*.

El artículo 4.2 de la LORRPM establecía tres condiciones, dos objetivas y una subjetiva, de ineludible concurrencia en estos sujetos para que se les aplique dicha Ley. Esto, es, se exigía: 1º) que se trate de una falta o delito menos grave, ejecutado sin violencia o intimidación, ni grave peligro para la vida o la integridad física de las personas; 2º) ausencia de hechos delictivos y de condena en sentencia firme después de cumplir los dieciocho años; 3º) y, particularmente, que concorra una madurez o capacidad de culpabilidad atenuada.

El propósito del legislador era restringir el acceso de los semiadultos al Derecho penal de menores, pues su artículo 4 no empleaba un criterio cronológico, ni delictual, ni psicológico puro para determinar los semiadultos que tenían una capacidad de culpabilidad disminuida y quedaban sujetos a la LORRPM, sino que ponía en juego un sistema mixto cronológico-delictual-psicológico.

⁷⁶ Vid. el art. 3 del Anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menor, de 27 de abril de 1995; el art. 4.1 del Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Justicia de Menores, de 1 de julio de 1997; y el art. 4.1 del Proyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, de 3 de noviembre de 1998.

La excepción a la presunción *iuris tantum* de la capacidad de culpabilidad plena del sujeto mayor de dieciocho años y menor de veintiuno, venía dada por la Disposición Adicional Cuarta de la LORRPM, introducida por la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre (actualmente derogada también por la LO 8/2006), aplicable únicamente a los semiadultos autores de los delitos previstos en los artículos 138 (homicidio), 139 (asesinato), 179 (violación), 180 (agresión sexual agravada), 571 a 580 (terrorismo) y a aquellos otros sancionados en el Código penal con pena de prisión igual o superior a quince años. Esta Disposición fue criticada a nivel doctrinal por romper la coherencia interna de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, así como por restringir aún más el acceso de los semiadultos a esta Ley. Con ello, el legislador parecía presumir *iuris et de iure* la plena capacidad de culpabilidad de todos los semiadultos que cometan tales delitos, ordenando su sometimiento al Derecho penal común.

A este respecto, VÁZQUEZ GONZÁLEZ⁷⁷ apunta, que un somero análisis de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, revela *una clarísima quiebra de los principios orientadores de la LORRPM, otorgándose una primacía a criterios de seguridad ciudadana e, incluso, aspectos meramente retributivos, que hacen desaparecer, prácticamente, del espíritu de la ley, los principios del superior interés del menor, así como los criterios educativos y preventivos especiales para la imposición de las medidas.*

A pesar de todo lo anterior, como ya expuse⁷⁸, las importantes complicaciones que conllevaba la aplicación de la LORRPM a los infractores mayores de dieciocho años y menores de veintiuno, motivó que la entrada en vigor de los artículos 1.2 y 4 de la citada Ley, así como el artículo 69 del Código penal, que se había aplazado en un primer momento hasta el 13 de enero de 2003 por la Disposición Transitoria Única de la Ley Orgánica 9/2000, de 22 de diciembre, sufriera un nuevo retraso hasta el 1 de enero de 2007, conforme a la Disposición Transitoria Única de la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre. No obstante, el legislador opta, finalmente, por eliminar de manera

⁷⁷ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos. *Delincuencia juvenil. Consideraciones penales y criminológicas*. Pág. 328.

⁷⁸ *Vid.* La minoría de edad penal.

definitiva la aplicación de dichos preceptos, mediante su derogación por la Disposición Derogatoria Única de la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre.

Son múltiples los ejemplos en nuestra jurisprudencia en los que los Tribunales han dejado claro la situación de suspensión y, por ende, de no aplicación de los preceptos relativos a los jóvenes mayores de dieciocho años y menores de veintiuno:

Así, la Sentencia 45/2002 de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 10 de septiembre, afirma que: (...) *no puede prosperar la solicitud de la defensa de que se aprecie como atenuante analógica la juventud del inculpado con base en lo establecido en el art. 4 de la Ley Penal del Menor. Lo que dicho precepto prevé es la posibilidad de la aplicación no de una atenuante sino de la Ley Penal del Menor a los mayores de 18 años y menores de 21, concurriendo determinadas circunstancias y además, en todo caso, se halla en suspenso y no ha entrado en vigor aún (...)*

En tal sentido, la STS de 27 de abril de 2000: *este régimen de la minoría de edad sigue vigente tras la publicación del actual CP 1995, (...), hasta que entre en vigor la Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor, ya promulgada, LO 5/2000, de 12 de enero, que comenzará a regir el día 13 de enero del año 2001. Cuando comience a funcionar el nuevo sistema de la minoría de edad del vigente CP, a partir de los 18 años, será exigible la responsabilidad penal conforme a las normas ordinarias. Para entonces habrá desaparecido la circunstancia atenuante que antes estaba prevista en el art. 9.3, si bien al mayor de 18 años y menor de 21 que cometa un hecho delictivo “podrán aplicársele las disposiciones de la Ley que regule la responsabilidad penal del menor en los casos y requisitos que esta disponga” (art.69), casos y requisitos que ya se encuentran precisados en el art. 4 de la citada LO 5/2000.*

Continúa la referida STS, en relación al dato cronológico de la edad: (...) *Al día siguiente del aniversario correspondiente, ya es aplicable el sistema de la mayoría de*

edad penal (...). Este criterio es empleado en nuestra jurisprudencia en numerosas sentencias.

También, la Sentencia 565/2003 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 16 de diciembre, reproduce la argumentación de la STS 733/2000, de 27 de abril, tanto en relación a la situación de suspensión del artículo 69 del Código penal y de los artículos 1.2 y 4 de la LORRPM, como en relación al dato cronológico de la edad.

La citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid sostiene que: *(...) se pretende que, por tener el acusado 19 años, tenía que habersele aplicado una circunstancia atenuante analógica en consideración a la menor culpabilidad de quien por razón de la edad aún no había alcanzado la plena madurez biológica y psíquica. Tal planteamiento desconoce que la menor edad en nuestros códigos penales viene siendo aplicada en base a unas consideraciones estrictamente cronológicas que no tienen en cuenta nunca la capacidad psíquica real del sujeto al que se refieren (...)*

Continúa afirmando que: *respecto de un joven que ya había cumplido los dieciocho años cuando delinquiró, no cabe atenuación alguna de su responsabilidad criminal en consideración a su edad. En todo caso, tampoco puede obviarse que el artículo 4 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores mantiene suspendida su aplicación (...) hasta el 1 de enero de 2007 (...) Amén de excluir de su ámbito de aplicación aquellos supuestos en los que el imputado hubiere cometido un delito con violencia o intimidación en las personas (...)*

CONCLUSIONES

Los Convenios internacionales establecen que los Estados fijarán una edad por debajo de la cual no habrá responsabilidad penal y que no será una edad muy corta, luego, estos conceptos jurídicos indeterminados dejan libertad al legislador.

Como ya indiqué, el nuevo marco jurídicopenal incorporado por la LORRPM de 2000 ha supuesto un hito histórico en esta materia. El 24 de enero de 2006 el Gobierno presentó en el Congreso de los Diputados el Proyecto de la Ley Orgánica de modificación de la LORRPM. En la exposición de motivos del citado Proyecto, el Gobierno hace un balance positivo de los cinco primeros años de vigencia de la LO 5/2000 y reconoce algunas disfunciones en su aplicación que pretende corregir, como son: el ascenso considerable de los delitos cometidos por menores y, en consecuencia, la preocupación social generada por ello; el desgaste de credibilidad de la ley por la sensación de impunidad de las infracciones más cotidianas y frecuentes cometidas por estos menores, como son los delitos y las faltas patrimoniales; y el incremento, aunque no significativo, de los delitos de carácter violento, si bien los realmente acontecidos han tenido un fuerte impacto social.

Pues bien, con objeto de resolver estos problemas se plantea la revisión de determinados aspectos de la LO 5/2000.

Llegado el momento, se aprueba la modificación de la LORRPM por la LO 8/2006, de 4 de diciembre. En relación a ésta, comparto la decisión del legislador de mantener que a partir de los catorce años todos los menores normales disponen de una capacidad de culpabilidad atenuada; de igual forma, comparto la división de la adolescencia, que realiza el legislador, en dos períodos (desde los catorce hasta los dieciséis años y desde los dieciséis hasta los dieciocho años), pues de los datos aportados por la Psicología evolutiva se infiere que, en estas franjas de edad, la facultad intelectual y volitiva se ve incrementada significativamente.

Aplicando los avances proporcionados por la moderna Psicología evolutiva al Derecho penal, a partir de los catorce años la generalidad de los menores normales tienen suficientemente desarrollada su capacidad de culpabilidad, tanto en el plano intelectual como volitivo. En consecuencia, creo que no resulta descabellado endurecer las medidas aplicables a estos menores.

Sin embargo, en cuanto a la derogación del artículo 69 del Código penal y de los artículos 1.2 y 4 de la LORRPM, entiendo que la reforma operada por la LO 8/2006 ha prescindido de los estudios aportados por la citada Psicología evolutiva, que sostienen que la persona que se encuentra en esta etapa, es decir, el semiadulto, presenta ciertas peculiaridades que aconsejan no reconocerle plena capacidad de culpabilidad.

En este sentido, el legislador no expone los motivos que le llevan a excluir a los semiadultos del Derecho penal juvenil. Además, si esta reforma se basa, según el legislador, en los cinco primeros años de vigencia de la LO 5/2000, resulta curioso que durante ese tiempo los derogados artículos 69 del Código penal y 1.2 y 4 de la LORRPM se hallaban en situación de suspensión y no se llegaron a aplicar. Por lo que no hay experiencia a valorar acerca de la aplicación de la LORRPM a los semiadultos, esto es, a los jóvenes mayores de dieciocho años y menores de veintiuno.

En suma, en mi opinión, resulta bastante acertada la conclusión a la que llega MARTÍN CRUZ⁷⁹, cuando señala que esta nueva Ley Orgánica significa *un retroceso a la situación del siglo pasado, volviendo al sistema cronológico puro para excluir a todos los mayores de dieciocho años del Derecho penal juvenil, sacrificando así la posibilidad de aplicar la LORRPM a unos sujetos que aún no tienen plena capacidad de culpabilidad. Por ello, esta nueva Ley Orgánica no responde a otra cosa que a mejorar ante la sociedad la mala imagen de la LORRPM, olvidándose de los sujetos a los que va dirigida.*

⁷⁹ MARTÍN CRUZ, Andrés. *El menor y el semiadulto ante la moderna Psicología evolutiva y ante la Ley Orgánica 8/2006 de modificación de la LORRPM*, en BARREIRO, Agustín Jorge y FEIJOO SÁNCHEZ (Eds.). *Nuevo Derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar. ¿Qué hacer con los menores delincuentes?* Barcelona, Atelier, 2008. Pág. 159.

En esta misma línea, ante la posibilidad de la supresión de la aplicación del Derecho penal juvenil a los sujetos comprendidos entre los dieciocho y los veintiún años con personalidad débil, BUENO ARÚS⁸⁰ afirma: *otra vez el “Derecho penal del enemigo” guiando la política criminal y frustrando las esperanzas de una reinserción social acometida con sinceridad e ilusión.* Por su parte, CUELLO CONTRERAS⁸¹ indica que (...) *reaccionar frente a difíciles problemas de esta sociedad respecto a la educación de los menores volviendo a instrumentos puramente punitivos significa un paso atrás que lejos de resolver el problema lo agudizará (...).*

En Sevilla, a 30 de junio de 2011.

⁸⁰ BUENO ARÚS, Francisco. *Menor edad: imputabilidad o inimputabilidad “sui generis”.* Influencia en este punto de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor, en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. PANTOJA GARCÍA, Félix; BUENO ARÚS, Francisco (Dir.). *Actual doctrina de la imputabilidad penal.* Madrid, Centro de Documentación Judicial, D.L., 2007. Pág. 358.

⁸¹ CUELLO CONTRERAS, Joaquín. “Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad del menor y su tratamiento educativo”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* [en línea]. 2010, núm. 12-01, 7 de marzo. Disponible en: <<http://criminet.ugr.es/recpc>>. ISSN 1695-0194. Págs. 16-17.

BIBLIOGRAFÍA

ARMAS VARGAS, Enrique; CALZADILLA MEDINA, M^a. Aránzazu; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, etc. (Autores)/ SOLA RECHE, Esteban; HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises, etc. (Eds.). *Derecho penal y psicología del menor*. Granada, Comares, 2007.

BARREIRO, Agustín Jorge y FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo (Eds.). *Nuevo Derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar. ¿Qué hacer con los menores delincuentes?* Barcelona, Atelier, 2008.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. *Lecciones de Derecho penal, parte general*. Barcelona, Praxis, 1996.

CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho penal español, parte general III. Teoría jurídica del Delito/2*. Madrid, Tecnos, 2001.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido. (Dir.). *Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores. Doctrina con jurisprudencia y normativa complementaria*. Madrid, Trivium, 2001.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. PANTOJA GARCÍA, Félix; BUENO ARÚS, Francisco. (Dir.). *Actual doctrina de la imputabilidad penal*. Madrid, Centro de documentación Judicial, 2007.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. PANTOJA GARCÍA, Félix. (Dir.). *La Ley de Responsabilidad Penal del Menor: situación actual*. Madrid, Centro de Documentación Judicial, 2006.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El nuevo Derecho penal de menores*. Madrid, Civitas, 2000.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín. "Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad del menor y su tratamiento educativo". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* [en línea]. 2010, núm. 12-01, 7 de marzo. Disponible en: <<http://criminet.ugr.es/recpc>>. ISSN 1695-0194.

GARCÍA BLÁZQUEZ, Manuel. *Un análisis médico-legal de la imputabilidad en el Código penal de 1995 (un análisis médico-legal del art. 20.1 y 20.2)*. Granada, Comares, 1997.

GARCÍA PÉREZ, Octavio. *La evolución del sistema de justicia penal juvenil. La Ley de Responsabilidad Penal del Menor de 2000 a la luz de las directrices internacionales*, en *Actualidad penal*, núm.32, septiembre de 2000.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *¿Tiene futuro la dogmática jurídico penal? y El sistema de Derecho penal en la actualidad*, en *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed. Madrid, Tecnos, 1990.

MAPELLI CAFFARENA, B.; GONZÁLEZ CANO, Mª. I. y AGUADO CORREA, T. *Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*. Junta de Andalucía, Consejería de Justicia y Administración Pública. Sevilla, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2002.

MARTÍN CRUZ, Andrés. *Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad penal por razón de la edad*. Albolote (Granada), Comares, 2004.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal, parte general*, 7ª ed. Barcelona, Reppertor, 2006.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal, parte general*, 8ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

ORNOSA FERNÁNDEZ, María Rosario. *Derecho penal de menores. Comentarios a la LO 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores...*, 4ª ed. Barcelona, Bosch, 2007.

ROVIRA TORRES, Olga. *La responsabilidad penal de los menores*. Barcelona, Bosch, 2007.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Mª. Isabel. *La nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor*, en *Actualidad penal*, núm.33, septiembre de 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “*Rebajas de enero*” para delincuentes jóvenes adultos, ¿con efecto retroactivo? InDret. Revista para el Análisis del Derecho [en línea]. Barcelona, enero de 2007. Disponible en: <<http://www.indret.com>>.

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos. *Delincuencia juvenil. Consideraciones penales y criminológicas*. Madrid, Colex, 2003.

VENTURA FACI, Ramiro; PELÁEZ PÉREZ, Vicente. *Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores: comentarios y jurisprudencia*. Madrid, Colex, 2007.

Jurisprudencia sobre imputabilidad y capacidad de culpabilidad del menor.

