

TEORÍA GENERAL DE LA IMPUTABILIDAD Y SU AUSENCIA. Con especial referencia a la minoría de edad

ANA PAOLA HALL*

*Doctora en Derecho Penal
Universidad de Salamanca.*

SUMARIO. I. CONSIDERACIONES PREVIAS. II. LA IMPUTABILIDAD COMO UN MECANISMO DE CONTROL PENAL. III. NOCIONES DE IMPUTABILIDAD, INIMPUTABILIDAD Y MINORÍA DE EDAD. 1. CONCEPCIONES CLÁSICAS DE IMPUTABILIDAD Y MINORÍA DE EDAD. 2. IMPUTABILIDAD Y MINORÍA DE EDAD EN LA TEORÍA DE LA MOTIVACIÓN. 2.1. La corriente psicológica. 2.1.1. Imputabilidad y necesidad de pena. 2.1.2. Imputabilidad y motivación normal. 2.2. La corriente social. 3. CONCEPCIONES CRÍTICAS DE LA IMPUTABILIDAD Y MINORÍA DE EDAD. IV. CONCLUSIÓN. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Es preciso comenzar admitiendo que el tema de la responsabilidad de los menores infautores es particularmente complejo, pues entraña multitud de factores intrínsecos y extrínsecos al Derecho, imposibles de abordar en el contexto de este trabajo. Me limitaré en el desarrollo del mismo a comentar uno de los puntos más discutidos alrededor de los menores: su inimputabilidad.

El contenido de este artículo se circunscribe, a comentar doctrina general sobre la imputabilidad, la inimputabilidad y sus causas, en especial la minoría de edad. Se trata, entonces, de proporcionar una visión general de las distintas posturas sostenidas al respecto, al margen de las distintas regulaciones de los Códigos Penales y leyes de menores al respecto.

Antes de abordar dicho tema, considero oportuno recordar que la historia demuestra que el tratamiento penal del menor con carácter diferenciado no es un hecho reciente, sino al contrario, puede decirse que es tan antigua como el Derecho mismo¹. La clase de tratamiento penal aplicado al menor ha variado

* ANA PAOLA HALL GARCÍA. Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Grado de Salamanca y premio extraordinario a la mejor tesina extranjera del año, de la misma Universidad. Ha sido profesora de Derecho en la Universidad de Ibagué, Colombia y Directora de la Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de dicha Universidad. Dentro de sus publicaciones cabe destacar libros publicados en Colombia, España y Honduras, además de una serie de artículos en España, Francia, Colombia y Centroamérica. Actualmente es Asistente del Fiscal General de la República de Honduras, Coordinadora Nacional del Master en Derecho penal de la Universidad de Sevilla y Profesora de la Universidad Tecnológica Centroamericana, a nivel de licenciatura y maestría.

¹ El Derecho Romano es, sin duda, la fuente donde encontramos una delimitación más clara de la responsabilidad penal en función a la edad de las personas. Sobre la distinción que se hacía en la

mucho dependiendo de la época y de la civilización de que se tratare. Sin entrar a valoraciones sobre la bondad o dureza de tales tratamientos, lo cierto es que todos estaban encaminados, en gran parte, al control del menor².

Un breve recorrido histórico nos hará comprender que la labor de control sobre el menor ha sido, desde sus orígenes, ocultada *a priori* por quienes la desempeñaban. Valga como ejemplo el célebre movimiento de los llamados *salvadores del niño*³, que proclamaba supuestos fines filantrópicos y misericordiosos, cuando en realidad pretendían controlar la infancia peligrosa que se les escapaba de las manos, para poder perpetuar la hegemonía burguesa (tambaleante debido a la inestabilidad social producida por el nacimiento de la sociedad industrial).

Como puede verse, la caridad jugó un papel decisivo como mecanismo difuso de control social de los menores pobres y alienados⁴. De ahí que los *salvadores* del niño pudieran justificar sus actos, basados en la idea que la miseria, era portadora de modelos de delincuencia. Acertadamente autores como PLATT⁵ los denunciaba como los inventores de la delincuencia.

La Justicia de menores ha evolucionado desde entonces. Sin embargo, no puede desconocerse que ante el auge del fenómeno de la delincuencia juvenil, el Estado requiere de un instrumento de control⁶. Precisamente, del reconocimiento de esta

Ley de las XII Tablas, *Vid.*, por todos, BARBERO SANTOS, "Delincuencia juvenil. Tratamiento", *Delincuencia juvenil*, Vigo 1973, pp. 88 y 89.

² En este sentido, *Vid.*, BARBERO SANTOS, *Marginación social y derecho represivo*, Barcelona, 1980, pp. 95 ss; también, *Vid.*, MOVILLA ÁLVAREZ, "Notas sobre una reforma de la justicia de menores", en *Poder Judicial*, Nº 16, septiembre, Madrid, 1990, p. 37.

³ No en vano se dice que las clases altas pretendieron ser los salvadores del niño, cuando en verdad fueron los inventores de la delincuencia juvenil. Al respecto, *Vid.*, PLATT, *Los "Salvadores del niño" o la invención de la delincuencia*, (Trad., Blanco), México, 1982, pp. 10 ss. También, *Vid.*, ANDRÉS IBÁÑEZ, "El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada", (Comps., Jiménez Burillo y Clemente), *Psicología social y sistema penal*, Madrid, 1986, p. 213. Sobre el mismo tema, *Vid.*, GIMÉNEZ SALINAS, "La justicia de menores en el siglo xx. Una gran incógnita", (Dir., Bustos Ramírez), *Un Derecho Penal del menor*, Santiago, 1992, p. 12.

⁴ La caridad era una fuerza estabilizadora no sólo porque alejaba la desesperación, sino porque al recompensar a los pobres, lograba hacerles sentir resignación y aceptación. En este sentido, *Vid.*, PULLAN, "Poveri, mendicanti e vagabondi", en *Annali della storia d Italia*, vol. I: Dal feudalesimo al capitalismo, Turin, 1978, p. 1046, cit., por DE LEO, *La Justicia de menores. La delincuencia juvenil y sus instituciones*, (Trad., González Zorrilla), Barcelona, 1985, p. 24.

⁵ *Vid.*, PLATT, *Los "Salvadores del niño" o la invención de la delincuencia*, *Op cit.*, p. 10 ss.

⁶ *Vid.*, BUSTOS RAMÍREZ, "Criminología crítica y Derecho Penal", *Control Social y Sistema Penal*, Barcelona, 1987, p.16.

realidad ya hay quienes admiten que: El Derecho Penal de menores es Derecho Penal y no está programado para la ayuda, sino para el control social⁷.

II. LA IMPUTABILIDAD COMO UN MECANISMO DE CONTROL PENAL

Dentro del aparato de control penal, el Derecho Penal es un sistema de funciones con etapas que actúan como filtros destinados a efectuar selecciones que finalmente simplificarán al Estado su labor de control⁸. Estas etapas son⁹: la creación de la norma penal, su aplicación y la ejecución de la pena o medida de seguridad.

La creación de la norma penal es la primera fase del sistema del Derecho Penal y está constituida por varios mecanismos selectivos, como los destinados a seleccionar los sujetos que deben ver agravada o atenuada su responsabilidad penal¹⁰. En el Derecho común, destaca la categoría de imputabilidad.

A pesar de estar en medio de una polémica doctrinal, en realidad los conceptos de imputabilidad e inimputabilidad han sido poco discutidos¹¹. De ahí que FRANK llegara a afirmar que la imputabilidad era “el fantasma errante de la teoría del delito”¹². En efecto, en su gran mayoría las discusiones relativas a la imputabilidad tuvieron un interés sistemático, en el fondo el contenido de la imputabilidad nunca estuvo en discusión.

Actualmente, en la dogmática jurídicopenal el estudio de dichos conceptos sigue

⁷ Vid., ALBRECHT, *El Derecho Penal de menores*, (Trad., Bustos Ramírez), Barcelona, 1990, p. 11.

⁸Una de las disciplinas que ha estudiado con detenimiento estas etapas es la Criminología Crítica, que básicamente concibe al Derecho Penal como un sistema de funciones con etapas que actúan como filtros destinados a efectuar selecciones básicamente clasistas, que finalmente harán más sencillo el control social del Estado. Sobre el tema, Vid., BARATTA, *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal. Introducción a la sociología jurídico-penal* (Trad., Búnster), Madrid, 1986, pp. 166 a 168. En la misma línea, Vid., ANIYAR DE CASTRO, "Notas para la discusión de un control social alternativo", (Coords., De la Barreda Solórzano), *Ensayos de Derecho Penal y Criminología (en honor de Javier Piña y Palacios)*, México, 1985, p. 7. PAVARINI, *Control y Dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, (Trad., Muñagorri), México, 1983, pp. 155 a 165.

⁹ Vid., SANDOVAL HUERTAS, *Sistema Penal y Criminología crítica*, Bogotá, 1985, pp. 29 y 42.

¹⁰ Vid., SOTOMAYOR ACOSTA, *Inimputabilidad y Sistema Penal*, Bogotá, 1996, pp. 18 a 20.

¹¹ Vid., DÍAZ PALOS, *Teoría general de la imputabilidad*, Barcelona, 1965, pp. 26 a 29.

¹² Esta denominación proviene de Frank. Vid., FRANK, *Estructura del concepto de culpabilidad* (Trad. Soler), Chile, 1966, pp. 21 y 22.

apareciendo relegado, esta vez, porque debido a la “crisis del concepto de culpabilidad”¹³, los penalistas se han limitado a buscar su fundamento material.

La imputabilidad, a pesar de la evolución de la Ciencia Penal, se ha quedado anclada en la vieja polémica del libre albedrío que iniciaron los seguidores de la Escuela Clásica y el Positivismo¹⁴.

III. NOCIONES DE IMPUTABILIDAD, INIMPUTABILIDAD Y MINORÍA DE EDAD

Desde una orientación jurídicopenal, la doctrina mayoritaria española acepta, con diversas variaciones, que la imputabilidad es capacidad de culpabilidad y la inimputabilidad, su ausencia¹⁵.

La visión clásica de la imputabilidad (capacidad de comprensión de lo injusto y capacidad de dirigir la actuación conforme a dicha comprensión), es recurrente en los Códigos Penales (valga como ejemplo el español y el hondureño).

Una de los primeros problemas que surgen de optar por esta postura clásica de imputabilidad, es que ignora una multitud de factores (psicológicos y sociales) que sí inciden en el comportamiento de todo ser humano y que no tienen nada que ver con la referida capacidad de comprender y querer.

Por estas razones, se realizará, a continuación, un breve estudio de algunas de las principales teorías que en los últimos tiempos, han intentado dar soluciones a este problema. A efectos de un mejor análisis se dividen en tres grupos¹⁶: Los

¹³ Respecto a este tema, *Vid.*, por todos, ROXIN, "¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho Penal?", (Trad., Gómez Benítez), en *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 30, Madrid, 1986, pp. 671 ss. En la misma línea, *Vid.*, GIMBERNAT ORDEIG, "¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?", *Estudios de Derecho Penal*, 3ª ed., Madrid, 1990, pp. 140 ss. También, *Vid.*, HASSEMER, "¿Alternativas al principio de culpabilidad?", en *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 18, Madrid, 1982, pp. 473 a 482. En igual sentido, *Vid.*, STRATENWERTH, *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, (Trad., Bacigalupo Zapater y Zugaldía), Madrid, 1980, pp. 85 a 127. *Vid.*, SCHÜNEMANN, "La función del principio de culpabilidad en el Derecho Penal preventivo", *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*, (Trad., Silva Sánchez), Madrid, 1991, pp. 147 ss.

¹⁴ *Vid.*, SOTOMAYOR ACOSTA, *Inimputabilidad y sistema penal*, *Op cit.*, p.35.

¹⁵ *Vid.*, por todos, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, ARROYO ZAPATERO, GARCÍA RIVAS, FERRÉ OLIVÉ, SERRANO PIEDECASAS, *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, Barcelona, 1996, pp. 201 ss. En igual sentido, *Vid.*, GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 1984, p. 456. También, *Vid.*, MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Valencia, 1996, pp. 379 a 381.

¹⁶ *Vid.*, SOTOMAYOR ACOSTA, *Inimputabilidad y sistema penal*, *Op cit.*, p. 56.

autores que defienden el concepto clásico de imputabilidad; quienes fundamentan la imputabilidad en la teoría de la motivación; y, finalmente, la tendencia crítica respecto al concepto de imputabilidad.

1. CONCEPCIONES CLÁSICAS DE IMPUTABILIDAD Y MINORÍA DE EDAD

Dentro de esta corriente se agrupan los autores que, a pesar de tener matices diferentes en sus teorías¹⁷, coinciden básicamente en algunos puntos: 1. Conceptúan la culpabilidad como un juicio de reproche que se hace al autor por realizar un hecho delictivo, pudiendo no cometerlo. La imputabilidad es definida como la capacidad de comprender la antijuricidad de su conducta y determinar su actuar conforme a esa comprensión, es decir, la imputabilidad es capacidad de culpabilidad. 2. El fundamento de la imputabilidad es precisamente la capacidad de autodeterminación del sujeto. 3. Clasifican a los sujetos en imputables (los capaces de autodeterminación) e inimputables (no poseen dicha capacidad). Una vez afirmada su culpabilidad, para los primeros rige un "Derecho Penal represivo" (se les pueden imponer penas) y para los inimputables impera un "Derecho penal preventivo" (se les imponen, en su caso, medidas de seguridad), fundamentado en la peligrosidad que demuestren.

La definición del menor como inimputable, según este razonamiento, se basaría en que éste no posee capacidad de comprender y autodeterminarse. Ello no parece lo más acertado. Y es que, además de la descalificación hecha al menor como incapaz, esta presunción de incapacidad es inexacta.

Esta visión nos lleva a presumir que todos los menores de edad son incapaces de comprender y actuar conforme a dicha comprensión. En mi criterio, una afirmación generalizada en este sentido es poco razonable; es más, contradice los principios de la educación (que precisamente parten de la capacidad que tienen los niños para asumir pautas de conducta y valores¹⁸). Ahora bien, la viabilidad de esta postura debe analizarse dependiendo del límite de minoría de edad que cada Código Penal prevé.

¹⁷ Entre los seguidores de la teoría clásica de imputabilidad, cabría distinguir los que mantienen una concepción clásica ortodoxa (Cobo del Rosal y Vives Antón, por ejemplo), de los que sostienen una postura clásica moderada (como Córdoba Roda y Torío López). *Vid.*, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte general*, 4ª ed., Valencia, 1996, pp. 491 ss. *Vid.*, CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, Barcelona, 1977, pp. 23 ss. *Vid.*, TORÍO LÓPEZ, "El concepto individual de culpabilidad", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Nº 38, mayo-agosto, Madrid, 1985, 285 ss.

¹⁸ *Vid.*, GIMBERNAT ORDEIG, "¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?", *Op cit.*, pp. 146 y 147.

Generalmente, los ordenamientos penales establecen que los menores de 18 años son inimputables. Si esto es así, la conclusión de la teoría clásica sería que los menores de 18 años son incapaces de comprender y querer. Esta es una postura de la cual disiento; pues, entiendo que los menores -salvo los de muy escasa edad¹⁹- sí pueden ser capaces de entender y actuar, como se irá explicando a lo largo de este trabajo. Lo que debe puntualizarse es que dicha capacidad es diferente a la de un adulto.

Ahora bien, esto no debe servir para pensar automáticamente que si la imputabilidad es capacidad de comprender y querer, y esta capacidad la tienen los menores de 18 años, entonces son imputables. Sustraer del ámbito de los inimputables a la minoría de edad, por el mero hecho de que el concepto de imputabilidad empleado recurrentemente en los Códigos no puede explicarla, sólo es reflejo de una postura cómoda. Entiendo que, al menos, debemos cuestionarnos previamente muchos factores, como se irá comentando en este trabajo.

2. IMPUTABILIDAD Y MINORÍA DE EDAD EN LA TEORÍA DE LA MOTIVACIÓN

Aunque no llegan a un acuerdo absoluto sobre la definición de la motivación y sus consecuencias en el ámbito de la culpabilidad, quienes siguen esta teoría parten de un mismo punto: el rechazo al concepto tradicional de culpabilidad.

Se intentará al menos comentar brevemente las dos corrientes que se destacan en la doctrina española: La corriente psicológica y la social.

2.1. La corriente psicológica: Sostiene que el fundamento de la imputabilidad es la capacidad de motivación (que debe medirse con datos bio-psicológicos). Al interior de esta corriente, se encuentra la postura de GIMBERNAT ORDEIG, que llega incluso, a prescindir del concepto de culpabilidad y lo sustituye por la idea de necesidad de pena; y la postura de MIR PUIG, que mantiene el concepto de culpabilidad como capacidad de motivación, pero intenta complementarlo.

2.1.1. Imputabilidad y necesidad de pena.

Sin duda, es GIMBERNAT quien llega más lejos en su propuesta. Su punto de partida es el rechazo del concepto clásico de culpabilidad y su sustitución por el criterio de necesidad de pena. En su opinión hay muestras de desesperación en el empeño con el que los juristas se aferran al concepto de culpabilidad; porque confesar abiertamente que es irracional admitir la existencia del libre albedrío, y sin embargo, decidirse a su favor, supone trasladarse a un plano donde queda

¹⁹ *Vid.*, GIMBERNAT ORDEIG, "¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?", *Op cit.*, pp. 142 ss.

excluida, de antemano, cualquier posibilidad de discusión y de argumentación²⁰.

Además, en su criterio, sostener el libre albedrío como base del principio y concepto de culpabilidad, conlleva una clara oposición a las ciencias que estudian el comportamiento humano²¹. Porque, aunque en abstracto existiera el libre albedrío, lo que en cualquier caso sería imposible, es demostrar si una persona concreta en una situación concreta ha cometido libremente -o no- un determinado delito.

Una vez negada la formulación clásica que le sirve de substrato al concepto de culpabilidad, el autor lanza la propuesta de sustituirla por la idea de necesidad de pena. Independientemente de si el libre albedrío es o no demostrable, la sociedad tiene que acudir a la pena para reforzar las prohibiciones necesarias para evitar, en la medida de lo posible, la ejecución de actos que atenten contra las bases necesarias para la convivencia en sociedad²².

De esta manera, la necesidad de pena se convierte en el pilar que sustenta el sistema penal. Y, dado que la pena es una amarga necesidad dentro de una comunidad de seres imperfectos, como los seres humanos son²³, la objeción más grave que puede hacerse al Legislador es que una pena sea innecesaria o

²⁰ *Idem.* pp. 142-143.

²¹ En este sentido, si un Psicoanalista, que cuenta con la aportación que le proporciona el esfuerzo del paciente por superar sus problemas a lo largo de mucho tiempo de tratamiento psicológico, sólo puede presumir hipotéticamente cuáles han sido los factores que han determinado la conducta de su paciente, ¿Cómo se pretende que un juez, que carece de todos estos datos y conocimientos, en un período de tiempo ínfimo, consiga comprobar lo que al Psicoanalista se le escapa de las manos? Son tantos los factores que inciden en el comportamiento humano que, resulta complicado -por no decir imposible- que el Juez los abarque y valore correctamente. Pretender fundar el Derecho penal en el (por lo menos respecto de cada delincuente concreto) indemostrable libre albedrío es, pues, una batalla de antemano perdida; librarla -a pesar de todo- sólo puede tener como resultado aumentar la irritación de los científicos empíricos; pues es simplemente una provocación que los juristas, en materias en las que no son especialistas, pretendan darles lecciones a los que sí lo son, o rechazar cualquier clase de diálogo con ellos decidiéndose irracionalmente (esto es en una esfera no accesible a la argumentación) a favor del libre albedrío. *Idem.*, p. 144.

²² De otra opinión es Jakobs, que en su concepto funcional de culpabilidad, lejos de proponer una prevención general negativa, se decanta por la positiva, y afirma que se pune porque en el autor hay un déficit motivacional que debe ser castigado para mantener la confianza general en la norma, para fortalecer su reconociendo general. *Vid.*, JAKOBS, *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, (Trads., Cuello Contreras y Serrano González de Murillo), Madrid, 1995, pp. 580 y 581.

²³ *Vid.*, GIMBERNAT ORDEIG, "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal? ", *Op cit.*, p. 148.

innecesariamente severa. En relación con la inimputabilidad, el autor propone que frente a ellos la pena no es necesaria. Veamos su fundamento.

Sostiene GIMBERNAT, que, aún prescindiendo de toda culpabilidad, no puede admitirse que se imponga pena a los sujetos inimputables; porque, desde la perspectiva del mantenimiento del orden social, si imponemos penas a los enfermos mentales o a los menores, estaríamos cometiendo un abuso intolerable, pues, ante ellos la pena es innecesaria. Su actuar delictivo no disminuiría para nada el carácter inhibitorio de las normas penales. Pues, en opinión del autor, el sujeto normal distingue bien esos dos grupos (el de imputables e inimputables), sabe que pertenece a otro grupo, y que se le va a castigar si realiza un tipo penal; es consciente, pues, que la impunidad de aquellos no afecta la suya²⁴.

Además, continúa el autor, por la escasa o nula motivabilidad del inimputable, la pena no supone para él, *ex ante*, un factor inhibitorio serio; y *ex post*, una vez ya cometido el hecho delictivo, el método más adecuado para su readaptación social, no es el de la pena, sino el del tratamiento médico²⁵.

En definitiva, para el referido autor, la pena frente al inimputable resulta innecesaria tanto a efectos de prevención general, como a efectos de prevención especial.

Entiendo que la postura de GIMBERNAT ORDEIG es poco convincente. Pues, entre otras razones, no llega a explicar el concepto de imputabilidad y además entraña un riesgo para la aplicación de garantías del sujeto²⁶. Y es que vacía dichos conceptos; no hay distinción entre imputables e inimputables, sino entre sujetos normales (frente a los cuales la pena siempre es necesaria) y sujetos anormales²⁷ (que no tienen necesidad de pena).

²⁴ *Idem.*, p. 157.

²⁵ *Vid.*, GIMBERNAT ORDEIG, "El sistema del Derecho Penal en la actualidad", *Estudios de Derecho Penal*, 3ª ed., *Op cit.*, pp. 176 y 177.

²⁶ *Vid.*, entre otros, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal. Parte general*, 4ª ed., Barcelona, 1994, p. 499. *Vid.*, CEREZO MIR, "Culpabilidad y pena", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1980, pp. 347 a 354. *Vid.*, ROXIN, "¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho Penal?", *Op cit.*, núm. 30, Madrid, 1986, pp. 676 a 679. *Vid.*, CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, *Op cit.*, pp. 38 a 52. También, *Vid.*, TORÍO LÓPEZ, "El concepto individual de la culpabilidad", *Op cit.*, pp. 294 a 296.

²⁷ Aunque el autor trata de buscar una justificación al respecto al afirmar que sociológicamente la distinción entre normales y anormales está arraigada en los ciudadanos, el sujeto normal sabe distinguirse de los inimputables o anormales. Este argumento resulta poco aceptable. No debe conceptuarse como anormales a las personas que se encuentran en situaciones diferentes, simplemente por eso. Y es que no se trata de una mera cuestión terminológica, el etiquetamiento del inimputable como un ser inferior, anormal, inmotivable, es uno de los problemas a resolver en

Además de considerar erróneo suponer que (por razones de prevención general y especial) la pena es necesaria a todo imputable²⁸, este planteamiento no alcanza a explicar el fundamento de la discutida inimputabilidad del menor.

Para empezar, es mucho presumir que por razones de prevención general la pena no es necesaria frente al menor. Los menores, salvo los de muy escasa edad, sí pueden ser motivables, pueden tener capacidad de acceso a la norma (no olvidemos que desde muy pequeños reciben educación, y ello les enseña a asumir valores y formas de conducta); y, por eso, resulta incierto que la sociedad no se identifique con ellos. Prueba de ello es la recurrente exigencia social de endurecer las consecuencias jurídicas, aplicables a los menores infractores.

Además ¿Cómo es posible explicar que la sociedad de los imputables no se identifique con ellos hoy y, sin embargo, sí lo haga semanas, días e incluso horas después que el menor ha rebasado el límite de la menoría edad?

La falta de necesidad de imponer una pena al menor por razones de prevención especial, tampoco parece la más indicada. No puede afirmarse que la pena no tiene efecto inhibitorio sobre ellos, cuando el mismo GIMBERNAT ORDEIG²⁹ ejemplifica la función intimidadora de la pena ante el imputable, diciendo que así como al menor se le castiga con la falta de cariño cuando comete un comportamiento prohibido, y se le premia ante la conducta deseada, así también la sociedad tiene que acudir a la amenaza de la pena para conseguir - creando miedos reales introyectados por medio de la educación - que se respeten las normas elementales de convivencia humana.

pro de los derechos y garantías que le corresponden como seres humanos integrantes del Estado Social y Democrático de Derecho. En este sentido, *Vid.*, SOTOMAYOR ACOSTA, *Inimutabilidad y sistema penal*, *Op cit.*, p. 68.

²⁸ Respecto al uso de la idea de necesidad de pena para fundamentar la responsabilidad penal del imputable, a Gimbernat se le refuta su afirmación de que respecto a ellos que la pena siempre será necesaria, cuando sabemos que esto no siempre es así. Es extremadamente arriesgado afirmar que la pena siempre será necesaria ante el imputable y que, siempre lo será por motivos de prevención general. Argumentar que al sujeto normal que delinque siempre se le impondrá la pena, aunque no esté probada su necesidad, para evitar que otros delincan, no parece correcto. Como sabemos, la aplicación de pena puede ser innecesaria y además perjudicial para un gran porcentaje de sujetos normales y, en estos casos, la no ejecución de la pena no tiene por que disminuir la supuesta prevención general, porque las exigencias que se derivan de ésta estarían satisfechas con la mera condena penal. En tales casos, oponerse a la inejecución de la pena, por la relajación que esto supondría, comportaría un intolerable tributo a la seguridad jurídica. Respecto a esta crítica, *Vid.*, CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, *Op cit.*, p. 39; En el mismo sentido, *Vid.*, TORÍO LÓPEZ, "El concepto individual de culpabilidad", *Op cit.*, p. 294.

²⁹ *Vid.*, GIMBERNAT ORDEIG, "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal? ", *Op cit.*, pp. 146-147.

Sin duda, afirmar que el menor es capaz de interiorizar pautas de comportamiento y luego negar su capacidad para acceder a la norma, es un matiz criticable de esta postura. En suma, es mucho presumir que todos los menores son inimputables porque no tienen capacidad de motivación³⁰.

2.1.2. Imputabilidad y motivación normal.

La postura de MIR PUIG, pese a recurrir al concepto de capacidad de motivación –al igual que GIMBERNAT- se diferencia de este autor en que no rechaza el concepto de culpabilidad³¹, situándose en una posición más próxima a ROXIN en muchos aspectos.

Debe destacarse que MIR diferencia dos tipos de causas de inimputabilidad: Las que excluyen la capacidad de motivación y las que sólo la disminuyen en relación al hombre medio³². En el primer caso, ni siquiera podrá apreciarse una infracción de la norma de determinación. En el segundo caso, sí tiene sentido dirigir la prohibición al sujeto aunque después no pueda considerársele penalmente responsable. Porque, en este caso, el inimputable sí tiene posibilidad de entrar en contacto con la norma; es más, la norma puede incidir en su proceso de motivación, lo que pasa es que al hacerlo, no puede desplegar toda la eficacia motivadora que normalmente posee.

Según este razonamiento no puede responsabilizarse penalmente a las personas en quienes concurren condiciones personales o situaciones que disminuyen (por debajo de lo normal), las posibilidades de que dispone el sujeto a priori para ser influenciado por la norma. Dentro de estos casos de motivación anormal MIR PUIG incluye a los oligofrénicos y a los menores³³.

³⁰ Es el propio Mir Puig quien termina reconociendo la ineficacia del argumento de anormalidad motivacional para fundamentar la inimputabilidad del menor. *Vid.*, MIR PUIG, *Derecho Penal Parte general*, 4ª ed., *Op cit.*, pp. 571, 572, 601 y 602.

³¹ La culpabilidad es denominada por el autor como imputación personal. *Idem.*, p. 530.

³² *Idem.* Pp. 545-546.

³³ Pese a que Mir Puig intenta fundamentar la normalidad en función de consideraciones estadísticas, y sostiene que el concepto de normalidad es histórico y cultural, es decir, lo que es normal está definido en cada momento histórico (en este sentido, podemos aceptar que la historia conceptúe, en cada una de sus etapas, lo que es normal), no podemos obviar el hecho de que tal concepto es, al final de cuentas, definido por la ideología dominante, por el poder hegemónico constituido en ese momento. Al respecto Sotomayor Acosta afirma que el concepto de normalidad carece de una base real, como lo demuestra el hecho de que en ciertas culturas, los ciudadanos compartieran alguna vez la opinión de que los indios no tienen alma, la superioridad de la raza aria o la inferioridad de la raza negra. Por estas razones, pienso que el argumento de la anormalidad motivacional, no debería usarse para fundamentar ningún caso de inimputabilidad, al menos, no en nuestra opinión. En este sentido *Vid.*, SOTOMAYOR ACOSTA, "Crítica a la peligrosidad como fundamento y medida de la reacción penal frente al inimputable", en *Nuevo Foro Penal*, Núm. 48,

En mi criterio, la teoría de la motivación no logra resolver el problema del fundamento de la polémica sobre la inimputabilidad del menor y, con carácter general, de la inimputabilidad. Suponer de forma indiferenciada y genérica que los menores son motivables anormalmente no es aceptable. Además, el recurso de esta fórmula, aunque deja de suponer la inexistencia de capacidad en el menor, al final lleva a las mismas consecuencias que hemos criticado anteriormente: la capacidad de éste vuelve a ser considerada como anormal.

Como puede verse, la capacidad de comprensión y la capacidad de motivación, guardan mucha semejanza en su contenido. Por ello, pretender fundamentar la inimputabilidad del menor en una falta de capacidad de motivación, implica la misma dificultad de la teoría clásica: la exclusiva valoración de datos bio-psicológicos. Es decir, que se deja de lado la valoración de otros factores (sociales). Es más, el propio autor sostiene que la concurrencia de factores sociales, no afecta la motivación, y lo único que puede hacerse es atenuar la pena.

Por otra parte, de forma generalizada, no cabe declarar que el menor es incapaz de motivación. Pues, a excepción de los que tienen escasa edad, los menores pueden ser motivables. De lo contrario, ¿En qué se fundamentarían los principios de la educación? Y en todo caso, aún si reconociéramos que el menor tiene capacidad de motivación en un caso concreto ¿Cómo juzgar con completa certeza la presencia o ausencia de dicha capacidad motivacional?

El autor termina reconociendo la ineficacia del argumento de anormalidad motivacional, al intentar fundamentar la inimputabilidad del menor. En ese sentido, afirma que es posible que antes de los dieciséis años, el menor haya adquirido la suficiente madurez. Y acaba por concluir que es doble el fundamento de la actual eximente de la menor edad: Por una parte, se asienta en la suposición de que, antes de cierta edad no falta sólo la imputabilidad, sino incluso la propia presencia de un comportamiento humano (primer elemento de la teoría del delito). Este es el caso de los menores de corta edad, en los que no existe capacidad de comprensión y, por tanto de autodeterminación³⁴.

El fundamento de la minoría de edad, según su opinión, se basa en el hecho de que los menores que tienen más edad, aunque podrían resultar imputables, según los términos clásicos de entender la imputabilidad como capacidad de discernir (o

Año X, abril-junio, Bogotá, 1990, pp. 201 y 202. Del mismo autor, *Vid., Inimputabilidad y sistema penal, Op cit.*, p. 71. Críticamente, sobre las consecuencias negativas que el uso del concepto de normalidad conlleva a todo inimputable, *Vid., BUSTOS RAMÍREZ, Manual de Derecho Penal. Parte general, 4ª ed., Op cit.*, p. 503.

³⁴ *Vid., MIR PUIG, Derecho Penal Parte general, 4ª ed., Op cit.*, pp. 571-572.

de motivarse, según la teoría del autor en cuestión); la tendencia moderna en la política criminal, dice que, respecto a ellos, es más adecuado aplicar un tratamiento educativo específico que un puro castigo³⁵.

La alternativa, de recurrir a las explicaciones políticocriminales para sostener la inimputabilidad del menor, parece constituirse en el planteamiento de moda -como ya lo hace ver BAJO FERNÁNDEZ³⁶- para solventar de algún modo las irracionalidades del sistema. En suma, puede decirse que en esta construcción, las razones políticocriminales se constituyen en una válvula de explicación de lo, de otro modo inexplicable.

2.2. La corriente social: Es sostenida por autores como MUÑOZ CONDE, que también parte de la capacidad de motivación, pero la mide, además, con elementos sociales.

Según este autor, el concepto clásico de culpabilidad es insostenible básicamente

³⁵ *Idem.*, pp. 601 y 602. Sobre el mismo tema, aunque parte de otros criterios, encontramos cierta conexión en las posturas que en este aspecto tienen el autor en mención y Roxin, que sostiene también un doble fundamento para explicar la exclusión de responsabilidad del menor. Así, esta exclusión de responsabilidad se basa, bien en que el menor aún no era asequible a la norma, o bien porque no existe ninguna necesidad preventiva de imponer la pena. Porque hay que reconocer que generalmente los menores mayores si tienen capacidad de motivarse por las prohibiciones y mandatos normativos, de tal modo que la culpabilidad podría afirmarse, pero por razones preventivas, no es correcto afirmar su responsabilidad, porque los hechos cometidos por el menor, no afectan, a los ojos del adulto, la conciencia jurídica colectiva. Y, en todo caso, está demostrado que, en estos casos, imponer una pena al menor está contraindicado. Resultará más adecuado la adopción de otras medidas. *Vid.*, ROXIN, *Derecho Penal Parte general Tomo I. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*, (Trad. Luzón Peña y García Conlledo y Vicente Remesal), Madrid, 1997, pp. 487 y 488.

³⁶ *Vid.*, BAJO FERNÁNDEZ, "Nuevos y viejos problemas de la imputabilidad", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Tomo XVII, Madrid, 1993, pp. 37 y 38.

Con esto no pretendemos restar importancia a la función de la Política Criminal en relación a la dogmática penal. Entiendo que ésta es el elemento fundamentador del contenido de las categorías de la dogmática. Es necesario integrar consideraciones políticocriminales en la construcción de la teoría del delito. Pero creo que esta integración debe hacerse desde las bases intrínsecas (y no extrínsecas) de las categorías de la teoría del delito. No debe verse la Política criminal como un cajón de sastre del cual servirse cuando "algo" no encaje dentro de las construcciones dogmáticas. Sobre la importancia de la Política criminal en la dogmática penal, *Vid.*, SILVA SÁNCHEZ, "Política criminal en la dogmática: Algunas cuestiones sobre su contenido y límites", (Ed., Silva Sánchez), *Política Criminal y nuevo Derecho Penal, Libro Homenaje al Claus Roxin*, Barcelona, 1997, pp. 17 ss; *Vid.*, BUSTOS RAMÍREZ, "Política criminal y Estado", *Memoria del Primer Congreso de estudiantes de Derecho Penal*, Guanajuato, 1998, pp. 13 ss; *Vid.*, OJEDA RODRÍGUEZ y GUERRERO AGRIPINO, "La culpabilidad: Algunas consideraciones postfinalistas (Especial referencia al funcionalismo teleológico racional)", en *Revista del Departamento de Investigaciones jurídicas*, Vol. VII, núm. 65, julio-diciembre, Guanajuato, 1998, p. 36.

por dos razones: en primer lugar, porque el libre albedrío es indemostrable³⁷ y en segundo lugar, porque la culpabilidad basada en este argumento, se convierte en un concepto individual y no en el concepto social que debería ser³⁸.

La capacidad de culpabilidad debe verse en la motivabilidad del sujeto; en la facultad humana fundamental que unida a otras (inteligencia, afectividad, etc.), permite atribuir una acción a un sujeto y exigirle responsabilidad. Ante cualquier alteración importante a esta facultad de motivación, deberá procederse a la exclusión, o atenuación, en su caso, de la responsabilidad penal.

En este planteamiento, la culpabilidad, es la consecuencia de la convivencia humana: es la última fase de un proceso de socialización y motivación que comienza con la educación familiar, y continúa hasta llegar a la interiorización de la conducta exigida por las normas penales, para la convivencia en sociedad³⁹. La imputabilidad, según esto, es el conjunto de facultades mínimas necesarias para poder considerar a un sujeto culpable por haber realizado un hecho típico y antijurídico.

Para el autor, la capacidad de culpabilidad no se refiere únicamente a factores intelectivos y volitivos (como sostienen los clásicos), sino que conlleva un proceso mucho más complejo. En el proceso de interacción social de la convivencia, las personas van desarrollando una serie de facultades que les permiten conocer las normas que rigen la convivencia en el grupo social al que pertenecen y, además, conducir su actuar conforme a dichas normas. De esta forma, se establece un proceso muy complejo de comunicación, que en Psicología se denomina motivación.

La motivación se erige como fundamento de la imputabilidad, en la medida en que

³⁷ El libre albedrío es un presupuesto descriptivo, insuficiente para fundamentar la culpabilidad. Porque, una cosa es que supongamos que entre varias opciones se pueda elegir, y otra cosa es saber con certeza cuáles han sido las razones que impulsaron al sujeto a decidirse por una opción en concreto. Por estas razones hay que entender el libre albedrío de un modo fenomenológico, como resultado de nuestra propia experiencia y observación y no como fundamento suficiente de un concepto como la culpabilidad. En este sentido, *Vid.*, MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte general*, 2ª ed., *Op cit.*, pp. 367 a 369. Con una postura próxima, Schönemann afirma que el Derecho ha de postular la existencia del libre albedrío humano, de forma general, en una especie de "ficción necesaria para el Estado", pues de otra forma no podría justificarse la imposición de penas. *Vid.*, SCHÜNEMANN, "La función del principio de culpabilidad en el Derecho Penal preventivo", *Op cit.*, p. 153.

³⁸ *Vid.*, MUÑOZ CONDE, "La imputabilidad del enfermo mental", en *Psicopatología*, Año 2, núm. 2. Madrid, 1982, p. 317.

³⁹ *Ibidem*. En el mismo sentido, *Vid.*, SOTOMAYOR ACOSTA, *Inimputabilidad y sistema penal*, *Op cit.*, p. 74.

esa capacidad no haya llegado al grado requerido de madurez o, cuando existan defectos psicológicos o de otro origen, no habrá imputabilidad y, en consecuencia, tampoco culpabilidad.

Hasta aquí hemos entendido que el autor también defiende un concepto social de imputabilidad y esto se valora positivamente. Sin embargo, la imputabilidad sigue viéndose en términos de capacidad de motivación⁴⁰; y ello, en último extremo, lleva a concebir nuevamente al inimputable como un sujeto que carece de esta capacidad.

En este sentido, si lo importante es que el individuo se motive por los mandatos y prohibiciones de la norma penal ¿No será una ficción con fines defensivos el negar al menor la capacidad de motivación, de reacción frente a las exigencias de la norma⁴¹?

El autor pretende explicar que el menor es incapaz de motivación porque carece de madurez, pero esta es una alternativa poco viable. Pues, no puede olvidarse que la madurez es un estado de desarrollo (cognitivo, emotivo y volitivo), que proporciona una especie de perspectiva ante la vida y tal grado de desarrollo como se apuntó antes, depende de multitud de factores, como la educación, su vivienda, las características que rodean la constitución de su familia, su círculo de amigos⁴², etc. Cada uno de estos factores incide de forma diferente en cada persona y, en definitiva, al hablar de madurez nos referimos a un desarrollo evolutivo, único y diverso en cada ser humano⁴³.

Sostener de forma generalizada que todos los menores son inimputables - por ser inmaduros - carece de lógica. Y en todo caso, si así fuera ¿Cómo fundamentar que la madurez (que - como hemos dicho - se adquiere gradualmente) se alcanza - sin más - al cumplir una determinada edad? Sostener esta postura equivaldría a creer en una especie de milagro de la naturaleza, que no parece lógico.

En síntesis, la construcción propuesta por MUÑOZ CONDE aporta factores tan

⁴⁰ Vid., MUÑOZ CONDE, "La imputabilidad del enfermo mental", *Op cit.*, p. 317.

⁴¹ Vid., CANTARERO BANDRÉS, *Delincuencia Juvenil y sociedad en transformación*, Madrid, 1988, p. 133.

⁴² Sobre este tema, Vid., por todos, PIAGET e INHELDER, *Psicología del niño*, 12ª ed., (Trad., Hernández), Madrid, 1984, pp. 12 y 13.

⁴³ Al respecto, Vid., PAPALIA y WENDKOS, *Psicología del desarrollo*, 3ª ed, (Trad., Villamizar), México, 1986, pp. 4 a 6; en el mismo sentido, Vid., GESELL y BATES AMES, *Psicología evolutiva. De 10 a 16 años*, Trad., Loedel), Barcelona, 1986, p. 1332; también, Vid., BOSCH MARÍN, en su Prólogo a FERNÁNDEZ VARGAS y NAVARRO, *El niño y el joven en España (Siglos XVIII-XX). Aproximación teórica y cuantitativa*, Barcelona, 1989, p. 10.

importantes como la introducción de un concepto social de culpabilidad y su delimitación con la evaluación de factores diferentes a los clásicos. No obstante, la imputabilidad sigue entendiéndose como capacidad de motivación, y esto en el fondo es volver a la fórmula clásica. En mi opinión, no se trata de fundamentar la inimputabilidad del menor en la presunción de que no es capaz de comprender y querer; porque, como ya hemos visto, no se trata de un problema de falta de dicha capacidad. El menor, a excepción del que tiene muy escasa edad, sí puede ser motivable, y si por imputabilidad se entiende capacidad de culpabilidad y ésta, a su vez, presupone capacidad de motivación, debe concluirse o bien que los menores son imputables o bien que la imputabilidad debe ser otra cosa.

3. CONCEPCIONES CRÍTICAS DE LA IMPUTABILIDAD Y MINORÍA DE EDAD

Bajo este epígrafe se esbozará la postura de BUSTOS RAMÍREZ, que efectúa un análisis de la culpabilidad a partir de la idea de exigibilidad social, y realiza una exploración del concepto de imputabilidad a partir de la teoría de las subculturas y la psiquiatría alternativa.

Según BUSTOS RAMÍREZ, el contenido de la culpabilidad sólo puede determinarse partiendo de que el ser humano vive en sociedad. La culpabilidad significa responsabilidad y ésta tiene carácter social. Pues, desde que se establece la responsabilidad de una persona, de alguna manera también se establece la de la sociedad misma. Ahora bien, para que la persona pueda responder a las tareas que le exige el sistema social, es necesario que éste pueda hacerle dicha exigencia. Así, junto a la idea de responsabilidad, el autor introduce el concepto de exigibilidad, en el sentido de que la sociedad no puede exigir si no ha proporcionado las condiciones mínimas necesarias para que la persona pueda asumir las tareas exigidas por dicha sociedad.

Así las cosas, la culpabilidad es responsabilidad y ésta conlleva exigibilidad. La exigencia de responsabilidad tiene tres elementos⁴⁴: exigibilidad sistémica o imputabilidad, exigibilidad de la conciencia de la antijuricidad y exigibilidad de otra conducta. El primero, se refiere a la compatibilidad o incompatibilidad del actuar del sujeto con el ordenamiento jurídico. El segundo, guarda relación con el hecho de que si el autor (una vez afirmada la imputabilidad) es o no consciente del injusto. El tercer elemento, se refiere a que el sujeto responde de sus hechos siempre que quepa exigirle conciencia del injusto cuando se trata de un inimputable.

En concordancia con su planteamiento, la imputabilidad lo mismo que la culpabilidad (responsabilidad = exigibilidad), debe ser conceptualizada como un

⁴⁴ Sobre estos elementos, *Vid.*, BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal*, Vol. I, Madrid, 1997, pp. 154 y 155.

problema de carácter sociopolítico, que consta de dos etapas: 1. La asignación de un individuo a un grupo determinado. 2. El reconocimiento de la existencia de un orden racional hegemónico dentro del Estado, que se ve contradicho por el hecho cometido por el sujeto. Para explicar ambas etapas, el autor recurre a los aportes sociológicos de la teoría de las subculturas y los conocimientos de la Psiquiatría alternativa⁴⁵.

La primera etapa de la imputabilidad abarca un proceso de asignación del ser humano a uno de los órdenes racionales existentes en la sociedad⁴⁶. Desde la teoría de las subculturas se trata de explicar que el sujeto pertenece y actúa en grupo. En ocasiones, su actuar puede coincidir con las pautas de conducta impuestas por el Estado, en cambio, a veces puede que no coincida, e incluso, contradiga dicho orden de valores⁴⁷.

Dentro de una sociedad democrática pluralista hay que partir del hecho que el sujeto pertenece a diferentes ámbitos culturales dentro de la sociedad, que no pueden ser pasados por alto en su enjuiciamiento⁴⁸.

Lo anterior significa que el ser humano puede pertenecer a la cultura, al orden racional, o al grupo social que prefiera; porque, en principio, ningún orden racional, cultural o grupal, puede ser discriminado. Pues, esto conllevaría una negación del ser humano y una clara vulneración a las bases del Estado social y democrático de Derecho⁴⁹.

El segundo nivel de la imputabilidad consiste en un proceso de reconocimiento y

⁴⁵ Ampliamente sobre el tema, *Vid.*, BUSTOS RAMÍREZ, "Revisión crítica de la imputabilidad a la luz de la teoría de las subculturas y la psiquiatría alternativa", *Derecho Penal y ciencias sociales*, Bellaterra, 1982, pp. 191 a 206.

⁴⁶ *Idem.*, p. 207. Respecto a este tema, hay autores que sostienen que una de las características principales de un modelo liberal de justicia juvenil es el reconocimiento de órdenes de valores e intereses diferentes, no puede hablarse de aplicar justicia, sin tomar en cuenta las características propias del grupo social en que participa el menor. *Vid.*, PRESTON y KELLEY, "The ideological context of changing juvenile justice", en *Journal of Sociology & Social Welfare*, Vol. XII, New York, 1995, pp. 63 y 64.

⁴⁷ Coincidiendo con Bustos al defender la existencia de una pluralidad cultural en la que no siempre coinciden el orden de valores de un grupo con el dominante. *Vid.*, SOTOMAYOR ACOSTA, *La responsabilidad penal del indígena en Colombia. Entre el mundo real y un mundo posible*, Salamanca, 1996, p. 4 a 7.

⁴⁸ *Vid.*, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal. Parte general*, 4ª ed, *Op cit.*, p. 518.

⁴⁹ *Vid.*, BUSTOS RAMÍREZ, "Revisión crítica de la imputabilidad a la luz de la teoría de las subculturas y la siquiatria alternativa", *Op cit.*, p. 208.

valoración. Se trata de reconocer que en la base orgánica del Estado hay un orden racional hegemónico que si se destruye, amenaza al mismo Estado. Por eso, cualquier sujeto que lo contradiga debe ser valorado (y no solamente asignado) en razón a la contradicción con los valores de ese orden impuesto por el Estado⁵⁰.

A fin de explicar la existencia del orden racional del Estado, resultan muy útiles al autor que ahora nos ocupa, los aportes de la teoría de la Psiquiatría alternativa. Esta ciencia, toma como punto de referencia el caso del enfermo mental, que es calificado como tal con base en criterios naturalísticos y biológicos; y esto resulta insuficiente teniendo en cuenta que la enfermedad mental es básicamente un conflicto social, que requiere la evaluación de otros factores sociales y políticos. Socialmente hablando, la locura no es más que un conflicto entre la verdad de la sociedad determinada con la verdad expresada por el mal llamado *loco*.

De este modo, no se podría decir que una determinada persona carezca de las capacidades de conocimiento y de obrar de acuerdo a él, pues ello supondría la falsa creencia de que sólo existe un orden de valores.

Según el autor, debe partirse de un ser humano igual que cualquier otro, pero con su propio mundo y referencia de valores y con sus propias reglas para la solución de problemas, que entran en un conflicto agudo, con las pautas impuestas por la sociedad.

No se trata, pues, de un juicio de invalidación, sino simplemente se trata de valorar la compatibilidad o incompatibilidad del actuar del sujeto con el orden de valores impuesto por el Estado. Para la valoración de la compatibilidad entre ambos órdenes de valores debe corroborarse la existencia de comunicación entre los diferentes órdenes racionales. De lo contrario, ni siquiera podría pasarse del primer nivel de la imputabilidad, pues estaríamos actuando en franca discriminación. (Sirve como ejemplo al autor los casos de los indígenas que no han entrado en contacto con el orden hegemónico, los infantes, sordomudos y locos. Todos ellos ilustran la explicación de la ausencia de dicha comunicación).

En el caso del menor, BUSTOS afirma que hay que partir de su condición de actor social. El hecho de que el Estado tenga la obligación de proteger al menor, debe materializarse en beneficios para el menor, y no en una forma de estigmatización.

De esta manera, se logra fundamentar que el juicio de inimputabilidad del menor debe partir de un primer nivel que consiste en su consideración como personas, a

⁵⁰ *Ibidem*. En el mismo sentido, Vid., SOTOMAYOR ACOSTA, *Inimputabilidad y sistema penal*, *Op cit.*, p. 82.

las que debe reconocerse todos los derechos que le son inherentes, comenzando por el reconocimiento de su dignidad. Coincido plenamente con el autor cuando, en definitiva, afirma que "la imputabilidad como juicio sobre un sujeto tiene que partir del principio político jurídico (y no de ciencia natural) de que se trata de una persona, y de que éstas son por tanto, iguales en dignidad y derecho". El menor, por tanto, debe ser considerado como un sujeto, y no como un objeto de tutela.

Entiendo que, en suma, no se trata de concebir la inimputabilidad del menor como el resultado de una fórmula biopsicológica (como la clásica) que sostiene que la falta de madurez del menor es el fundamento de su inimputabilidad, porque el fundamento de su inimputabilidad no puede reducirse a criterios propios de las ciencias naturales. De ser así, ¿cómo explicar el hecho de que al cumplir determinada edad, la madurez aparece de pronto en el menor? Creer en esta especie de milagro de la naturaleza, al menos desde mi punto de vista, carece de sentido. La inimputabilidad del menor parte de una decisión sociopolítica, no naturalística y a esta decisión sólo puede llegarse después de un previo y exhaustivo debate de puntos doctrinales, sociales, políticos y de política criminal.

Otro de los aspectos positivos que pretendo destacar en la construcción del autor referido es que, desde su punto de partida (al considerar al menor como actor social), debe reconocerse que en él confluyen derechos y también obligaciones. Efectivamente, al menor se le pueden pedir responsabilidades, pero sólo en la medida en que se le hayan proporcionado las condiciones necesarias para que ejerza sus derechos y sus obligaciones. El menor tiene capacidad de respuesta, pero debe tomarse en cuenta que esa capacidad se ve afectada por los obstáculos que ha tenido en la satisfacción de sus necesidades. Esto implica sancionarlo por el injusto cometido, pero con las garantías que surgen del carácter especial de sus necesidades.

Y es que, no se puede afirmar que la inimputabilidad del menor signifique irresponsabilidad, ni mucho menos, porque éste sí es responsable desde el momento en que -en virtud de la comisión de un hecho delictivo- se le sanciona. Y, aunque se trate de adornar la realidad afirmando que sólo se le aplican medidas educativas y benéficas, la realidad suele responder a lo que BUSTOS RAMÍREZ define como un mero fraude de etiquetas⁵¹.

El texto donde esté contenida la pena o la medida de seguridad es un aspecto formal; pues históricamente al menor se le han impuesto verdaderas penas sin

⁵¹ Vid. BUSTOS RAMÍREZ, "Imputabilidad y edad penal", *Op cit.*, p. 478. En la misma línea, Vid., GIMÉNEZ SALINAS, "Principios básicos para un nuevo Derecho Penal juvenil", (Dir., Miret Magdalena), *Jornadas de estudio de la Legislación del menor*, Madrid, 1985, p. 269. En idéntico sentido, Vid., RÍOS MARTÍN, "El menor ante la Ley Penal: Educación versus penalización", en *Actualidad Penal*, núm., 25, 20-26 junio, Madrid, 1994, p. 475.

que hayan estado ubicadas necesariamente en el Código Penal de adultos. Por ello, la diferencia debe establecerse a un nivel real. Porque, en definitiva, el Derecho Penal común ha sido configurado como una respuesta frente a los comportamientos de mayores y no de menores de edad. Por razones políticocriminales, la exigencia de responsabilidad de los menores debe ser penal, pero a un nivel diferente.

IV. CONCLUSIÓN

Como consecuencia de lo que hemos expuesto cabría concretar que los menores son personas en situaciones de desigualdad. Es el ordenamiento jurídico, en general, el que nos demuestra la desigualdad del menor para acceder a los medios participativos imprescindibles para actuar en sociedad: desde su nacimiento el menor es titular de derechos (capacidad jurídica), pero no puede ejercerlos de forma activa en el ordenamiento jurídico hasta que no posea la capacidad de obrar (condición que se reconoce en la generalidad de los ordenamientos jurídicos, al cumplir la mayoría de edad, salvo casos especiales como la emancipación y las habilitaciones de edad).

Frente a esta - tan evidente - situación de desigualdad del menor es necesario aplicar la fórmula del principio de igualdad en el sentido que hay que tratar desigual a los desiguales, para convertirlos en iguales⁵².

Si al menor no se le permite ejercer la titularidad de muchos derechos, por pensar que aún no está preparado para asumir las mismas responsabilidades del adulto ¿Cómo olvidar este argumento a la hora de exigirle responsabilidades? La aceptación de las especiales necesidades en el menor debe tomarse en cuenta tanto a la hora de otorgarle la titularidad de sus derechos, como a la hora de exigirle responsabilidades.

Finalmente, sobre la imputabilidad o inimputabilidad del menor, debemos partir de una premisa: Si evaluamos únicamente la capacidad de comprender y querer, el menor de 18 años no podría ser inimputable; pues, con carácter general, por todo lo hasta aquí expuesto, habría que reconocer su capacidad para ello⁵³.

Visto así, la doctrina tendrá que llegar a la siguiente disyuntiva: O bien admitir que a partir de los doce o trece años el menor posee esta capacidad y, por ende, es imputable; o bien entender la imputabilidad de una forma diferente a la clásica,

⁵² Vid., RUIZ MIGUEL, "La igualdad como diferenciación", (Coord. Prieto Sanchís), *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, Madrid, 1994, p. 286.

⁵³ En este sentido se pronuncia Sotomayor Acosta, cuando dice que si por inimputabilidad entendemos sólo incapacidad de comprender y querer, tendríamos que entender que el menor está por fuera de ella. Vid., SOTOMAYOR ACOSTA, *Inimputabilidad y sistema penal*, *Op cit.*, p. 258.

mediante la valoración de otros elementos sociopolíticos y de políticacriminal que cada Estado deberá tener en cuenta para decidir si son o no inimputables.

A esta tarea de valoración está llamada también la doctrina. Pues, lejos de entender que sólo es un instrumento de interpretación sistemática de las normas, creo que está llamada a asumir posturas críticas, de lo contrario, como bien dice GIMBERNAT⁵⁴, sólo estaría interpretando verdades parciales.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALBRECHT, *El Derecho Penal de menores*, (Trad., Bustos Ramírez), Barcelona, 1990.

ANDRÉS IBÁÑEZ, "El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada", (Comps., Jiménez Burillo y Clemente), *Psicología social y sistema penal*, Madrid, 1986.

ANIYAR DE CASTRO, "Notas para la discusión de un control social alternativo", (Coords., De la Barreda Solórzano), *Ensayos de Derecho Penal y Criminología (en honor de Javier Piña y Palacios)*, México, 1985.

BAJO FERNÁNDEZ, "Nuevos y viejos problemas de la imputabilidad", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Tomo XVII, Madrid, 1993.

BARATTA, *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal. Introducción a la sociología jurídico-penal* (Trad., Búnster), Madrid, 1986.

BARBERO SANTOS, "Delincuencia juvenil. Tratamiento", *Delincuencia juvenil*, Vigo, 1973.

BARBERO SANTOS, *Marginación social y derecho represivo*, Barcelona, 1980.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, ARROYO ZAPATERO, GARCÍA RIVAS, FERRÉ OLIVÉ, SERRANO PIEDECASAS, *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, Barcelona, 1996.

BOSCH MARÍN, Prólogo a FERNÁNDEZ VARGAS y NAVARRO, *El niño y el joven en España (Siglos XVIII-XX). Aproximación teórica y cuantitativa*, Barcelona, 1989.

⁵⁴ Vid., GIMBERNAT ORDEIG, "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal? *Op cit.*, pp. 160-161.

BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal*, Vol. I, Madrid, 1997.

BUSTOS RAMÍREZ, "Política criminal y Estado", *Memoria del Primer Congreso de estudiantes de Derecho Penal*, Guanajuato, 1998.

BUSTOS RAMÍREZ, "Revisión crítica de la imputabilidad a la luz de la teoría de las subculturas y la psiquiatría alternativa", *Derecho Penal y ciencias sociales*, Bellaterra, 1982.

BUSTOS RAMÍREZ, "Criminología crítica y Derecho Penal", *Control Social y Sistema Penal*, Barcelona, 1987.

BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal. Parte general*, 4ª ed., Barcelona, 1994.

CANTARERO BANDRÉS, *Delincuencia Juvenil y sociedad en transformación*, Madrid, 1988.

CEREZO MIR, "Culpabilidad y pena", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1980.

COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte general*, 4ª ed., Valencia, 1996.

CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, Barcelona, 1977.

DE LEO, *La Justicia de menores. La delincuencia juvenil y sus instituciones*, (Trad., González Zorrilla), Barcelona, 1985.

DÍAZ PALOS, *Teoría general de la imputabilidad*, Barcelona, 1965.

FRANK, *Estructura del concepto de culpabilidad* (Trad. Soler), Chile, 1966.

GESELL y BATES AMES, *Psicología evolutiva. De 10 a 16 años*, (Trad., Loedel), Barcelona, 1986.

GIMBERNAT ORDEIG, "¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?", *Estudios de Derecho Penal*, 3ª ed., Madrid, 1990.

GIMÉNEZ SALINAS, "Principios básicos para un nuevo Derecho Penal juvenil", (Dir., Miret Magdalena), *Jornadas de estudio de la Legislación del menor*, Madrid, 1985.

GIMÉNEZ SALINAS, "La justicia de menores en el siglo xx. Una gran incógnita", (Dir., Bustos Ramírez), *Un Derecho Penal del menor*, Santiago, 1992.

GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 1984.

HASSEMER, "¿Alternativas al principio de culpabilidad?", en *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 18, Madrid, 1982.

JAKOBS, *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, (Trad., Cuello Contreras y Serrano González de Murillo), Madrid, 1995.

MOVILLA ÁLVAREZ, "Notas sobre una reforma de la justicia de menores", en *Poder Judicial*, Nº 16, septiembre, Madrid, 1990.

MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Valencia, 1996.

MUÑOZ CONDE, "La imputabilidad del enfermo mental", en *Psicopatología*, Año 2, núm. 2. Madrid, 1982.

OJEDA RODRÍGUEZ y GUERRERO AGRIPINO, "La culpabilidad: Algunas consideraciones postfinalistas (Especial referencia al funcionalismo teleológico racional)", en *Revista del Departamento de Investigaciones jurídicas*, Vol. VII, núm. 65, julio-diciembre, Guanajuato, 1998.

PAPALIA y WENDKOS, *Psicología del desarrollo*, 3ª ed, (Trad., Villamizar), México, 1986.

PAVARINI, *Control y Dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, (Trad., Muñagorri), México, 1983.

PIAGET e INHELDER, *Psicología del niño*, 12ª ed., (Trad., Hernández), Madrid, 1984.

PLATT, *Los "Salvadores del niño" o la invención de la delincuencia*, (Trad., Blanco), México, 1982.

PRESTON y KELLEY, "The ideological context of changing juvenile justice", en *Journal of Sociology & Social Welfare*, Vol. XII, New York, 1995.

RÍOS MARTÍN, "El menor ante la Ley Penal: Educación versus penalización", en *Actualidad Penal*, núm., 25, 20-26 junio, Madrid, 1994.

ROXIN, "¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho Penal?", (Trad., Gómez Benítez), en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 30, Madrid, 1986.

ROXIN, "¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho Penal?", *Op cit.*, núm. 30, Madrid, 1986.

ROXIN, *Derecho Penal Parte general Tomo I. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*, (Trads., Luzón Peña y García Conlledo y Vicente Remesal), Madrid, 1997.

RUIZ MIGUEL, "La igualdad como diferenciación", (Coord. Prieto Sanchís), *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, Madrid, 1994.

SANDOVAL HUERTAS, *Sistema Penal y Criminología crítica*, Bogotá, 1985.

SCHÜNEMANN, "La función del principio de culpabilidad en el Derecho Penal preventivo", *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*, (Trad., Silva Sánchez), Madrid, 1991.

SILVA SÁNCHEZ, "Política criminal en la dogmática: Algunas cuestiones sobre su contenido y límites", (Ed., Silva Sánchez), *Política Criminal y nuevo Derecho Penal, Libro Homenaje al Claus Roxin*, Barcelona, 1997.

SOTOMAYOR ACOSTA, "Crítica a la peligrosidad como fundamento y medida de la reacción penal frente al inimputable", en *Nuevo Foro Penal*, Núm. 48, Año X, abril-junio, Bogotá, 1990.

SOTOMAYOR ACOSTA, *Inimputabilidad y Sistema Penal*, Bogotá, 1996.

SOTOMAYOR ACOSTA, *La responsabilidad penal del indígena en Colombia. Entre el mundo real y un mundo posible*, Salamanca, 1996.

STRATENWERTH, *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, (Trad., Bacigalupo Zapater y Zugaldía), Madrid, 1980.

TORÍO LÓPEZ, "El concepto individual de culpabilidad", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, N° 38, mayo-agosto, Madrid, 1985.