

LA POLÍTICA CRIMINAL ANTE EL HECHO PENALMENTE ANTIJURIDICO COMETIDO POR UN MENOR DE EDAD

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

La discusión relativa a cuál debe ser la respuesta jurídico-penal frente a los hechos antijurídicos cometidos por sujetos menores de edad, pese a su permanente vigencia, parece gozar en los últimos tiempos de renovada actualidad. Ello hace especialmente difícil la tarea de sustraerla del irracionalismo o la emocionalidad. Sin embargo, es obvio que dicha discusión, para conducir a algún resultado, debe enmarcarse, como cualquier otra propia del Derecho penal, en los principios político-criminales que legitiman el *si* y el *cómo* de la intervención de éste en la sociedad. En concreto, debe procederse a esclarecer el significado del concepto jurídico-penal de *culpabilidad*, pues no en vano se afirma comúnmente que los menores de edad, que pueden realizar hechos penalmente antijurídicos, son en cambio *inculpables*. Pero, al hacerlo, deben tenerse muy presentes los cambios que el contenido de dicho concepto ha experimentado en los últimos años. En concreto, en el ámbito que ahora nos ocupa, estos cambios han supuesto la transición de un modelo clásico — que denominaremos “*modelo del discernimiento*” — a otro modelo que designaremos como “*modelo de la necesidad de pena*”. Para acometer el tema de modo progresivo permítaseme, sin embargo, comenzar citando a uno de nuestros más significados comentaristas del Siglo XIX, D. Alejandro Groizard y Gómez de la Serna. En sus *Comenta-*

rios al Código Penal de 1870, realizaba Groizard las siguientes consideraciones, a propósito del artículo 8, 2.º y 3.º:

“(…) Una valiosa joya es sustraída del escaparate de una tienda de platero. Mientras los curiosos oyen las lamentaciones del perjudicado, un funcionario de policía conduce de la mano a un niño de cinco años que ostenta en su poder la alhaja. Preguntad a todos los espectadores de esta escena, cualquiera que sea su condición, su instrucción, su estado y posición social, si creen que aquél sea ante la moral, ante la razón, ante la ley, responsable del delito de hurto. Un *no* instantáneo saldrá de todos los labios. No bien haya llegado a apoderarse la inteligencia del sentido de la interrogación, una fuerza interior imperativa, categórica, irresistible, impulsará a cada uno a protestar contra semejante idea.

Pero aumentad la edad del protagonista: Suponed que en vez de cinco tiene diez o doce años. Dirigid la misma pregunta a los propios espectadores y veréis cuán distinto es el efecto que en ellos produce. Desaparecerá la conformidad de pareceres; habrá quien diga inmediatamente que sí y quien diga que no, y habrá seguramente una gran parte de hombres prudentes que se abstendrán por el pronto de juzgar y que sólo después de haberse hecho explicar todas las particularidades del suceso y de haber interrogado por si mismos

detenidamente a su autor, aventurará su opinión acerca de su responsabilidad.

Pero cambiad de hipótesis. Admitido que no es un niño el que ha puesto su mano en el objeto precioso, sino un verdadero adulto que aparenta tener diez y seis a diez y siete años. Está confeso del hecho y sólo hay que averiguar si obró con malicia, con intención, sabiendo que infringía un deber, que cometía un delito. Interrogado de nuevo sobre este punto a los que tan discordantes contestaron a vuestra última pregunta. La divergencia de opiniones desaparecerá; todos acusarán resueltamente a aquel adolescente como autor del delito aunque, atendida su corta edad, excitará todavía un sentimiento de compasión bastante poderoso para pedir que no se le aplique la ley en todo su rigor (...)."

La cita que acabamos de realizar refleja una distinción usual a lo largo de todo el Siglo XIX y expresa de modo claro lo que hemos calificado como "*modelo del discernimiento*". Dicho modelo proviene ya del sistema penal del Derecho Romano. Para éste, el sujeto de edad inferior a siete años, el llamado *infans*, se sustraía al Derecho penal en virtud de una presunción irrefutable de incapacidad. En cambio, el sujeto que tenía entre siete y catorce años, el llamado *impuber*, era sometido caso por caso a un juicio individual de discernimiento para decidir si era susceptible de ser sometido a una pena o no. En fin, el sujeto denominado *minor*, de entre catorce y dieciocho años, era estimado susceptible de recibir la imposición de una pena, si bien inferior a la del adulto ordinario.

El Derecho Romano influyó, por la vía del Derecho Canónico, en los dos grandes sistemas jurídicos universales, el sistema del *Common Law* y el sistema del *derecho codificado*. Así, también en el *Common Law* cabe advertir que, en el caso de edades inferiores a siete años,

el sujeto tiene una presunción de incapacidad para recibir la imposición de una pena, presunción ésta que es *iuris et de iure*, es decir, irrefutable. Entre los siete y los catorce años, por contra, se da una presunción refutable de incapacidad: para refutarla, el sujeto es sometido caso por caso a un juicio de discernimiento. Por fin, en edades superiores a los catorce años se da una plena responsabilidad al sujeto, a pesar de que la pena pueda ser atenuada.¹ Obviamente, esta caracterización del *Common Law* se ha visto afectada por diversas modificaciones, derivadas, unas, de la promulgación de leyes especiales que han fijado la edad mínima para que el sujeto sea sometido a una responsabilidad penal, en los diez años,² y otras, de la entrada en vigor de los diversos sistemas de derecho penal juvenil, muy significativa en diversos estados norteamericanos.³

Por lo que se refiere a los sistemas codificados, puede hacerse mención, a título de ejemplo, de los códigos españoles del Siglo XIX. En éstos, que por lo demás no se distinguían significativamente de los demás códigos penales europeos, puede observarse asimismo una tripartición. De este modo, tanto el Código Penal de 1848 como el de 1870 establecen una total impunidad para el sujeto de edad inferior a nueve años (así, el art. 8, 2.º del Código penal de 1870). Igualmente, contemplan la realización de un juicio individualizado de discernimiento para los sujetos de entre nueve y quince años (así, el art. 8, 3.º del Código penal de 1870), dando lugar, por tanto, a que si, como

1. Cfr. *Smith & Hogan*, Criminal Law, 7.ª ed. London 1992, p. 188 y ss; *LaFave / Scott*, Criminal Law, 2.ª ed., St. Paul (Minn.) 1989, p. 398 y ss.

2. *Smith & Hogan*, Criminal Law, 7.ª ed., p. 189 y nota 7.

3. Cfr. *LaFave / Scott*, Criminal Law, 2.ª ed., p. 400 y ss.

consecuencia de tal juicio, se estima que el sujeto obró con discernimiento, será hecho penalmente responsable, y si se estima que obró sin dicho discernimiento, será considerado penalmente irresponsable. Finalmente, por encima de los quince años, se establece una plena responsabilidad criminal que puede dar lugar, no obstante, en virtud de la edad, a una atenuación de la pena.

El modelo del discernimiento, que tiene sus orígenes en el Derecho Romano, y que, a través del Derecho Canónico, influye tanto sobre los sistemas de la codificación continental europea como sobre los del *Common Law*, posee unos fundamentos teóricos muy concretos y, asimismo, parte de unos presupuestos prácticos que deben ponerse de relieve. En cuanto a los fundamentos teóricos del sistema, éste se asienta en una *concepción retributiva* de la pena: ésta, por tanto, es concebida como un castigo que restablece la justicia vulnerada por la comisión del delito. Asimismo, parte de la idea de que la culpabilidad, entendida como juicio de reproche, es presupuesto esencial de la pena, a través del denominado *concepto bilateral de culpabilidad*. Según éste, si no hay culpabilidad no puede imponerse la pena, pero, viceversa, siempre que haya culpabilidad deberá imponerse una pena.

Así las cosas, adquiere un papel esencial la determinación de quién es culpable, o de qué se entiende por culpabilidad. Pues bien, en el marco de este sistema general, es culpable el sujeto que, a la hora de cometer el delito, *podría haberse comportado de otro modo*, podría haber actuado de otra manera. Por lo tanto, desde este punto de vista la culpabilidad — como juicio de reproche — presupone dos elementos: la capacidad de conocer el contenido de injusto, de antijuricidad, de la propia conducta, así como la capacidad de adecuar la propia conducta a este conocimiento. Evidentemente, un

planteamiento de esta naturaleza hace necesario, en el caso que aquí interesa, realizar un *juicio individual de discernimiento*.⁴ En virtud de éste, se determinará, para la franja que aquí estimamos esencial (entre nueve y quince años, entre diez y dieciséis años, etc.), si efectivamente el sujeto podía haber conocido, o no, el injusto de su conducta y podía haberse comportado, o no, de otro modo, esto es, de forma adecuada a este conocimiento.

El modelo clásico tiene, sin embargo, junto a estos fundamentos teóricos, unas bases prácticas muy concretas. En primer lugar — y esto es decisivo —, la ausencia de consecuencias jurídicas del delito, entendido éste como hecho antijurídico, que no sean la pena retributiva. Así pues, o se le puede imponer la pena retributiva al sujeto, por entenderse que es culpable, es decir, que tiene discernimiento, o no se le puede imponer ninguna otra consecuencia jurídico-penal. Es muy ilustrativo, a este respecto, lo que establece el art. 8, 3.º del Código penal español de 1870. Este, en su párrafo último, señala que:

“Cuando el menor sea declarado irresponsable, en conformidad con lo que se establece en este número y en el que le precede, será entregado a su familia con encargo de vigilarlo y educarlo. A falta de persona que se encargue de su vigilancia y educación, será llevado a un establecimiento de beneficencia destinado a la educación de huérfanos y desamparados, de donde

4. Hay que subrayar que el modelo del discernimiento, de signo claramente individualista, tenía, como habrá podido observarse, diversos límites. Límites negativos, en la medida en que el menor de 7 o 9 años se presumía incapaz, sin poderse entrar a analizar caso por caso. Y límites positivos, en la medida en que el mayor de 15 o 16 años era tenido por capaz y responsable, salvo en casos de concurrencia de otra causa de inimputabilidad, como enfermedad mental, etc.

no saldrá si no al tiempo y con las condiciones prescritas para los acogidos".

Esta base teórico-práctica (concepto retributivo de pena, juicio de discernimiento para determinar una culpabilidad que entendemos como poder actuar de otro modo, ausencia de consecuencias jurídico-penales distintas de la pena retributiva) ha experimentado, sin embargo, una serie de cambios teóricos y prácticos de la mayor importancia. En primer lugar, se ha producido, tanto en la legislación como en la doctrina, una creciente superación de las concepciones puramente retributivas mediante la introducción de conceptos mixtos, o incluso puramente preventivos de la pena y de la culpabilidad. Este es, a nuestro juicio, el gran cambio teórico que dará paso, de un modelo con el del discernimiento, a un modelo nuevo. En segundo lugar, en el campo práctico, tiene lugar la introducción en los diversos ordenamientos jurídicos de las medidas de seguridad aplicables a los inimputables, entendidas éstas como mecanismos ampíricos, radicalmente distintos de la pena retributiva, para hacer frente al delito (por vías específicamente terapéuticas, en lo que aquí interesa, por la vía de la reeducación). El nuevo punto de vista determinará que el único criterio de legitimidad de la pena sea su *necesidad*, entendida, desde la perspectiva del cumplimiento de los fines del Derecho penal, como necesidad de pena para cumplir las exigencias de prevención general (negativa o positiva) o como necesidad de pena en términos de prevención especial. La pena se revela necesaria desde un punto de vista de prevención general negativa cuando haya que recurrir a ella para obtener una intimidación suficiente en el colectivo de autores potenciales del delito. Por lo que se refiere al punto de vista de la prevención general positiva, la pena aparece necesaria cuando haya

que recurrir a ella para reforzar la confianza de la población en el ordenamiento jurídico, para reforzar la vigencia de las normas. Finalmente, la pena se hace necesaria desde un punto de vista de prevención especial sólo cuando la reinserción social del sujeto haga necesaria esa pena. Ahora bien, si la pena se justifica únicamente por su necesidad preventiva, subdividida en los aspectos mencionados, y no por la realización de una justicia absoluta, la conclusión es que la pena se ha de imponer únicamente cuando exista una auténtica necesidad, en términos preventivos, de recurrir a ella y, por contra, no cabe en absoluto imponerla si tal necesidad no existe. A todo se añade algo que aquí es de importancia: dicha necesidad puede decidirse de modo más general y no en virtud de juicios individuales de discernimiento.

De hecho, el sistema vigente en el Código penal español, plasmado en el art. 8, 2.º del mismo, sólo se explica desde el punto de vista que ahora introducimos y no, en cambio, desde el anterior modelo del discernimiento. En efecto, como ha puesto de relieve *Mir Puig*,⁵ "la exención incondicionada de pena hasta los dieciséis años se base en algo más que en la presunción de inimputabilidad, a saber: en la moderna convicción político-criminal de que los menores no deben ser castigados como los mayores, ni ir a la cárcel como ellos..." La observación es prácticamente irrefutable. En efecto, como ha señalado *García Andrade*,⁶ psiquiatra forense, una perspectiva bio-psicológica individual, centrada en el discernimiento (y no, en cambio, en la necesidad de pena) exigiría

5. Mir Puig, *Derecho penal PG*, 3.ª ed., Barcelona 1990, p. 636.

6. García Andrade, "Política criminal y edad penal", en *Política criminal y reforma penal. Homenaje al Prof. Del Rosal*, Madrid 1993, p. 505.

un análisis caso por caso, huyendo de generalizaciones como las del vigente art. 8, 2.º CP. Por otro lado, se estima que los estudios de la psicología demuestran que a partir de la edad de doce o catorce años es posible que el sujeto establezca una relación con la norma, es decir, que tenga, en definitiva, el discernimiento al que al principio se hacía referencia. Desde un modelo con el del discernimiento, pues, carceraria de sentido excluir la responsabilidad criminal de estos sujetos, de edad inferior a dieciséis años. Si taxativamente, y de modo general, se excluye tal responsabilidad penal para los sujetos de edad inferior a dieciséis años, eso es por razones distintas de las del modelo de discernimiento.⁷

La razón de la exclusión general de la pena para los menores de dieciséis años es, como han expuesto con claridad *Roxin*⁸ y *Gimbernat*, entre otros, la falta

7. Por cierto que tampoco es posible explicar sino desde este punto de vista la exclusión de los autores de hechos antijurídicos menores de doce años, no ya de la pena, sino también del ámbito de la medida de seguridad jurídico-penal (impuesta por el juez penal), para someterlo al ámbito puramente administrativo de la "protección de la infancia". Eso es lo que establece el art. 1.º de la L.O. 4/1992, de 5 de junio, que reforma el art. 9 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948, dando al art. 9, 1.º II el siguiente contenido: "Cuando el autor de los citados hechos sea menor de doce años será puesto, en su caso, a disposición de las Instituciones administrativas de protección de menores". Pues bien, a ello subyace la consideración utilitarista - cuya corrección, sin embargo, es discutible y debiera ser discutida - de que es preferible que los menores de doce años que han cometido hechos penalmente antijurídicos se mantengan, pese a ello al margen del ámbito judicial y del llamado "control penal". Pero aquí surgen las dudas generales sobre lo preferible de una intervención administrativa sobre otra judicial, fundamentalmente por lo que se refiere al respeto de las garantías.

8. *Roxin*, *Strafrecht AT*, I München 1992, p. 575 Rdn. 49.

de necesidad preventiva de la pena, y en consecuencia, la falta de legitimidad jurídica de esta pena. En efecto, como ha expresado con claridad *Gimbernat*,

"(...) Desde el punto de vista del mantenimiento del orden social, proceder con una pena frente a los enfermos mentales o los menores es intolerable y abusivo, porque es también innecesario; pues que su comportamiento delictivo quede impune no disminuye en nada el carácter inhibitorio general de las prohibiciones penales. El sujeto normal distingue muy bien esos dos grupos de inimputables (...), sabe que pertenece a otro grupo y que a él sí se le va a castigar si realiza un tipo penal; sabe, pues, que la impunidad de aquéllos no afecta a la suya. Por ello, en referencia a los sujetos "imputables, las prohibiciones penales no pierden nada de su vigor inhibitorio porque los "inimputables" queden exentos de responsabilidad criminal(...)"⁹

En definitiva, la imposición de una pena a los sujetos de edad inferior a dieciséis años carece de legitimidad, tanto desde el punto de vista de la prevención especial, como de la prevención general negativa, como, finalmente, de la prevención general positiva. Para estos sujetos no hay necesidad de pena, desde el punto de vista preventivo especial, desde la perspectiva de la resocialización, porque es mucho más adecuada y prometedora una intervención educativa que la imposición de una pena. En lo que hace al punto de vista de la prevención general negativa, tampoco puede hablarse de necesidad de pena. De hecho, no plantea problemas prescindir de la pena, dada la percepción por la

9. *Gimbernat Ordeig*, "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?", en *Estudios de Derecho penal*, 3.ª ed, Madrid 1990, p. 157; cfr. también "El sistema del Derecho penal en la actualidad", *Ibidem*, p. 177.

colectividad del menor como un sujeto diferente, que determina que la no imposición de una pena al mismo no disminuya en absoluto la intimidación sobre la sociedad como conjunto de potenciales autores de delito. Es cierto que la ausencia de pena respecto al menor podría suponer una disminución de la intimidación sobre el colectivo de menores delincuentes potenciales, es decir, sobre aquellos menores de dieciséis años que pudieran ser autores potenciales de delitos. Sin duda, este aspecto es problemático. Pero cabe, con todo, sostener que aquí, en el conflicto entre la prevención general intimidatoria y la especial, podría primar este último, siempre y cuando el sujeto se someta a un tratamiento educativo, que también tiene, en un plano fáctico y secundario, algún efecto intimidatorio. Sobre todo si se introdujera, como parece razonable, una pena juvenil para el caso de fracaso o rechazo del tratamiento. En fin, por lo que hace a la prevención general positiva integradora ha señalado *Roxin* que el prescindir de la pena contra los menores autores de hechos delictivos no conmueve, no debilita la confianza de la población en el ordenamiento jurídico.¹⁰ La observación es correcta, en principio, aunque quizá debiera profundizarse en las razones por las cuales no tiene lugar tal debilitamiento de la confianza en el correcto funcionamiento del ordenamiento jurídico.¹¹ En realidad, si no se pierde la confianza, ello es debido también a la aportación que efectúan en este ámbito las medidas de seguridad aplicables a los menores. Tales medidas, que no existían en el siglo

XIX, son un instrumento de aseguramiento *cognitivo* de la vigencia de la norma, por emplear la terminología de *Jakobs*.¹² Así, determinan que la sociedad no pierda la confianza en ese ordenamiento jurídico, que ciertamente no impone la pena, pero sí un tratamiento en virtud del cual se va a tratar de conseguir que el menor no vuelva a delinquir: más que de reafirmar la norma, se trata de afrontar fácticamente el peligro, pero ello es, desde luego, muestra también de la eficacia funcional del Ordenamiento jurídico.

En definitiva, pues, la imposición de medidas de seguridad educativas, en lugar de la pena, a menores de dieciséis años no tiene repercusiones negativas. Desde luego no las tienes desde el punto de vista preventivo-especial, ni las tiene desde un punto de vista de prevención general positiva, y tampoco desde un punto de vista de prevención general negativa, salvo por una eventual pérdida de eficacia intimidatoria frente a otros menores de esa edad, autores potenciales de delitos, aspecto éste que ya ha sido comentado más arriba. Se plantea, a continuación, la cuestión de cómo varía lo anterior, desde la perspectiva de una concepción preventiva de la pena, y de una concepción de la culpabilidad entendida como necesidad preventiva de pena, cuando se trata de elevar la mayoría de edad penal a los dieciocho años. ¿Se produce alguna modificación en este terreno, o los argumentos que se han dado hasta el momento pueden tener aplicación también a la franja de edad de hasta dieciocho años?

Por lo que hace a las razones de prevención especial, de resocialización, parece que tampoco hay necesidad de pena cuando el sujeto activo del hecho antijurídico se inscribe en la franja de edad que llega hasta los dieciocho años. Siempre y cuando se pueda disponer de

10. *Roxin*, AT, p. 575 Rdn. 49.

11. Que también es subrayada por *Jakobs*, *Strafrecht AT*, 2.ª ed., Berlin 1991, p. 521 Rdn. 1: el fundamento de la presunción de inimputabilidad para los niños es que éstos no son definidos como iguales y, por tanto, no son competentes para desmentir la vigencia de la norma.

12. *Jakobs*, AT, 2.ª ed., p. 32-33 Rdn. 57.

medidas adecuadas a la nueva franja de edad — medidas que probablemente no serán las mismas que las de un sujeto de trece o catorce años — podría afirmarse la innecesariedad preventivo-especial de pena. Ciertamente, cabe plantear aquí, en lo que se hace referencia a la prevención especial, el problema de la colisión de los intereses de ésta con las garantías individuales, un problema que realmente puede suscitarse ya en la franja de hasta dieciséis años, pero que aquí surge quizá con mayor virulencia. La cuestión, relativa a cómo cabe respetar la autonomía del sujeto afectado por la medida que se expresa en un rechazo del tratamiento educativo, será examinada sin embargo más adelante. Tampoco parece que haya una necesidad de pena desde perspectivas de prevención general intimidatoria. En efecto, la eficacia intimidatoria del Derecho penal sobre el colectivo general de autores potenciales de delitos, no sufre menoscabo relevante porque la edad de dieciocho años constituye un punto esencial en la valoración del sujeto como igual o diferente del sujeto adulto ordinario. Dicha edad no es únicamente, en términos jurídicos, la edad de la plenitud de derechos civiles y políticos; además, en términos sociales, es la edad con la cual se puede obtener el carnet de conducir, se presta el servicio militar, se pueden comenzar los estudios superiores, etc. Por lo tanto, el sujeto que todavía no la alcanzado puede ser visto como claramente diferente de los sujetos adultos, de modo que éstos en absoluto dejarán de sentirse intimidados por las normas penales, por el mero hecho de que el sujeto menor de dieciocho años no sea sometido a la sanción de la pena.

Ciertamente, sí puede plantear algunos problemas la pérdida de eficacia intimidatoria frente a delincuentes potenciales de edad inferior a dieciocho

años. Sin embargo, en primer lugar debe señalarse que la imposición de medidas de seguridad educativas a estos sujetos no obsta a comunicar al sujeto el valor que se encuentra detrás de la norma. En otras palabras, el mensaje comunicativo de la norma sí que le afecta al sujeto y, por tanto, también a todos los demás de sus mismas características, indicándole el valor (negativo en este caso) que tiene su conducta.¹³ En segundo lugar, por lo demás, y efectuando una consideración ya más coyuntural, no parece que se pueda hablar de una gran disminución de eficacia preventivo-general respecto a la que puede predicarse del sistema vigente de responsabilidad jurídico-penal de sujetos pertenecientes a la franja de edad de entre dieciséis y dieciocho años. Este, que establece (*ex art. 65 CP*) la posibilidad de una atenuación de pena de hasta dos grados, en combinación con la posible, en realidad casi automática, aplicación de la condena condicional, comporta en muchos supuestos la inmediata puesta en libertad de un gran número de delincuentes pertenecientes a esta franja de edad. Así, parece evidente que, frente a esta situación de libertad *de facto*, la imposición de medidas de seguridad no supone un *minus*, sino que supone un *plus* de intervención y, por lo tanto, permite augurar una mayor eficacia preventiva en general. En todo caso, en tercer lugar, y reiterando ideas en parte ya aludidas, hay que tener en cuenta esa posibilidad de pérdida de eficacia del efecto intimidatorio, previendo fundamentalmente soluciones (básicamente, la pena juvenil) para los casos en los que sea rechazado el tratamiento o éste fracase, con lo cual, el sometimiento al mismo tendrá un refuerzo intimidatorio general suficientemente eficaz.

13. Jakobs, AT, 2ª ed., p. 12 Rdn. 13 c.

Por lo que hace a la prevención general positiva, la necesidad — o no — de pena para los sujetos pertenecientes a la franja de edad de entre dieciséis y dieciocho años obliga a efectuar algunas consideraciones generales. En efecto, la comunidad puede comenzar a sentir miedo y a perder la confianza en el sistema jurídico si tiene la percepción de que las medidas eventualmente aplicables a estos sujetos son insuficientes, son débiles, o son puramente simbólicas. Al respecto hay que tener en cuenta que la franja de edad entre dieciséis y dieciocho años concentra, en términos cualitativos, un sector muy importante de la criminalidad. Así pues, la renuncia a la pena en estos casos, si se pretende mantener el efecto integrador del sistema penal, exigirá una determinada configuración de las medidas que haga realmente innecesaria, en términos de prevención general positiva, la imposición de la pena. De todos modos, se ha de insistir de nuevo en que resulta preferible, en estos mismos términos, una intervención educativa que la ausencia de toda reacción (que en la práctica se deriva en muchos casos de la rebaja de pena en dos grados más la aplicación casi automática de la condena condicional). Claro está que, en todo caso, la afirmación de una innecesidad de la pena en términos de prevención general positiva requeriría de nuevo que se contemplara muy seriamente la eventualidad de un fracaso o rechazo de la medida y que se establecieran previsiones de refuerzo del sistema (pena juvenil).

Efectuadas estas consideraciones generales, se plantea la cuestión de qué configuración debe darse al sistema de reacciones penales contra hechos antijurídicos cometidos por menores de dieciocho años para satisfacer, por un lado, las necesidades de resocialización; por otro lado, las de intimidación de los autores potenciales, en general, y de los

autores potenciales pertenecientes a esa franja de edad, en particular; en tercer lugar, las necesidades de confianza de la sociedad en el normal funcionamiento del sistema jurídico; y en fin, las exigencias de salvaguarda de los derechos individuales y las garantías del sujeto.

La construcción de un sistema de esta naturaleza plantea, obviamente, considerables problemas. Sin embargo, puede aventurarse aquí un sistema de configuración mixta que atienda de modo omnicompresivo a todas estas particularidades. Dicho sistema, en primer lugar, optaría por una preeminencia de los aspectos educativos o de tratamiento (resocialización), frente a los aspectos pura y exclusivamente sancionatorios, quedando integrado por medidas educativas adecuadas al segmento de edad correspondiente. Ahora bien, frente al fracaso o rechazo de estas medidas educativas, necesariamente habrá que recurrir a la imposición de una pena, una pena que no debiera ser la pena convencional, normalmente aplicable al sujeto delincuente adulto, sino que tendría que ser una pena juvenil, como la que se contempla, en general, en los ordenamientos jurídicos que han elaborado un auténtico Derecho penal juvenil. Ello quiere decir que la pena juvenil debiera caracterizarse por tener una duración especial, unas normas especiales de ejecución, así como unos centros especiales para llevar a cabo dicha ejecución.

La razón por la cual es necesario, ante el fracaso o rechazo de las medidas educativas, retomar el instrumento de la pena, es precisamente, explicada en términos preventivos: el fracaso de la medida hace afluir de nuevo la necesidad preventiva de pena, tanto en términos de prevención general negativa, como en términos de prevención general positiva. En efecto, en términos de prevención general negativa, sólo un

sistema que prevé la pena para el caso de fracaso o rechazo de la medida puede mantener la eficacia intimidatoria sobre los sujetos que sean autores potenciales y pertenezcan a la franja de edad correspondiente. Sólo si estos saben que en el caso de que no acepten el tratamiento o éste fracase con ellos, podrán ser sometidos a una pena, se mantendrá la eficacia intimidatoria global del sistema. Por lo que hace a la prevención general positiva, sólo un sistema que, ante el fracaso de las formas de aseguramiento fáctico o cognitivo de la vigencia de la norma, ante el fracaso de las medidas, vuelve a un aseguramiento por vía normativa de la vigencia de esa norma, es decir, a la pena, puede aspirar a mantener la confianza de la población en el normal funcionamiento del sistema jurídico. En términos preventivo-especiales de resocialización, tampoco habrá problema para imponer la pena juvenil en el caso de fracaso o rechazo de la medida de seguridad, puesto que, en tal supuesto, no resta otra alternativa que la de experimentar las limitadas, pero reales, posibilidades resocializadoras derivadas de la apena, siempre que esta efectivamente se cumpla en los centros y en las condiciones establecidas, y con la duración debida como tal pena juvenil. Por fin, un sistema configurado en estos términos es quizá el que mejor satisface las exigencias de los derechos individuales del sujeto. En efecto, un sistema respetuoso con las garantías individuales, tiene que permitir la negativa del sujeto al tratamiento, en la medida en que éste no tiene como base una ausencia de discernimiento, una perturbación mental, disponiendo, para tal eventualidad, la imposición de una pena de duración determinada, inferior a la de los adultos y ejecutada en centros especiales. Y ello, probablemente, no sólo para la franja de edad de entre dieciséis y dieciocho años, sino desde el momento

en que el sujeto tiene discernimiento. Debe insistirse aquí en que no estamos hablando de un tratamiento para inimputables, entendidos, en el sentido clásico, como personas que adolecen de problemas mentales, sino que se trata de una decisión político-criminal general acerca de la preferencia de las medidas de seguridad (intervenciones educativas) frente a la pena.¹⁴ Pero, sentado esto, sólo un sistema que reconozca la posibilidad de los sujetos sometidos al mismo decidan rechazar el tratamiento que se les ofrece, respeta de modo general las garantías de los individuos. Todo ello abona la propuesta de carácter mixto antes efectuada, que apuesta, en primer lugar, por el recurso a las medidas de seguridad, pero, en segundo lugar, ante al fracaso, ya sea por rechazo del tratamiento, ya sea por imposibilidad de recuperar al sujeto para una reinserción social completa, opta simplemente por imponer una pena proporcionada al hecho cometido y a las necesidades intimidatorias específicas de los sujetos de esa franja de edad.

En conclusión, pues, creo que debe sostenerse que hay buenas razones derivadas del principio de necesidad de pena, entendido este como necesidad en términos preventivo-generales positivos, preventivo-generales negativos y preventivo-especiales, para situar en los dieciocho años el punto de partida para la imposición de penas convencionales a los sujetos de hechos antijurídicos. Expresado en términos clásicos, hay buenas razones para situar en los dieciocho años la frontera de la culpabilidad, como categoría sistemáti-

14. Ello obliga naturalmente a plantearse el sentido de las medidas de seguridad (y su propio régimen jurídico) en función de que la decisión de excluir la culpabilidad (mejor, sancionabilidad penal) responda a razones, en el fondo, de carácter psíquico o puramente normativas, sin base psíquica alguna.

ca del Derecho penal, o mejor dicho, de la responsabilidad penal a los efectos de la imposición de una pena convencional de adultos. Ahora bien, situar en los dieciocho años la frontera de la responsabilidad penal plena, tiene obviamente una serie de condiciones. En primer lugar, que las medidas aplicables a los sujetos de edad inferior a los dieciocho años, y en particular a los de entre dieciséis y dieciocho años, han de ser unas medidas adecuadas y adaptadas a las peculiaridades psicológicas y criminológicas de esta franja. En segundo lugar, la prevención general negativa y la prevención general positiva, así como las garantías individuales, exigen que, ante el fracaso de las medidas, ya sea por rechazo de las mismas, ya sea por imposibilidad de conseguir las metas a las que las mismas estaban dirigidas, se pueda imponer una pena diferente: pena juvenil que, en los términos antes delineados, sería una pena necesaria en términos preventivos y, por tanto, legítima. En tercer lugar, la viabilidad de este sistema, basado en las nociones de prevención y de garantías, determina que sea necesario adoptar una postura contraria a las propuestas que desde algunos años están de moda, orientadas a promover una desjudicialización y una desformalización de la intervención sobre los sujetos de edades inferiores a los dieciocho años. Las opciones en favor de la desjudicialización y de la desformalización, inspiradas en la humana pretensión de desdramatizar la intervención sobre los sujetos autores de hechos antijurídicos en edades juveniles, supone por el contrario, una importante disminución de garantías, así como una significativa pérdida de los efectos de prevención general negativa y positiva, que son fundamentales para la vertebración del sistema. En particular, tales propuestas implican una pérdida del importante efecto declarativo que tiene la imposición de una medida de

seguridad jurídico-penal. Ciertamente, como ha señalado *Jakobs*,¹⁵ la imposición de una medida tiene como consecuencia declarativa fundamental la afirmación de que el sujeto ha cometido un hecho antijurídico. Si no se le imponen sanciones punitivas es por razones determinadas de política criminal. Y esta afirmación de que el sujeto ha cometido un hecho antijurídico, de que ha incumplido una norma penal de conducta, es fundamental para reafirmar la vigencia de esa norma y para tener los efectos, tanto preventivo-especiales, como intimidatorios y preventivo-generales positivos, que se pretendem alcanzar con la intervención sobre el sujeto.

Informe Sobre la Modificación del Art. 65 del Código Penal

Razones de la modificación:

El Código penal español, a diferencia de algunos códigos penales europeos, no equipara la mayoría de edad penal a la civil. Como consecuencia, un sector de jóvenes menores de edad — los comprendidos en la franja de los 16-18 años — permanecen sujetos a la potestad punitiva del estado de forma similar a los adultos, bien que beneficiándose de una importante atenuación de la pena. Ni el procedimiento, ni el órgano judicial, ni la respuesta penal son especializados.

Aunque tal situación goza de valedores en la doctrina científica y responde a la existente en ciertos países de nuestro entorno (Francia, Inglaterra), no puede ignorarse que el proceso de modernización del derecho penal pasa por la revisión del sistema de respuesta ante las infracciones cometidas por delincuentes jóvenes. Dicho proceso ya ha sido iniciado en el Estado español

15. AT, 2ª ed., p. 12 Rdn. 13 c.

con la creación de los Juzgados de Menores y la especialización de sus titulares, la adecuación del procedimiento a la Constitución (con la Ley Orgánica 4/92 de 5 de junio) y con la participación de los organismos competentes de la Comunidades Autónomas, en la ejecución de las medidas.

La regla segunda del art. 65 CP: El internamiento del menor en sustitución especial de reforma.

"... pudiendo el tribunal, en atención a las circunstancias del menor y del hecho, sustituir la pena impuesta por internamiento en sustitución especial de reforma por tiempo indeterminado, hasta conseguir la corrección del culpable."

Este párrafo fue introducido en el CP de 1944, y en él se ofrece una nueva regulación del tratamiento de la delincuencia juvenil que no tiene parangón en nuestra legislación positiva. Respecto del mismo, cabe hacer las siguientes consideraciones:

1) En cuanto a su naturaleza, el internamiento no es una pena, porque prescinde en absoluto de la culpabilidad del agente. No viene referido al pasado, sino al futuro, no tiene en cuenta la magnitud del ilícito culpable, sino únicamente la corrección del joven (Casabó, *Comentarios al Código Penal*, p. 295). De ahí que la doctrina manifieste que no se trata de una pena, sino de una medida de naturaleza distinta: de una *medida de seguridad*.

2) La medida consiste en un internamiento en institución especial de *reforma*, dado que lo es de corrección, sin asomo alguno de represión.

3) La duración de la medida queda adscrita directamente al órgano judicial sentenciador, sin entender nunca que la misma pueda ser absolutamente indeterminada, pese al tenor literal del art. 65. En efecto, el límite a la duración de la medida vendrá determinado por el de la pena que ha sido sustituida, sin poder sobrepasar el mismo. A esta conclusión

debe llegarse a través del inevitable imperativo de seguridad jurídica, recogido en el TP de la Constitución.

4) En el régimen actualmente previsto, la función del Tribunal consiste en sustituir la ejecución por el internamiento, en sustitución especial de reforma. No supone dejar en suspenso la pena, sino que la sustituye; por consiguiente: *nunca podrá el Tribunal volver sobre su acuerdo*.

Consideraciones críticas sobre la actual regulación

Aunque la Reforma 44 fue bien acogida doctrinalmente, en cuanto suponía un mayor arbitrio judicial que resolvería, aparentemente, los inconvenientes que plantea la inflexibilidad del límite objetivo impuesto por la atenuante 3.ª del art. 9, es lo cierto que, ya desde su promulgación, se han dirigido a la misma diversas críticas:

1) Por un lado, el hecho de no estar prevista la redacción actual del art. 65 ne la Ley de Bases de 17 de julio de 1944, convierte el precepto en ilegal.

2) La regulación del art. 65.2 resulta incongruente con el específico epígrafe de la Sección 2.ª del Cap. IV, Libro I, Título III del CP, pues no se establece aquí ninguna regla para la aplicación de las penas, sino la sustitución de ésta por una medida de seguridad.

3) El precepto recoge una fórmula ambigua, al hablar de que ... "se atenderá a las circunstancias del menor y del hecho...", confundiendo elementos subjetivos y objetivos; por otra parte, el Tribunal se ve condicionado en su decisión, por la existencia de esas circunstancias, teniendo que formular objetivamente el razonamiento sustitutivo.

4) El que quizás representa el más grave problema del actual redactado: la no previsión de la incorregibilidad del menor, una vez sustituida la pena por

la medida, esto es, cuando el Tribunal, considerando que el sujeto es corregible, decide la sustitución de la pena por la medida de internamiento y, posteriormente, resulta que el sujeto no es susceptible de corrección. En este supuesto, el Tribunal no podrá volver sobre su decisión de sustitución de pena por medida, debiendo mantenerse el cumplimiento de ésta última hasta su extinción. Eso, con las graves consecuencias que pueden derivarse, tanto para el proceso educativo de otros menores sometidos a internamiento, como para el satisfactorio cumplimiento de su función, por parte de los centros de menores.

Por tanto, se plantea la imperiosa necesidad de reforma de este precepto; lo que pudo ser una importante solución, en cuanto comportaba la posibilidad de sustituir la pena por la medida, para paliar los inconvenientes de la rigidez del 9.3.º, se ha quedado prácticamente en letra muerta, y ello, no debido a la ilegalidad del precepto, sino a los otros inconvenientes señalados (Jorge Barreiro, Agustín. *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, p. 185 y ss.)

Objetivos de la reforma que se propone

La reforma tiene como objetivos fundamentales, los de adecuar el actual redactado a los principios constitucionales y el de crear respuestas jurídico-penales adecuadas para los infractores comprendidos en la franja de los 16-18 años, dotando a las mismas de contenido educativo y formativo. Para articular dicha reforma, se propone el establecimiento en el Código penal, a través del art. 65, de un *sistema vicarial* de penas y medidas que permitirá obviar los inconvenientes anteriormente indicados.

En efecto, el sistema vicarial, o sistema sustitutivo, permite aplicar, en

primer lugar, la medida de seguridad, cuyo tiempo de duración ha de imputarse al de cumplimiento de la pena impuesta (Mir Puig, S. *Derecho Penal. Parte General*, p. 67). El juez, una vez cumplida la medida de seguridad, podrá decretar — teniendo en cuenta la recuperación experimentada por el sujeto y las necesidades de defensa de la sociedad — la suspensión del resto de la pena (Jorge Barreiro, A. cit., p. 180). El sistema vicarial permite, por una parte, primar los objetivos de tratamiento y corrección. Por otra, sin embargo, ofrece vías más satisfactorias para hacer frente al problema del joven incorregible al que ha sido sustituida la pena por un internamiento no reversible. Al seguir la pena vigente, en toda su extensión temporal, la prognosis desfavorable constatada por los equipos de tratamiento, y sometida a la consideración del Tribunal, puede dar lugar a la suspensión de la medida y el consiguiente cumplimiento de la pena que subsista vigente.

Así, y centrándonos en los postulados del sistema vicarial, en este:

1) La ejecución de la medida de seguridad se adelanta, en el tiempo, a la de la pena, fijada en base a la culpabilidad del delincuente.

2) El tiempo de cumplimiento de la medida, será imputado al de la pena, concediéndose al juez la posibilidad de elegir entre ordenar el cumplimiento del resto de la pena, o dar a ésta por extinguida de forma definitiva, decretando la remisión condicional (son características en este sentido, los casos de Suiza — art. 42 y ss. StGB — donde se impone el cumplimiento, como mínimo, de la mitad del tiempo penamedida, y las previsiones introducidas en 1975 en el Derecho alemán, donde se introducen los postulados del sistema vicarial en los párrafos 67, 67b y 67c, si bien excluyendo previamente del sistema vicarial a la custodia de seguridad. Contra dicha limitación,

Mannheim *Deutsche Strafrechtsreform*, p. 28. El sistema vicarial obligatorio para la custodia de los delincuentes habituales, según el art. 42, núm. 5 del StGB suizo, ha tenido un gran éxito). (Jescheck *Derecho Penal. Parte General*, 4.ª edición, p. 73 y ss.).

En base al sistema descrito, la reforma que se propone, introduciría, para los menores comprendidos en la franja de los 16-18 años, un *sistema vicarial obligatorio*. Los sistemas vicariales pueden ser facultativos o obligatorios. En este caso, la opción por un sistema obligatorio se justifica por la voluntad de que, en todo caso, se compruebe en primer lugar la idoneidad o no de las instituciones educativas, existiendo siempre después la posibilidad de revocar la medida y ejecutar únicamente la pena.

Se introduce así un redactado que, aunque similar al del párrafo 2.º del art. 9, núm. 1, difiere del mismo en el carácter obligatorio, no potestativo del juez o Tribunal, de la introducción de la medida. Tal criterio se corresponde con la distinta naturaleza del art. 9.3.º, respecto del 9.1.º. En efecto, el carácter potestativo del 9.1.º, viene dado por el hecho de que se contemplan en el mismo las situaciones de trastorno mental transitorio incompleto, que al poder no tener base patológica, ni ser susceptible de reproducirse fuera del contexto situacional en que se produjo, no permite la imposición automática de una medida de seguridad, quizá innecesaria. Asimismo, tampoco debería aplicarse la medida si se trata de un sujeto que, aunque, enfermo, no es peligroso y, por tanto no requiere el tratamiento (?)

"... conviene precisar, aunque resulte obvio, que por más que el párrafo comentado se refiere a los supuestos de eximente se completa de los núm. 1 y 3 del art. 8 sin distinciones, las medidas previstas en dichos números sólo deben

ser aplicables a las hipótesis de enajenación mental y alteración de la conciencia de la realidad incompletas, no a las de trastorno mental transitorio, para las que el propio art. 8 nada establece". (Orts Berenguer, E. *La medida de internamiento por determinadas eximentes incompletas, en Comentarios a la legislación penal*. Tomo V, vol. 1.º EDESA).

Por contra, la situación contemplada en el núm. 3 del art. 9 es meramente objetiva: *"... ser el culpable menor de 18 años..."*, por lo que, dada su concurrencia, procede que el tribunal — en el sistema propuesto — señale, automáticamente, medida y pena.

Asimismo, en el sistema propuesto, si la evolución del menor es desfavorable por fracaso de las medidas, el juez podrá acordar el cese de las medidas y la ejecución de la pena. 1. La concreción del contenido de la atenuante de minoría de edad del art. 9.3.º CP. Donde el juez atenuará la responsabilidad criminal, rebajando la pena en uno o dos grados. La pena así determinada (y en base a las demás circunstancias agravantes y atenuantes que puedan concurrir en el caso concreto) constituirá el marco temporal máximo del cumplimiento de la pena-medida de seguridad.

En el sistema propuesto, pierde su sentido la posibilidad de extensión del beneficio de la condena condicional hasta los dos años para los menores comprendidos en la franja de edad 16-18 años, previsto en el art. 93, último del CP. Tal sistema, unido a la rebaja de pena en uno o dos grados para los menores comprendidos en la franja de edad de 16 a 18 años, provoca en la práctica que la mayoría de los delincuentes primarios de esta edad no ingresen en prisión, lo que "de lege lata" puede contemplarse de modo favorable a la vista de los efectos nocivos que tal ingreso puede tener en términos de una adecuada resociali-

zación del joven. Ello no obstante, desde el momento en que se da la posibilidad de una intervención educadora por la vía de medidas de seguridad específicas parece que debe primar ésta sobre la devolución del menor a su medio, en el que es probable que, en muchos casos, se hallen estímulos delincuenciales que el no está capacitado para resistir adecuadamente. Dado, pues, el carácter educativo y formativo de las medidas, que responden al criterio de la prevención especial constitucionalmente consagrado y dado que las mismas no tienen carácter aflictivo alguno, es procedente restringir la concesión de dicho beneficio, primando el sometimiento terapéutico del menor. Se propone, pues, la derogación de la referencia que el art. 93 párrafo último CP hace a la atenuante de minoría de 18 años de edad.

La propuesta es distinta, no ya sólo del Derecho vigente, sino también del Proyecto de 1992, que en este punto señalaba:

Art. 107 "1. Al mayor de dieciséis años y menor de dieciocho que cometiere un delito al que este Código señale pena privativa de libertad inferior a seis años, podrá el juez o Tribunal, razonadamente y previos los informes que estimare convenientes, sustituir la ejecución de toda o de parte de la pena de prisión que le sea impuesta por el internamiento en un centro reeducador para jóvenes delincuentes por un tiempo no superior al de dicha pena.

2. Una vez cumplida la medida, el Juez o Tribunal, previos los informes que estimare oportunos, podrá acordar alguna o algunas de las reglas de conductas previstas en el art. 108".

En tal regulación sorprende el límite representado por la gravedad del delito (6 años como máximo legal, esto es antes de apreciar la regla de determinación de la pena del art. 69 Proy. 1992), el carácter facultativo de la opción por

la medida, así como la imposible revocación de la sustitución. Seguimos, pues, en el universo conceptual del Derecho vigente, sin modificación esencial que no sea la mera adecuación del texto a los postulados constitucionales.

Exposicion de Motivos

Una de las características del Derecho penal vigente es la ausencia de un sistema eficaz de consecuencias jurídicas específicas aplicables a los delincuentes jóvenes mayores de dieciséis años. Es compartida de modo general la tesis de que éstos requieren, por razones de prevención especial, un tratamiento distinto del propio de la ejecución convencional de las penas privativas de libertad. Ello, además, resulta obligado si se desea que también para este sector de delincuencia adquiera verosimilitud la declaración constitucional relativa a la finalidad resocializadora de la ejecución de penas privativas de libertad y medidas de seguridad. En efecto, la convivencia de delincuentes jóvenes con otros de edad superior puede frustrar o dificultar considerablemente la obtención de una resocialización que, por lo demás, se estima especialmente posible en este segmento de edad.

La solución definitiva en esta materia no es, probablemente, otra que la creación de un Derecho penal de jóvenes que atienda con consecuencias jurídicas propias a los hechos delictivos cometidos por individuos de hasta dieciocho o veintiún años. Sin embargo, un primer paso en ese sentido puede ser el de la búsqueda de soluciones aptas para la franja de edad comprendida entre los dieciséis y dieciocho años. El Derecho vigente se ocupa de ello en el art. 65 del Código Penal, fundamentalmente. En él, en efecto, se establece la rebaja de pena en uno o dos grados respecto

a la señalada por la Ley para los jóvenes que cometen el delito en la referida franja de edad, disponiéndose, además, que el Tribunal, en atención a las circunstancias del menor y del hecho, podrá sustituir la pena impuesta por un internamiento en institución especial de reforma por tiempo indeterminado hasta conseguir la corrección del culpable. Tal regulación, con independencia del limitadísimo uso que los Tribunales han hecho de la misma, plantea problemas técnicos que abonan su derogación: en concreto, es facultativa, indeterminada, restrictiva e irrevocable. El carácter facultativo del internamiento resulta muy problemático, por oponerse a una real extensión de las medidas alternativas a la pena en el ámbito de la delincuencia juvenil. Por otro lado, un internamiento indefinido, que no guarde ningún género de proporcionalidad con la peligrosidad revelada en el hecho cometido ni con la gravedad de los que resulte probable que el sujeto pueda cometer, parece difícilmente compatible con las garantías del Estado de Derecho. En tercer lugar, la sustitución de la pena exclusivamente por un internamiento parece poco acorde con la realidad de este sector de delincuencia, en el que las medidas necesarias para una auténtica corrección del sujeto pueden no ser necesariamente de privación de libertad. Por fin, la irrevocabilidad de la medida no resulta satisfactoria: la posibilidad de un fracaso de las medidas educativas en un sujeto determinado que pueda comprometer, además, el éxito en la corrección de otros jóvenes hace absolutamente necesario garantizar, para tales casos, una revocación de la medida y el retorno a la ejecución de la pena, cuando el sujeto.

Sentado todo lo anterior, la solución que parece más adecuada no es de vía única ni de sustitución plena de la pena por medidas de seguridad, sino, más bien, la introducción también en este

ámbito del sistema vicarial, que el legislador introdujo ya en 1983 para otros sujetos simiimputables peligrosos, sobre los que recayera una eximente incompleta (artículo 9, 1.º del Código penal). La peculiaridad del sector de delincuencia que aquí nos ocupa hace preferible, sin embargo, la opción por un sistema vicarial obligatorio, de manera que el juez haya de imponer siempre en primer lugar la medida. Ello implica un decidido apoyo a la propuesta puramente educativa como primera solución a los problemas de la delincuencia juvenil. Sin embargo, se garantiza la posibilidad de una revocación de la medida para el caso de que el tratamiento no surta los efectos pretendidos y, viceversa, una extinción de la condena restante, en el caso de que el tratamiento haya conseguido la pena resocialización del individuo. Es una prueba más de la preeminencia de la prevención especial sobre otras consideraciones en la fase ejecutiva de las consecuencias jurídicas del delito en el ámbito de la delincuencia juvenil. La introducción de este sistema hace innecesaria la extensión excepcional de los beneficios de la condena condicional a este ámbito. En efecto, en orden a una efectiva resocialización del individuo es preferible el sometimiento del mismo a una serie de medidas educativas, sujetas a todas las garantías del Estado de Derecho que la devolución del mismo a un medio que en muchos casos puede haber sido determinante de su actividad delictiva. En definitiva, se pretende introducir una solución que, proponiéndose algunos avances concretos, resulte plenamente coherente con el sistema vigente de tratamiento de inimputables y semiimputables. Todo ello, a la espera de la promulgación de una Ley penal juvenil, que habrá de dar solución de modo permanente a todo este sector de problemas.

Art. 1.º — La redacción del art. 9.3.º del Código penal quedará como sigue:

“Art. 9 Son circunstancias atenuantes:

3.º La de ser el culpable menor de dieciocho años. En este caso, el juez o Tribunal impondrá, además de la pena correspondiente, las medidas de seguridad previstas en la legislación de menores. No obstante, la medida de internamiento será aplicable sólo y siempre que la pena impuesta fuese privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la de esta última, pudiendo, en todo caso, ser sustituida, a la vista de los informes técnicos, por otra de las previstas en la legislación de menores. En tales casos, la medida se cumplirá siempre antes que la pena y el período de internamiento se computará como tiempo de cumplimiento de la misma. El Tribunal podrá revocar la medida en atención a mal resultado del tratamiento, así como dar por extinguida la condena, o reducir su duración, en atención al buen resultado del mismo”.

Art. 2.º La redacción del art. 65 del Código penal quedará como sigue:

Art. 65 “Al mayor de 16 años y menor de 18 años, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, imponiendo el Tribunal, junto a la pena correspondiente, alguna o algunas de las medidas de seguridad y tratamiento previstas en la legislación de menores en los términos establecidos por el art. 9, 3.º”

Art. 3.º La redacción del art. 93, párrafo último, del Código penal, quedará como sigue:

“El Tribunal sentenciador podrá ampliar el beneficio de la condena condicional a los reos condenados a penas hasta de dos años de duración cuando así lo estimare procedente, en resolución expresa y motivada, si en el hecho delictivo concurriera alguna atenuante muy cualificada, o una eximente incompleta, apreciada como tal en la condena”.