

**"LA IMPUTABILIDAD DISMINUIDA COMO
ORIGEN DEL SISTEMA DE JUSTICIA PARA
MENORES DELINCUENTES¹"**

MTRO. FEDERICO CARLOS SOTO ACOSTA.²

24 DE OCTUBRE DE 2006.

¹ El contenido del texto es una parte de la tesis de grado sustentada en el mes de mayo del año 2005, por su autor, en la Universidad Iberoamericana, Campus, León, Guanajuato, México, siendo aprobado por unanimidad con mención honorífica por el sínodo.

² El autor es Juez de Primera Instancia del Ramo Penal en el Estado de Zacatecas, México, Maestro en Ciencias Jurídico Penales en Administración de Justicia Penal, por la Universidad Iberoamericana.

I N D I C E

Prólogo.....3
Introducción.....4

LOS MENORES Y EL DERECHO PENAL

DERECHO PENAL DE MENORES.....5

IMPUTABILIDAD.....12

IMPUTABILIDAD DISMINUIDA.....29

INIMPUTABILIDAD.....37

CULPABILIDAD.....57

CULPABILIDAD DISMINUIDA.....75

LA REFORMA AL ARTÍCULO 18 CONSTITUCIONAL 88

Conclusiones.....90

Notas Bibliográficas.....92

P R O L O G O

A la luz del examen de la teoría del delito se busca identificar la construcción de un sistema de justicia penal para menores delincuentes que garantice un debido proceso a los menores imputables que cometan una conducta ilícita; este estudio aborda esencialmente el tema de la imputabilidad y su aspecto negativo que es la inimputabilidad, buscando reincorporar a los menores delincuentes al sendero del derecho penal, entendido éste como el sistema que garantice un debido proceso penal con respeto a los derechos humanos de los menores.

INTRODUCCION

Los beneficios que la Constitución General de la república establece para los infractores de las leyes penales deben hacerse extensivos a los menores delincuentes: El Derecho a la defensa, a la confrontación, a la libertad provisional, el establecimiento de las causas de incriminación, el sobreseimiento, la prescripción, la impugnación de las resoluciones; todos derechos indispensables para hablar de un sistema integral de justicia penal para menores delincuentes.

Es indispensable utilizar la terminología técnico-jurídica adecuada tratándose de los menores delincuentes sin falsos paternalismos técnicos que solo han causado mas daño al menor que infringe la ley penal, porque en la actualidad se le privan de sus derechos fundamentales.

Los menores que por alguna razón actualizan la norma jurídico penal son delincuentes, son imputables y les corresponde una culpabilidad disminuida y como consecuencia una pena también disminuida. La ley penal debe reintegrarlos a su seno, en su propio sistema, para evitar que se sigan cometiendo injusticias bajo el pretexto de protegerlos.

LOS MENORES Y EL DERECHO PENAL
Derecho Penal de Menores

El menor como concepto jurídico aparece en el siglo XIX en el Código Napoleónico de 1810 en el que se configuró el "Discernement" ó "doli capacitas"; a partir de ese momento se realiza la división jurídica entre adultos y niños, y nace una forma especial de tratar a los niños y jóvenes.

En 1911 se celebró en París el primer Congreso de Tribunales de Menores, en donde los puntos que importaban a los participantes eran:

- a) Debe existir una jurisdicción especial de menores ¿En cuales principios y directivas deberán guiarse los mismos para obtener un máximo de eficacia?
- b) ¿Cuál debe ser la función de las instituciones de caridad, frente a los Tribunales y frente al Estado como poder administrador? Y protección al joven **"peligro"**.
- c) Función específica de la Justicia de menores antes y después del Proceso. (1)

Desde entonces, hace más de 80 años, el debate no ha variado. Ahora, se discute a qué régimen debe pertenecer la legislación de menores delincuentes. ¿Se trata de una jurisdicción especial? ¿Forma

parte del Derecho Penal? ¿Es un proceso administrativo con facultad de imponer penas y por lo tanto inconstitucional?

La intención de este apartado es conocer las vicisitudes que han ocurrido desde el momento en que se declaró al menor como una persona **"Especial"**, exclusivamente en relación al Derecho Penal.

Desde el nacimiento del Derecho Penal humanista con Beccaria, éste surge como la enumeración de los derechos y prerrogativas del delincuente ante un proceso de autoridad, el conjunto de normas penales tienen como fin limitar la activación al Estado en una de sus funciones más importantes, la imposición de penas.

Es innegable que el Derecho Penal se constituye en un instrumento de control social formal puesto que se ajusta a normas particulares para su realización.(2)

Según asienta Zulita Felini, el sistema de reacción hacia los menores tiene tres modelos posibles: un modelo de Bienestar, donde declara y actúa a favor del desarrollo del menor en forma integral. Un modelo de Justicia, donde se respetan las garantías constitucionales y penales del régimen de adultos; y un modelo de Defensa Social, en el que se separa a los menores **"anormales"**, **"desviados"** y se les

imponen medidas de seguridad con fines educativos y con el afán de proteger al grupo social. (3)

De acuerdo al modelo de intervención adoptado, sabremos si alcanza los fines buscados.

Si el sistema legal de menores declara estar en la búsqueda del Bienestar Social, algunos señalan protección, apoyo, tutela del menor: su éxito será la mejoría en las condiciones de vida de los menores.

Si declara que su búsqueda es la Defensa Social, entonces su éxito será la prevención de conductos antisociales que logre.

Si declara que su módulo es de Justicia, entonces su éxito se medirá en el tipo de garantías de que dispone el menor para enfrentarse a la fuerza del Estado, y las condiciones de esta intervención.

El sistema mexicano ha pasado por los tres módulos: La Ley Villa Michel, la Ley de los Tribunales de 1941 y la Tutelar de 1947 declararon que buscaban el bienestar de los menores. El código de 1929 y el de 1931 con una gran carga positivista establecieron las medidas de seguridad invadiendo las leyes de menores. La Ley en vigor declara un modelo de justicia y sin bien apunta a él, no lo logra.

En el derecho de menores, continuamente se da un enfrentamiento entre las funciones del Estado:

Estado Protector VS Estado Sancionador; es decir, el Estado como *parens patriae* ó como instancia sancionadora.

Sea cual fuere su función declarada y su función real, estamos evidentemente frente a un conjunto de normas y en el derecho no hay secciones, sus partes tienden a integrar el todo. Por tanto, no podemos afirmar que el derecho de menores sea autónomo, debe enriquecerse y suplirse de los demás. Por ello, el derecho penal debe contener el derecho penal de menores.

Y así se reconoce ya en las legislaciones de muchos países, dividiendo claramente la acción tutelar o de asistencia social; tal es el caso del Nuevo Estatuto del Niño en Brasil; la legislación Argentina en su Ley 22.278; La Ley Juvenil Alemana (J.G.G.). Y parece innecesario insistir en que si las leyes de referencia definen conductas e imponen penas, estamos en presencia de la acción represiva del Estado, es decir, del Derecho Penal.

Para Raúl Horacio Viñas, el concepto de **"delincuencia juvenil"** ha adquirido connotaciones diferentes de acuerdo a la disciplina que lo utiliza ya sea psicología, pedagogía, criminología, psiquiatría o sociología.

Define el Derecho Penal de Menores como "El conjunto de normas y principios jurídicos que ante la comisión de un delito por un menor, prevén y regulan la aplicación de distintas formas de

reacciones típicas: educativas, reductivas, terapéuticas, curativas, correccionales o punitivas, todas pedagógicamente orientadas a la reinserción social del mismo". (Raúl Horacio Viñas. Pág. 12) (4)

Tanto el Derecho Penal de Adultos como el Derecho Penal de Menores surgen a raíz **"o en ocasión"** de la realización de una conducta que el legislador a tipificado como delito.

El Derecho Penal, como objeto de conocimiento, está integrado por 3 materias: Las normas jurídico-penales, los delitos, las puniciones, las penas y las medidas de seguridad.

Las normas jurídico penales comparten desde luego las características de cualquier horma jurídica: generalidad, abstracción y permanencia.

Los elementos de la horma jurídico-penal son: Tipo y Punibilidad. El tipo es la figura elaborada por el legislador, descriptiva de una clase de eventos antisociales, con un contenido necesario y suficiente para garantizar uno o mas bienes jurídicos.

La punibilidad es una combinación de privación o restricción de bienes del autor del delito, formulada por el legislador para la prevención general y determinada cualitativamente por la clase de bien tutelado y cuantitativamente por la magnitud del bien y del ataque a éste. (5)

No podemos negar que las normas que analizamos tienen tipo y punibilidad; su construcción nos describe una conducta y a cada una le corresponde una conminación de sanción.

La misma Ley para el tratamiento del Menor Infractor lo establece en su artículo 1ro. Al señalar que será aplicable en los casos conductas tipificadas en el Código Penal y cometidas por menores de 18 años.

La norma jurídico-penal corresponde al mundo normativo, al deber ser; su concreción en el mundo táctico es el delito. A diferencia de la norma, el delito es particular, concreto y temporal.

Dentro de la escuela Alemana, destacan la construcción de la acción causal y la construida de la teoría de la acción finalista.

Para los causalistas aparecen como elementos:

- a) La acción
- b) El tipo
- c) La antijuridicidad
- d) La culpabilidad

Si hemos aceptado que la Ley analizada contiene normas jurídico-penales, su concretación es un delito, se actualiza a través de un de una acción; coincide con el contenido de un tipo penal; al concretarse va contra el derecho y su

autor merece un reproche por la conducta violatoria del deber jurídico-penal dado el conocimiento que tiene con su acción u omisión no va a salvar bien jurídico alguno o de que existe otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva.

Si bien, estamos en presencia de un autor con una cualidad específica menor de dieciocho años, éste reúne todas las características del sujeto activo; si tomamos en cuenta que la definición de autor material es: toda persona que normativamente tiene la posibilidad de concretizar el contenido semántico de los elementos incluidos en el particular tipo legal. El propio artículo primero da esa posibilidad normativo a los menores de 18 años.

Esta persona requiere de **"Capacidad psíquica de delito"**. Esta capacidad se manifiesta en dos aspectos: a) Voluntabilidad; b) Imputabilidad. La primera es capacidad de voluntad; por tanto es una capacidad de conocer y querer la concreción de la parte objetiva no valorativa del particular tipo legal. La imputabilidad es la capacidad de culpabilidad, es la capacidad de comprender la concreción de la parte objetiva valorativa del particular, es decir, capacidad de comprender la específica licitud. (6)

Es aquí donde se ha centrado la discusión de si los menores son o no imputables y por lo tanto si tienen capacidad de culpabilidad.

IMPUTABILIDAD

El "fantasma errante" del derecho penal, como se ha llamado a la imputabilidad es, a mi juicio, la clave para concluir si los menores pueden cometer delitos o no.

Ello, en virtud de que para la existencia del delito se requiere la comprobación de la conducta típica y antijurídica, y para esto no basta con encontrar un hecho que lesione o ponga en peligro bienes jurídicos, es necesario, además, que la haya realizado una persona a quien vaya dirigida la ley penal y que la conducta le sea reprochable por violar valores que la ley protege.

Parece que el centro del problema de las conductas delictivas de menores se encuentra en sí la amenaza contenida en la ley penal está dirigida a ellos o si se les debe reprochar la concreción de una conducta típica y antijurídica. El problema está, pues, en los conceptos de imputabilidad y culpabilidad, así como en sus contenidos negativos.

Pretendiendo hacer de este trabajo una "tesis" acerca del tratamiento jurídico que debe darse al menor delincuente, desentrañaré algunos aspectos importantes del concepto **IMPUTABILIDAD**.

Para ello, es necesario hacer referencia a los antecedentes históricos del concepto:

ARISTOTELES.- "Solo se comete delito o se hace acto justo cuando se obra voluntariamente, lo mismo en uno

que en otro caso; pero cuando se obra sin querer, no se es justo ni injusto a no ser indirectamente; porque el obrar así sólo, se ha sido justo o injusto por accidente. Lo que hay de voluntario o involuntario en la acción es lo que constituye la iniquidad o injusticia". En su obra de Moral a Nicomaco hace referencia a la importancia de este estudio. Para este filósofo griego era importante conocer qué cosa era la voluntad y qué los actos voluntarios, como base para hablar de actos de virtud, para señalar "las recompensas y castigos que decreten".

El acto voluntario es el decidido por las personas mismas: el acto involuntario está obligado por una fuerza mayor o por la ignorancia. Pero en los actos involuntarios, señala el filósofo, no es necesario la fuerza física superior, "cuando la causa es exterior y de tal fuerza, que el ser que obra y sufre no contribuye en nada a esta causa, por ejemplo, un tirano dueño de vuestros padres y de vuestros hijos, os impone una cosa vergonzosa; podéis salvar esas personas que os son queridas, si os sometéis, y perderlas si rehusáis someteros; en un caso semejante se puede preguntar si el acto es voluntario o involuntario".(2)

La libertad, el ejercicio del libre albedrío es lo que fundamenta la responsabilidad de los actos del hombre, porque elige libremente, no movido por una necesidad.

Del libre albedrío resulta la imputabilidad. **Zaffaroni** señala al respecto: "La elección requiere de voluntad pero, fundamentalmente, de la libertad. Ningún jurista puede afirmar juiciosamente que a un individuo se le puede reprochar una conducta si no ha tenido la posibilidad de escoger entre ésta y otra".

Tal parece que Aristóteles se adelanta muchos años y previó el concepto actual de culpabilidad, al hablar incluso de reproche.

VICTOR CATHERIN.- Este sacerdote, siguiendo a Santo Tomás de Aquino, afirma que la autodeterminación de que goza el hombre es el fundamento de la imputabilidad; "sólo en los actos, en cuanto proceden de nuestra libre voluntad, pueden sernos imputadas para mérito o para culpa, para alabanza o para censura".

Para **Santo Tomás** el principio es así: "Entonces se imputa el acto al agente cuando dicho acto está en su potestad, de tal modo que tenga dominio sobre él". (Summa Theológica). Es decir, la potestad del hombre de decidir libremente la forma de actuar.

FRANCESCO CARRARA.- Opinó que el mayor logro de la ciencia criminal fue el haber separado la teoría de la imputación de la teoría de la pena, ya que hasta ese momento se relacionaba el ejercicio de la libertad con la sanción social derivada de éste.

Acepta la existencia del libre albedrío y que la responsabilidad del delito existe porque el hombre puede elegir su comportamiento.

Como lo afirma Francisco Pavón Vasconcelos, con Carrara se reinician los estudios de derecho penal. Su definición del delito como un "ente jurídico", distingue la infracción penal de otras infracciones no jurídicas, estableciendo los elementos esenciales del delito: **a) acto**

externo del hombre; **b).**- integrante de una infracción a la ley del Estado; **c).**- moralmente imputable y **d)** políticamente dañosa.". (3)

De las referencias que de Carrara hacen tanto Pavón Vasconcelos como Luis Jiménez de Asúa, podemos concluir que para él la conducta delictiva se conformaba por dos fuerzas: física y moral. La primera, externa, capaz de transformar la realidad; la segunda, es la "suma o conjunto de condiciones morales que deben darse en el delincuente, como lo son la libertad de actuar, el conocimiento de la ley, la voluntad de realizarse en el acto, etc.". (4) Para él, el fundamento de la responsabilidad descansa en la imputabilidad moral, consecuencia de la libertad del hombre para realizar el acto punible (libre albedrío).

La persona es moralmente imputable por cuanto tiene la capacidad de comprender y determinarse con plena libertad. Así, para él, el delito se basa en que el agente en los momentos de percepción y juicio, haya "estado iluminado por el entendimiento" y que en el deseo y determinación "haya gozado de la plenitud de su libertad". (5)

DETERMINISMO O POSITIVISMO CRIMINOLOGICO.-

Basado en la teoría de que la conducta del hombre tiene que ocurrir porque así está determinada y que incumbe a la sociedad defenderse de esas conductas que la dañan, surgiendo el concepto de responsabilidad social.

Con esta corriente aparece el maestro italiano Enrico Ferri, quien critica a las teorías anteriores por sus conceptos como el del libre albedrío, la consideración del

delincuente como un ser normal y que se haya pensado que la pena impediría el aumento de la delincuencia.

Al negar la existencia del libre albedrío, Ferri habla de un traspaso de la libertad del hombre al grupo social; es decir, el hombre no será (por no ser libre) irresponsable de sus actos, sino que es responsable por pertenecer a un grupo social que debe de preservar. Es decir, lo importante no es sancionar el delito, sino la conducta antisocial que daña al grupo.

De aquí nace el concepto de peligrosidad o temibilidad, que hace que el sujeto sea sometido a la maquinaria de represión, en virtud de la capacidad que tiene de dañar a la sociedad, por la **responsabilidad social** de sus actos.

Zaffaroni menciona que en la teoría de la responsabilidad social se presenta un juego de dos determinismos: "el determinismo que lleva al individuo a ser un ente perjudicial a la sociedad y el determinismo de ésta para defenderse. Todo ser viviente lucha por su propia existencia y todo acto que ofende en él las condiciones naturales de la existencia, individual o social, determina de su parte una reacción directa o indirectamente defensiva, ya sea que pueda servir para evitar desde las consecuencias dañosas de ese ataque, o reprimiendo al autor y tratando de evitar la repetición futura, para la doctrina de la responsabilidad social subsiste la responsabilidad de manera independiente de aquella capacidad intelectual y volitiva del juicio valorativo ético"; de aquí la responsabilidad social y la sustitución de las penas o sanciones por las medidas defensivas de la sociedad, la **peligrosidad** del sujeto impide

que perdure el **dogma nullum crimen sine culpa**, ya que será la necesidad de la defensa y no los hechos, lo que justifique las sanciones.

El mismo Zaffaroni afirma que "el positivismo, al negar la libertad humana, no sólo reemplaza el concepto de imputabilidad, sino que hace algo más grave: **anula el de culpabilidad**. La peligrosidad positivista viene a reemplazar a la culpabilidad misma. El nullum crimen sine culpa carece de sentido en la elaboración positivista. Cuando, por ejemplo, los positivistas eximen de sanción a un individuo por haber actuado en situación de error, no lo hacen porque no sea culpable, sino porque no es peligroso".(6)

La base para imputar conductas se encontró en el contenido de la peligrosidad del sujeto, afirma Ferri: "Si todo delito, desde el más leve al más grave, es la expresión sintomática antisocial ... siempre incumbe al Estado la necesidad de la defensa represiva, subordinada sólo en lo que respecta a la forma y medida de sus sanciones a la personalidad de cada delincuente, más o menos readaptada a la vida social". (7) Para él todo sujeto activo del delito es siempre responsable, porque el acto es expresión de su personalidad. El mecanismo que mueve a un sujeto a cometer un delito, dentro del psique, se compone de: voluntad, intención y fin; de los cuales la voluntad es el elemento menos significativo de la acción psíquica del delincuente, lo importante es la intención, la buena o mala fe, necesaria para graduar la perversidad y peligrosidad del delincuente.

POSICIONES ECLECTICAS.- Basadas en la valoración social de los actos del hombre, supone que la imputabilidad se presenta cuando el hombre puede observar una

conducta que responda a las exigencias de la vida política común de los hombres (Von List). El hombre debe actuar con normalidad, de aquí que la imputabilidad se defina como "la facultad de determinación normal".(8) Así, el hombre con completo desarrollo y mentalmente sano, será imputable. La determinación de realizar una conducta deberá tener una motivación normal, es decir, el sujeto debe tener capacidad para valorar su conducta y su fuerza impulsora debe ser normal.

BERNARDINO ALIMENA sostiene que la imputabilidad se basa en dos conceptos: La responsabilidad social y la capacidad de sentir la coacción psicológica ejercida por la persona. Para él, el hecho de que el sujeto sea capaz de sentir la intimidación contenida en el precepto penal es suficiente para que sea imputable.

Para **MANZINI**: "La imputabilidad penal es el conjunto de las condiciones físicas y psíquicas puestas por la ley, para que una persona capaz de derecho penal pueda ser considerada causa eficiente de la violación de un precepto penal. Se trata de una relación entre el hecho y su autor".(9) Afirma que cuando el hombre decide cometer un delito, su voluntad es el anillo terminal en la cadena de las causas y es ella causa primera. El hombre tiene libre arbitrio, pero para ser imputable es necesario, además, la causalidad voluntaria. Que el hombre sea causa eficiente del delito en virtud de que se presenten el complejo de condiciones concurrentes en la producción de un fenómeno y que la persona actúe consciente y voluntariamente violando un precepto penalmente sancionado.

Según el autor italiano la imputabilidad penal tiene su base en la causalidad eficiente que proviene de la voluntad consciente de la acción u omisión. La voluntad humana implica la libertad, la inexistencia de factores externos o internos que limiten la voluntad. Pero además, esa voluntad debe ser consciente, entendiendo por consciente "la confrontación de las posibilidades simultáneas que se presentan a nuestra mente, en escoger una ellas y en suprimir otras, merced al mecanismo inhibitor y reforzador de la atención".(10)

El Doctor **LUIS RODRIGUEZ MANZANERA**, en su Criminalidad de Menores, hace referencia a un elemento que, según él, se ha olvidado a la dogmática jurídica al estudiar la imputabilidad: **el afecto**.

Critica el hecho de que a la imputabilidad se le haya reconocido sólo como la capacidad de entender y querer, limitándola a que el sujeto comprenda la ilicitud del acto y quiera realizarlo.

A su juicio "en el comportamiento del hombre intervienen tres esferas: la intelectual, la volitiva y la afectiva".(11)

La afectividad, constituida por el conjunto de sentimientos, nos lleva a relacionarnos o alejarnos de los demás, y es un gran impulsor de conductas humanas.

Sin embargo, al construir la teoría de la imputabilidad se toma en cuenta únicamente al intelecto y la voluntad, más no al querer afectivo. En el caso de los sociópatas que entienden perfectamente lo que hacen, y

quieren hacerlo, faltaría el elemento afecto, del cual carecen, no se configura el querer afectivo.

Por todo esto, Rodríguez Manzanera, la imputabilidad es el desarrollo biopsicosocial que da al sujeto la capacidad para conocer hechos, entender la trascendencia normativa, adherir la voluntad y la afectividad a la norma.

En este transcurrir histórico del concepto que venimos analizando, las teorías que han pretendido definirlo, han tenido defectos y limitaciones.

Algunas han olvidado la parte jurídica del concepto, basándose exclusivamente en la existencia del libre albedrío del hombre; otras, han negado la parte subjetiva, negando la libre voluntad, la capacidad psíquica, al sujetar la decisión del hombre a condiciones orgánicas que hacen del delincuente un ser "anormal", diferente de los demás sujetos; otras, han supervalorado la función del grupo social en su relación con el hombre, negando su libre arbitrio y fundamentando la imputabilidad en la responsabilidad social, en el "peligro" que las conductas del hombre pueden representar al grupo. Las últimas, como la de Manzinni, aunque ya integra un concepto más completo, no delimitaron los alcances del concepto e invadieron terrenos de la culpabilidad y fundamentan el juicio de reproche imputable al actor.

No es fácil encontrar una justa definición de la imputabilidad, sin embargo, podemos encontrar algunas que satisfacen las necesidades del tema:

Es la capacidad de autodeterminación del hombre para actuar conforme con el sentido, teniendo la facultad, reconocida normativamente, de comprender la antijuricidad de su conducta (Sergio Vela Treviño).

Capacidad general de conocer lo injusto del actuar y determinarse conforme a este conocimiento (Enrique Curry).

Capacidad de la persona para conocer y comprender la antijuricidad de su conducta y para autoregularse de acuerdo a esa comprensión.

Capacidad de conducirse socialmente (Von List).

Capacidad volitiva e intelectual legalmente reconocida que condiciona la culpabilidad del agente (Zaffaroni).

Ausencia de un impedimento de carácter psíquico para la comprensión de la antijuricidad (Zaffaroni).

Capacidad de entender y de querer. Entender (capacidad de conocer el deber) o de comprender el carácter ilícito de la conducta y de querer (aptitud de la persona para determinar de manera autónoma, resistiendo a los impulsos (Ley Italiana).

Capacidad, suficiente para los fines de la defensa social de entender el carácter ilícito (antijurídico) de la conducta, y de obrar con normal autonomía (Sergio García Ramírez).

Desarrollo biopsicosocial que da al sujeto la capacidad para conocer hechos, entender la trascendencia normativa, adherir la voluntad y afectividad a la norma (Luis Rodríguez Manzanera).

Como presupuesto psicológico de la culpabilidad, es la capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y determinarse espontáneamente (Luis Jiménez de Asúa).

El problema de la imputabilidad no termina en hacer una relación filosófica de los conceptos que sobre el tema se ha vertido en el curso del estudio del derecho penal; sumamente importante es dar la ubicación adecuada a este elemento en la teoría general del delito. De su ubicación dependerá en gran parte la conclusión acerca de si los menores son imputables o no.

La imputabilidad ha sido colocada en diferentes posiciones dentro de la teoría general del delito, algunos la han entendido como capacidad de culpabilidad, capacidad de pena, etc. Analizaremos estas posiciones:

a) IMPUTABILIDAD COMO PRESUPUESTO DE LA PUNIBILIDAD.

Para Feuerbach la función del castigo es la prevención general: la pena al estar conminada en la ley, debe intimidar a los sujetos; sólo será imputable el sujeto en quien se produzca el efecto de la amenaza. Imputabilidad es la posibilidad de imponer la pena.

A Von List se le ha incluido entre los tratadistas que comulgan con esta idea, pero para Luis Jiménez de Asúa es claro que debe colocársele entre aquéllos que la consideran como presupuesto de la culpabilidad, pues aunque habla de motivación de conducta y de prevención particular, nunca paso por alto la necesidad de la capacidad para reprochar la conducta.

Mezger critica esta posición al aseverar que en ella no sólo se invierte el tiempo en que la imputabilidad debe gravitar -en vez de ser cuando el acto se realiza debería existir en el momento de aplicar la pena-, sino que además se tiene en cuenta el estado anímico de todo el grupo social (por la prevención general) y no el del autor en el momento de la infracción. Señala que el castigo puede no depender de la "capacidad de sentir la amenaza de la pena" y "si lo determinante fuera, en cambio, la capacidad del sujeto respecto a la ejecución de la pena, resultaría que el varias veces reincidente podría, a lo sumo, ser castigado la primera vez que reincide, pero no en las restantes reincidencias" (11).

b) IMPUTABILIDAD COMO PRESUPUESTO DEL DELITO.

En este apartado podemos distinguir tres grandes grupos:

1.- Imputabilidad como capacidad de acción.-

Binding afirma que la imputabilidad es la capacidad de actuar, capacidad de delito; por lo tanto, la imputabilidad debe ubicarse como presupuesto del delito (conducta).

Para el Cubano Guillermo Portela la imputabilidad es la "capacidad de actuar" que se resume en la "capacidad de querer".

La imputabilidad así concebida puede diluirse en la concepción genérica de la capacidad de derecho; además de que deberíamos aceptar que el inimputable no sería capaz de actuar; el enfermo mental, el inimputable, es capaz de actuar y realizar conductas ilícitas, por tanto, no es del todo cierta esta posición.

2.- Imputabilidad como capacidad jurídica del deber.- Adolfo Merkel, Hold Von Ferneck y Kohlrausch son defensores de la "antijuricidad subjetiva". Es decir, que el contenido de lo antijurídico está dentro del propio agente, es él quien según las circunstancias señalará que es antijurídico y qué no lo es. No podemos aceptar que lo injusto es subjetivo y que cada quien debe obrar conforme a sus convicciones. Aquí se equipara la culpabilidad con lo injusto y se afirma que el inimputable (por no ser capaz de actuar culpablemente) no puede cometer acto antijurídico alguno, ya que no tiene la capacidad de entender el deber jurídico contenido en la norma penal. Esta posición nos llevaría al absurdo de afirmar que lo antijurídico deberá ser valorado según el criterio de cada sujeto, lo que es inadmisibile.

3.- Imputabilidad como elemento del sujeto de acción.- Para Battaglini la imputabilidad es un presupuesto del delito, ya que existe antes de la manifestación de la conducta, es un elemento del sujeto activo.

El maestro Porte Petit comulga con esta idea al señalar que es un presupuesto general del delito. Así piensan también Islas de González Mariscal y Elpidio Ramírez quienes la consideran como presupuesto típico del delito, y señalan "por ser la imputabilidad un atributo del sujeto activo, su estudio debe hacerse en este reglón, lo que permite considerarla correctamente como presupuesto del delito y no de la culpabilidad".(14)

Si la imputabilidad se considera como presupuesto del delito, ésta debe existir antes del delito, fuera de él, cosa que es imposible, ya que la imputabilidad debe ser referida a un sujeto y a un hecho en particular; esa capacidad debe referirse a un momento concreto: cuando se comente el delito, nunca antes.

c) IMPUTABILIDAD COMO CAPACIDAD DE DERECHO PENAL.

Tratadistas como Carnelutti y Maggiore señalan que "la imputabilidad como modo de ser del sujeto, tiene una función lógica, por lo cual ella acompaña, desde el principio al fin, el desarrollo de la relación jurídico penal, y no puede faltar en ninguno de los momentos de esa relación. Como condición (o supuesto) del momento normativo es capacidad de deber; como condición del momento de violación es capacidad de culpabilidad (o lo que es lo mismo capacidad de acción culpable); como condición del momento ejecutivo es capacidad de pena".(12)

José Anton comulga con esta idea; para él la imputabilidad es un estado, una condición o capacidad general del sujeto para toda clase de delitos, así como capacidad de

pena, ya que los códigos penales al suspender la ejecución de la pena al haber problemas de salud mental en el sujeto, confirman esta posición.

Esta teoría tiene la desventaja de no explicar en qué consiste la capacidad en que se traduce la imputabilidad y deja en el aire el objeto de la definición.

d) IMPUTABILIDAD COMO ELEMENTO DE LA CULPABILIDAD.

Autores alemanes partidarios de esta teoría son Olshausen, Beling, Mayer, Mezger y Welzel. Afirman que es la capacidad psicológica de la culpabilidad, pero no definen en qué consiste esa capacidad, por lo que no resuelven el problema.

Si se considera la imputabilidad como elemento de la culpabilidad, tendrá que aceptarse que en el dolo, que es una de las formas de la culpabilidad, es sólo una intención con apariencia externa, una forma, un elemento de la culpabilidad que requerirá de un elemento más llamado imputabilidad, que permitirá hablar de estado peligroso.

En cambio, si por dolo se entiende la intención ya formada en los seres humanos, precisamente por ser humanos, y no por anomalías, de actuar de determinada forma, entonces, la capacidad de elegir la forma de actuar, será necesaria previamente para poder reprochar la elección; la imputabilidad será un presupuesto de la culpabilidad.

e) IMPUTABILIDAD COMO PRESUPUESTO DE LA CULPABILIDAD.

Principalmente sustentada por el alemán Maurach y Luis Jiménez de Asúa, seguidos por una gran mayoría de los autores latinos (Enrique Curry, Sergio García Ramírez, Francisco Pavón Vasconcelos, Sergio Vela Treviño, etc.), esta posición indica que la imputabilidad es psicológica, es una capacidad psicológica, que debe integrarse por elementos de esa naturaleza. Estos elementos serán, (sobre todo en la dolosa), el elemento intelectual y el elemento afectivo.

El elemento intelectual consiste en que el agente tenga conciencia de la antijuricidad tipificada de su acto.

El afectivo consiste en que se realice el acto voluntariamente, que se desee conscientemente ejecutar la acción.

Afirma Jiménez de Asúa, "la imputabilidad, como presupuesto psicológico de la culpabilidad, es la capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y de determinarse espontáneamente. Lo primero indica madurez y salud mentales; lo segundo, libre determinación; o sea la posibilidad de inhibir los impulsos delictivos".

Después de este señalamiento, Jiménez de Asúa, asienta que la diferencia entre ésta posición y quienes consideran la imputabilidad como "capacidad jurídica del deber" estriba en que ésta última se basa en el concepto de la antijuricidad subjetiva, valorada por el sujeto que delinque. La antijuricidad es una y objetiva.

Así, "la culpabilidad se caracteriza no sólo por una oposición a las normas generales del deber, exigibles al término medio, sino además por no responder a las exigencias que pueden ser dirigidas al autor concreto en su situación concreta".(13) Es decir, para imputar un hecho delictuoso es necesaria la capacidad de entendimiento de la calidad de la conducta. Pero, además de esa capacidad general que permita una correcta valoración de lo jurídico y antijurídico, es necesario que en el momento de producirse la conducta el sujeto haya tenido la capacidad de autodeterminación, para decidirse a obrar de esa y no de otra manera.

Esta doble capacidad (genérica y específica) configura la imputabilidad.

Por esto, la imputabilidad no puede considerarse como anterior y ajena al delito, sino que es parte integrante de él y se presenta en el mismo momento.

La imputabilidad es necesaria para la realización del juicio de reproche, ésta es una aptitud, una capacidad, y la culpabilidad parte de una actitud, ésta es, a mi juicio, la posición más adecuada.

Si no existe la capacidad de actuar para lesionar los bienes jurídicos protegidos por la ley, no podemos reprochar la violación.

IMPUTABILIDAD DISMINUIDA.

Al haber analizado el contenido del concepto de imputabilidad, su desarrollo histórico y la ubicación que ocupa dentro de la construcción del delito, vamos avanzando hacia nuestras conclusiones.

En este transcurrir dentro de la teoría general de la imputabilidad nos encontramos con la tesis de la **IMPUTABILIDAD DISMINUIDA**, digna de mencionarse en este apartado.

Según esta tesis algunas alteraciones en la salud mental o falta de desarrollo psíquico, disminuyen, sin anular, la capacidad del sujeto para entender el carácter antijurídico de su conducta o para conducirse libremente.

Es decir, para los que aceptan esta tesis la imputabilidad puede graduarse, habrá casos en que la capacidad de decisión de la forma de actuar no es del todo libre, pero no está plenamente ausente.

Para **SAVER** "la capacidad de culpabilidad (imputabilidad) disminuida ... existe cuando el estado enfermo de la mente disminuye notablemente en el momento del hecho la capacidad de percibir lo no permitido del hecho o de obrar este conocimiento ... La pregunta de si el hecho ha de imputarse al autor, si se le ha de hacer responsable por voluntad, sólo puede ser, sin embargo, afirmada o negada. En el caso de la llamada imputabilidad disminuida es afirmada y se establece sólo un grado más pequeño de culpabilidad".(15)

Esta posición fue sostenida por la doctrina y consagrada en algunos códigos.

Maurach señala que en esta tesis no se trata de un caso "límite", ni una duda si el autor es o no imputable, ni de un grado intermedio entre la imputabilidad e inimputabilidad, sino de un caso en que el autor es imputable,"pero para alcanzar el grado de conocimiento y dirección de un sujeto anímicamente normal, debe esforzar lo más su voluntad".(16)

Algunos estudiosos atacaron la figura señalando que la imputabilidad disminuida no es lógica. Sostuvieron que como categoría psicológica la imputabilidad no podía disminuirse, o el sujeto reúne las condiciones para ser imputable o no.

Para **Beling** "Hay individuos cuyo poder de inhibición, si bien no puede negarse cuantitativamente es inferior en poder al normal, ya sea porque aún no lo es bastante (así los jóvenes en edad penal) sea por deficiencias patológicas (espiritualmente inmaduros), sea porque median estados fisiológicos que debilitan el poder de resistencia. También tales personas son plenamente imputables y penalmente responsables (es equívoca la designación de imputabilidad disminuida, no hay grado de imputabilidad) sólo que la medida de su culpabilidad por sus acciones es menor y por ello su punibilidad en parte la ley la aminora ... y en parte el juez, al fijar la pena ..., debe hacerlo más levemente que en otros casos".(17)

Los positivistas afirmaron que la figura somete a pena disminuida a quien es más peligroso, por no tener la completa capacidad de entender y querer.

Para **Luis Jiménez de Asúa** este sistema "es absurdo: se somete a una pena disminuida a aquellos hombres que por no ser enteramente locos son más peligrosos, porque resisten a los impulsos perversos menos que los hombres enteramente sanos, y saben escoger los medios y las ocasiones para realizar sus propósitos".(18)

Cuello Calón afirma que la medida "es altamente perjudicial para la defensa social, pues su consecuencia es poner prematuramente en libertad a los delincuentes más peligrosos".(19)

Afirmaciones con un contenido fuertemente positivista que ve en el enfermo o disminuido mental un peligro social, que debe estar separado del resto del grupo, porque es un ser "anormal" o "perverso".

Sin embargo, no es verdad que la enfermedad mental o la disminución de la capacidad impliquen peligrosidad, y el juzgador debe valorar las circunstancias del agente para aplicar la pena o medida de seguridad, en todos los casos, con mayor razón en aquellos que aparezca indicios de incapacidad.

Cualquiera que sea la postura aceptada, de la inexistencia de la imputabilidad disminuida, lo cierto es que las legislaciones penales la adoptaron.

El Código Penal Italiano de 1930, en su artículo 89 declaró responsable a quien en el momento de cometer el delito estaba, por enfermedad, en tal estado mental que le disminuyera grandemente, sin excluirla, la capacidad de entender o de querer, prescribiendo que en tales casos se disminuiría la pena.

La ley alemana contra delincuentes habituales peligrosos y sobre las medidas de seguridad y corrección, de 24 de noviembre de 1933, acogió esta figura de la imputabilidad disminuida y en reforma posterior al Código Penal, en 1934, se estableció: "No hay una acción punible cuando el autor en el momento del acto es incapaz de comprender la ilicitud de éste o de obrar de acuerdo con esta comprensión a causa de una perturbación patológica de la actividad mental, o a causa de una debilidad mental. Cuando la capacidad para comprender la ilicitud del acto o de obrar de acuerdo con esta comprensión, al tiempo del acto, esté considerablemente disminuida por alguna de aquellas causas, podrá atenuarse la pena, según las normas del castigo de la tentativa".(20)

A la inclusión de esta figura en los Códigos Penales aparecieron diferentes formas de aplicación: la primera potestativa, dando al juzgador la posibilidad de operar una atenuación de la pena; otra, obligatoria, operando la reducción por ley.

Algunos Códigos Penales de México acogieron la figura: El Código Penal de Veracruz, promulgado el 13 de septiembre de 1980, la incluye en las llamadas causas que excluyen la incriminación, al asentar que "el agente al momento de realizar la conducta o hecho, a virtud de

cualquier causa, no tuviere la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión ...". Agregando: "Si se halla gravemente disminuida la capacidad del agente a que se refiere el párrafo anterior, el juzgador podrá aplicarle hasta la mitad de la sanción que corresponda al delito cometido o una medida de seguridad". En la exposición de motivos el legislador Veracruzano reconoció que la figura adoptada ha sido cuestionada, pero que "es posible la presentación de casos de semicapacidad dentro de una zona fronteriza que exige al juzgador cuidadosa valoración, y que, por otra parte, el semiimputable puede presentar peligrosidad social"(21), facultando al juzgador para imponer hasta la mitad de la pena correspondiente al delito cometido, o una medida de seguridad.

El Código Penal de Guanajuato coincide con esta posición, en el Capítulo Sexto de su Título Segundo, en el artículo 35, establece: "No es imputable quien, en el momento del hecho, y por causa de enfermedad mental que perturbe gravemente la conciencia, de desarrollo psíquico incompleto o retardo, o de grave perturbación de la conciencia sin base patológica, atentas las peculiaridades de su personalidad y las circunstancias específicas de su comportamiento, no tenga capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho y de determinar su conducta de acuerdo a esa comprensión ...". Y en su artículo 36 aceptó la imputabilidad disminuida: "El agente que por efecto de las causas a que se refiere el artículo anterior, en el momento de la acción u omisión sólo haya poseído en grado moderado la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho y de determinar su conducta de acuerdo a esa comprensión, se le aplicará una pena no menor de un tercio del mínimo ni mayor

de un tercio del máximo de lo establecido por la ley para el correspondiente delito. Si la imposición de la pena se considera perjudicial para el debido tratamiento del agente por mediar causas psicológicas, se aplicará una medida de seguridad". El legislador de este Estado justifica la inclusión de la figura en el Código al señalar que es aplicable al agente que sólo posee en grado moderado la capacidad de entender y de querer. Incluyendo una nueva categoría de sujetos del derecho penal, "que de acuerdo con la psiquiatría no pueden encuadrarse dentro de los inimputables, ni tampoco dentro de los imputables y de los cuales el Derecho no se había ocupado, siendo que requieren de un tratamiento especial".(22)

En estos dos Códigos se observa diferente sistema para la aplicación de la sanción, mientras que en el de Veracruz otorga facultad potestativa al juez para disminuir la sanción, el de Guanajuato obliga la reducción.

El Código Penal para el Estado de Jalisco, de 1982, establece la imputabilidad disminuida en el Título que se refiere a las Sanciones y Medidas de Seguridad; el artículo 39 establece: "en el caso de los sujetos con imputabilidad disminuida, el juez dispondrá de la medida de tratamiento que corresponda, en internamiento o libertad vigilada, así como las condiciones para asegurar la defensa social, considerando la peligrosidad del sujeto y las necesidades que se planteen en el curso de su tratamiento. La autoridad ejecutiva podrá resolver sobre la conclusión de la medida en forma condicional o definitiva".

La ley Jalisciense adolece de grandes defectos: no define la imputabilidad disminuida, sólo la

acepta, pero no orienta acerca de las circunstancias cuando se presenta; exceptúa al semiimputable de aplicación de pena, pues sólo dispone el internamiento o la libertad vigilada.

En la exposición de motivos de este Código se dice acerca de esta figura: "La novedad que se propuso obedece a la regulación de la aplicación de medidas a personas en etapa de la vejez, en una política criminal en la que se conjuga la adecuada defensa social con la protección de un sector de población que, como en el caso de los menores, los ancianos son también un grupo con características particulares, desde el punto de vista biopsicológico, que los coloca en situación especial frente al derecho penal. Del mismo modo que en materia de menores, se ha desarrollado una política proteccionista, y promulgado leyes especiales, en tratándose de las personas que, al llegar a la última etapa de la vida, han incurrido en conductas tipificadas penalmente como delitos, se consideró válido establecer un régimen especial, basados en la doctrina y en las prácticas en materia penal y penitenciarias en otros países".

De esto, se puede inferir que el legislador de Jalisco pensó en la imputabilidad disminuida, sólo en los casos de conductas delictivas de ancianos. Sin embargo, no estableció ningún perfil para considerar la existencia de la figura.

En el artículo 41, en el último párrafo de la Fracción III, dentro de las reglas de aplicación de sanciones, señala que en los mayores de 65 años, así como a los sujetos entre dieciocho y veinte años, el juez tendrá la facultad de disminuir en un tercio las penas que

correspondan, fundando y motivando su resolución. Pero, la misma ley, en su artículo 4o señala que los menores de dieciocho años, están sujetos a la Ley de Readaptación Juvenil. Luego, los jóvenes entre los 18 y 20 años son sujetos de derecho penal.

Por tanto, parece claro que el legislador jalisciense establece una disminución de pena, únicamente en razón de la edad, para los mayores de 65 años y para los jóvenes entre 18 y 20 años, tal vez concibiendo una imputabilidad disminuida, pero sin dar los caracteres de ella.

Sin embargo, al hablar de la imputabilidad disminuida señala la exclusión de pena y la aplicación de internamiento o libertad vigilada para tratamiento, lo que denota una gran confusión.

Para **Zaffaroni** la imputabilidad disminuida es en realidad un supuesto de culpabilidad disminuida y no de una "media imputabilidad". Para él uno de los más claros e incuestionables casos de imputabilidad disminuida es la emoción violenta.

Podría surgir aquí la duda de porqué incluir en este capítulo comentarios acerca de la imputabilidad disminuida, parecería que hemos perdido el rumbo, que hay confusión, que comparamos al menor con el enfermo o deficiente mental. No es así. Mas adelante justificaré el hecho de hablar de esta tan discutida figura.

Tratemos, ahora, el centro del problema: LA INIMPUTABILIDAD.

INIMPUTABILIDAD

Hemos dicho que el concepto de imputabilidad, aunque tiene su base en cuestiones psicológicas (recordemos que hemos aceptado que es una capacidad psicológica) es un concepto jurídico.

La capacidad psicológica en que consiste la imputabilidad debe ser reconocida normativamente.

Para determinar las causas de inimputabilidad los sistemas normativos han seguido los siguientes métodos: **biológico, psicológico y mixto.**

El primero aduce causas biológicas para excluir la imputabilidad; el segundo el estado psicológico del sujeto que puede presentar anomalías psicológicas; el último acepta ambas posiciones.

El criterio biológico se apoya en cuestiones de desarrollo, de madurez mental de los sujetos. Afirma que habrá inimputabilidad cuando el sujeto no tenga la madurez mental para conocer y comprender sus actos.

El psiquiátrico (que debemos incluir en el biológico) se basa en función del trastorno mental, sea transitorio o permanente, denominado como enfermedad mental o anomalía psicosomática. Afirma que la plena comprensión de la ilicitud de la conducta requiere de un mínimo de salud mental.

El mixto realiza diferentes combinaciones, la psicológica-psiquiátrica, biológica-psiquiátrica y la mas común biopsicosocial. Para este sistema debe existir armonía en el desarrollo biológico, psicológico y la integración social para que el sujeto tenga la capacidad de valorar la ilicitud de la conducta.

Francisco Pavón Vasconcelos señala un criterio más, el jurídico, al hablar de la valoración hecha por el juez acerca de la capacidad del sujeto siendo la inimputabilidad una consecuencia de la valoración hecha por el juez. (Criterio con el que no estamos de acuerdo, pues la valoración es una actividad subjetiva del juez, que puede ser acertada o equivocada y la imputabilidad es consubstancial al agente).

Es pues, el concepto de imputabilidad una entidad jurídica, sin embargo, en los sistemas penales no se da una definición positiva de ella, lo que hace que el concepto se estudie por exclusión, causando confusiones.

Para **Sergio García Ramírez** las causas de inimputabilidad se contienen en dos supuestos: la falta de desarrollo intelectual (insuficiente para los fines de entender y querer), y por graves anomalías psíquicas.(23)

Tiene razón al indicar que en la fórmula biológica pueden incluirse: minoría de edad, sordomudez, ceguera y personalidad psicopática.

Para **Porte Petit** las causas son: A) Falta de desarrollo mental: a) Menores, y b) Sordomudos; B) Trastorno

mental transitorio; y C) Falta de salud mental: trastorno mental permanente.(24)

Jiménez de Asúa, basándose en los Códigos hispanoamericanos, señala: a) Falta de desarrollo mental: a') menor edad, b') sordomudez; b) Falta de salud mental; y c) Trastorno mental transitorio: a') embriaguez, y b') fiebre y dolor.(25)

Maurach señala que los presupuestos de la imputabilidad "pueden estar ausentes por motivos diversos. En primer lugar la madurez puede faltar al autor por dos causas distintas: de una parte, por no haber concluido un proceso natural fisiológico, constituido por el transcurso normal de una fase de transición hasta la madurez que, al producirse en una determinada edad, lleva generalmente consigo capacidad de conocimiento y de determinación; de otra parte, por un obstáculo enfermizo, de base patológica, al natural desarrollo. En un segundo grupo podemos incluir a las relevantes perturbaciones (trastornos transitorios o permanentes) de la capacidad de conocimiento y determinación, de orden fisiológico o patológico. Por último, la inimputabilidad puede ser debida a fenómenos regresivos, a un quebranto anímico procedente al corporal".(26)

Bernaldo de Quirós afirma que las causas de inimputabilidad son: una fisiológica y otra patológica: minoría de edad y defectos y alteraciones mentales, respectivamente.

Para **Zaffaroni** las causas de inimputabilidad son: a) insuficiencia de las facultades; b) alteración

morbosa de facultades y c) imposibilidad de dirección en acciones.

Sergio Vela Treviño afirma que existen: inimputabilidad genérica, determinada normativamente; inimputabilidad específica, en los casos de trastorno mental transitorio, sordomudez; y, por último, inimputabilidad absoluta, cuando existe trastorno mental permanente.

Asumo la posición del maestro Sergio García Ramírez al considerar que son dos las fuentes de la inimputabilidad, la falta de desarrollo y las anomalías psíquicas; sin embargo, para efectos de sistematización, estaré a lo propuesto por Vela Treviño al clasificar la inimputabilidad en: genérica, específica y absoluta, sobre todo porque estas denominaciones incluyen ya la consecuencia normativa.

Es verdad, se ha sostenido (cuestión que analizaremos más adelante) que la ley, en el caso de los menores, hace una limitación drástica y absoluta acerca de la capacidad de éstos para conocer la antijuricidad de sus conductas típicas sin excepciones posibles (inimputabilidad genérica).

Se acepta que en otros casos el sujeto tiene normalmente íntegra su capacidad de entendimiento, pero por algún evento se altera transitoriamente, anulando su capacidad de libre actuación. Lo específico surge de que debe existir un "sujeto normal" y genéricamente imputable que no lo es para un hecho particular, que es el que ha motivado la necesidad de calificar si habría imputabilidad o no".(26') Se trata de un trastorno mental transitorio.

Por otra parte, existen personas que por una patología permanente no presentan la capacidad necesaria para entender la antijuricidad de su conducta, son inimputables permanentes.

Para **Raúl Zaffaroni**, según lo asienta en su tratado de Teoría del Delito, la inimputabilidad no es otra cosa que la "inexigibilidad de la posibilidad de comprensión de la antijuricidad proveniente de incapacidad psíquica".(27)

Las causas de inimputabilidad, para él, son reductores de la libertad (interesante posición que retomaré más tarde).

Afirma que la imputabilidad "es una característica de la conducta que resulta de una capacidad del sujeto: la capacidad psíquica del autor para comprender la antijuricidad de su conducta".

Pero presenta una definición negativa de la imputabilidad, lo que hace que el concepto inimputabilidad tenga carga positiva, señala que la imputabilidad arroja como resultado la ausencia de los reductores que pueden operar sobre el ámbito de libertad de decisión del individuo y que equivale a la afirmación positiva de la posibilidad de motivarse en la norma y, por ende, de actuar conforme a ella, o sea, la reprochabilidad o la culpabilidad.

Otro concepto de inimputabilidad es el sustentado por **Sergio Vela Treviño**, para él "la inimputabilidad existe cuando se realiza una conducta típica y antijurídica pero el sujeto carece de la capacidad para

autodeterminarse conforme al sentido o de la facultad de comprensión de la antijuricidad de su conducta, sea porque la ley le niega esa facultad o porque al producirse el resultado típico era incapaz de autodeterminarse".(28)

Es claro, pues, que en todos los supuestos anteriormente señalados se reconoce que la inimputabilidad existe por la presencia de una incapacidad psíquica (aunque esta sea otorgada legalmente), incapacidad que no permite una actividad consciente. Por consciencia entendemos la síntesis de las funciones mentales que tiene por resultado la ubicación del sujeto en el tiempo y espacio psíquicos y que abarca tanto el funcionamiento de sus facultades intelectuales como afectivas.

Como puede observarse, por tratarse de un concepto de contenido subjetivo, que debe valorarse en el momento de concreción de la conducta, será muy difícil determinar el grado de perturbación de conducta que será necesario para hablar de inimputabilidad. Deberá hacerse siempre el análisis clínico psiquiátrico o psicológico para graduar la intensidad del trastorno y señalar la consecuencia. Es decir, se trata de una fórmula psíquico-normativa; no basta con señalar cuál fue la causa de perturbación, sino de determinar el grado de ella para tener por no comprendida la antijuricidad de la conducta, debe existir un grado en que la comprensión será exigible. la Ley exigirá al autor un esfuerzo para que respete su contenido.

Esto es, la imputabilidad, analicemos, ahora la inimputabilidad por minoría de edad.

Tradicionalmente se ha afirmado que la ley reconoce los siguientes casos de inimputabilidad: a) Minoría; b) Sordomudez; c) Trastorno mental transitorio; y d) Trastorno mental permanente.

Hablemos del objetivo del análisis de nuestra tesis: Minoría de edad.

A través de la historia la inimputabilidad de menores se ha tratado de diversa manera. En el Derecho Romano de las XII Tablas, según referencias de Aulo Gelio y de Plinio, la impubertad del delincuente entraba en juego en ciertos casos, disminuyendo la sanción, dejándola al arbitrio del pretor. El Derecho Clásico distinguió entre **infans, ad modum impubes o paximus infatiae, y proximos pubertati**, con diverso tratamiento en cada caso. Los tres términos, reducidos a dos en tiempos de Teodosio, fueron restablecidos por los glosadores, en el siglo XI. En la época de Antonio el Píadoso se atendió progresivamente a la **"máxima" malitia supplet aetatem**, y bajo el procedimiento extraordinario se aceptó al decir de Arcadius Charisius y Calístrato, la aplicación del tormento al menor en algunas hipótesis.

Las leyes bárbaras eximieron al menor delincuente del pago del fredus, pero no del faidus. Las costumbres de Nyel, Gezaincourt, Eperlacque y Ougneis, la carta de establecimiento de la comuna de Amiens y el jurista André Hornes, en su "Espejo de Justicia", hacen responsable al guardián del menor por los delitos cometidos por éste. Cuando por razón de minoría el delincuente está exento del juicio (y en todo caso los menores lo estaban de juicio de Dios y duelo judicial, en fuerza de la igualdad de condiciones exigidas por el régimen acusatorio), el conde o

aún la víctima podían sancionar a aquél, del modo que lo haría un padre o un tutor. En 1530 se aceptó la excusa de edad, salvo que se hubiese obrado con discernimiento. Mouyart de Vouglans y Jousse sostuvieron la irresponsabilidad penal de impúberes y menores por falta de dolo. Por otra parte, se acusó cierta tendencia a elevar el límite de minoría penal y a disminuir la intensidad de las penas impuestas a los menores o sancionarlos con medidas menos severas o penas especiales.

La cuestión de responsabilidad penal en función del discernimiento quedó replanteada en el Código Penal Francés de 1791.

El Código Penal Español de 1870, en su artículo 8o incisos 2o y 3o, declaró exentos de responsabilidad penal al menor de nueve años y al mayor de nueve y menor de quince años, a no ser que obrara con discernimiento.

En el Código penal Italiano de 1930 el concepto de discernimiento fue sustituido por la capacidad de entender y de querer (capacità di intendere e di volere).

Como ha señalado **Carrancá y Trujillo** "la edad tiene incuestionable importancia, que siempre se le ha reconocido. Ella es prisma que centra su espectro sobre la imputabilidad. Infancia, juventud y vejez pueden ser analizadas mirando a la imputabilidad de los sujetos"(29)

Teóricamente se ha establecido que el menor carece de desarrollo psíquico que le impide discernir el contenido antijurídico de la conducta e inhibir los impulsos.

Esta exclusión obedece a una presunción juris et de jure. Resulta innegable que fuera del límite señalado por la ley pueden existir sujetos que sí presenten la capacidad de comprensión, si embargo, se renuncia a cualquier prueba de "discernimiento", se trata de una presunción que no admite prueba en contrario.

Zaffaroni no opina que se trata de una presunción, ya que la presunción se establece conforme a lo que generalmente es, pero esto no lo podemos afirmar de todos los menores de dieciocho años, de admitirse se trataría de una ficción jurídica. Afirma que se trata de una "causa personal de exclusión de pena". Criterio con el que no estamos de acuerdo, porque si hemos aceptado que la imputabilidad es presupuesto de la culpa (Zaffaroni la coloca como elemento de ella), no podemos regresar a la indefinición al decir que en cuanto a los menores pasa a ser un elemento de la pena.

Para **Jeschek** la minoría de edad es una causa de inculpabilidad.

Mezger afirma que: "El niño hasta cumplir catorce años es incapaz de pena... el joven mayor de catorce y menor de dieciocho tiene imputabilidad condicionada"(30)

Estos autores alemanes afirman lo anterior en base a la Ley Alemana, que en la ley de justicia juvenil (Jugendgerichtsgesetz) dispone que "Un joven es penalmente responsable cuando al tiempo del hecho es suficientemente maduro, conforme a su desarrollo moral e intelectual, para comprender lo injusto del hecho y conducirse conforme a esta comprensión" "Para la educación de un joven que no es

penalmente responsable por falta de maduración, puede el juez ordenar las mismas medidas que el juez tutelar". El artículo lo dispone: "Para la Ley Alemana es joven quien se halla entre los 14 y 18 años"(31)

Soler, al referirse a la Ley Argentina, señala que la doctrina de la imputabilidad "no ha tenido en el Código una acogida total, pues en él se hace necesario distinguir en forma bastante radical dos grupos de menores, que son considerados por la ley desde distintos puntos de vista: los menores de catorce años y los de catorce a dieciocho años", calificando a los del primer grupo como inimputables, y a los segundos se les trata conforme la objetividad del daño causado.

Hagamos, ahora, un breve recorrido por la Ley Penal Mexicana, para conocer cómo se ha tratado esta figura.

Iniciando la tradición legislativa del Distrito Federal, el Código Penal de 1871 se refirió a la imputabilidad por vía negativa, a través de las eximentes.

En el contenido del Código de Martínez de Castro se contemplaron los casos de falta de desarrollo o salud mentales, con la presencia de la que entonces se llamaba locura intermitente.

Apareció en este Código una causa de imputabilidad disminuida: la ignorancia y rudeza del delincuente, cuando fueran de tal grado que le privaran, en el momento de delinquir, del discernimiento necesario para conocer la ilicitud del acto; cuando entorpece la capacidad de entender.

Si bien, la ignorancia de la Ley nunca ha sido excluyente, al comentar esta figura José María Lozano advierte que existen delitos cuya ilicitud es reconocida por todos los hombres: "En esta clase o categoría están aquellos delitos que lo son conforme a los preceptos de la Ley actual, que Dios grabó en nuestros corazones con caracteres indelebles; por el contrario hay otros, cuya ilicitud ligada de una manera remota con las prescripciones de la ley natural, no es perceptible sino mediante un raciocinio que los entendimientos incultos o rudos no pueden hacer; y algunos, en fin, siendo creaciones exclusivas de la ley humana, son aún menos conocidos. Ya se comprende que ésta causa de atenuación será más procedente tratándose de delitos de la tercera y la segunda especie, que cuando se trata de los primeros".(32)

Dos hipótesis incluyó este Código, de inimputabilidad en razón de la edad: la minoría de 9 años, de la que resultaba una presunción juris et de jure; los mayores de 9 pero menores de 14, se estableció una presunción juris tantum de haber delinquir con discernimiento para conocer la ilicitud de la conducta, dejando a cargo del acusador la prueba desvirtuadora de esta presunción. Se habló también de la decrepitud, pero era necesario que se presentara también la pérdida de la razón (demencia senil).

Se contempló a la minoría como una atenuante de cuarta clase, señaló el artículo 42: "Son atenuantes de cuarta clase: 1ª Infringir una ley penal hallándose en estado de enajenación mental, si ésta no quita enteramente al infractor su libertad, o el conocimiento de la ilicitud de la infracción; 2ª Ser el acusado decrepito, menor o sordomudo,

si no tiene el discernimiento necesario para conocer toda la ilicitud de la infracción; ...".

La infracción de la ley penal por un menor inimputable acarreó medida de seguridad: la reclusión preventiva en establecimiento de educación correccional (art. 94). Y esta reclusión era forzosa para mayores de 9 años y menores de 14, y condicionada a la inidoneidad de las personas civilmente encargadas de educar al menor, o a la gravedad de la infracción cometida, tratándose de menores de 9 años (art. 157).

Para el menor que delinquía con discernimiento se estableció una pena específica, la reclusión en establecimiento de corrección penal. Esta reclusión sería, según el artículo 127: "La reclusión de esta clase se hará efectiva en un establecimiento de corrección destinado exclusivamente para la represión de jóvenes mayores de nueve años y menores de dieciocho, que hayan delinquido con discernimiento. En dicho establecimiento no sólo sufrirá su pena, sino recibirá al mismo tiempo educación física y moral".

La pena impuesta al menor no alcanzaba la que se imponía a los adultos, el artículo 224 estableció: "siempre que se declare que el acusado mayor de nueve años y menor de catorce delinquiró con discernimiento; se le condenará a reclusión en establecimiento penal por un tiempo que no baje de la tercera parte, ni exceda de la mitad, del término medio aritmético que debiera durar la pena que se le impondría siendo mayor de edad".

A los mayores de 14 y menores de 18 años siempre funcionaba una presunción absoluta de haber obrado con discernimiento. Señala el artículo 225: "Cuando el acusado sea mayor de catorce años y menor de diez y ocho: la reclusión será por un tiempo que no baje la mitad, ni exceda de los dos tercios de la pena que se le impondría siendo mayor de edad".

El artículo 128 demuestra la severidad con que eran tratados los menores: "Los jóvenes condenados a reclusión penal estarán en incomunicación absoluta al principio de su pena desde ocho hasta veinte días, según fuere la gravedad de su delito; pero pasado ese período trabajará en común con los demás reclusos, a no ser que su conducta posterior haga de nuevo necesaria su incomunicación".

Otra norma especial se contenía en el artículo 227: "Si el tiempo de reclusión de que hablan los artículos 224 y 225, cupiere dentro del que falte al delincuente para cumplir la mayor edad; extinguirá su condena en el establecimiento de corrección penal. Si excediere, el tiempo de exceso en la prisión común".

Sin embargo, también en este caso la realidad superó la buena voluntad del legislador, y la ejecución de las penas impuestas a los menores no tuvo el carácter educativo, ni se realizó en departamentos separados de los adultos. De ahí que el maestro Sodi pudiera escribir: "Carecemos por ahora de un establecimiento de educación correccional. Los jóvenes sentenciados permanecen en Belem en el departamento llamado de "Pericos" en el que se corrompen de un modo completo, existiendo como prueba,

menores de dieciocho años que cuentan con diez y más ingresos por diversos delitos. Debemos lamentar profundamente la carencia de establecimientos adecuados para la educación y castigo de los niños delincuentes" (33)

El proyecto de Reformas de 1912 trató de introducir al Código Penal interesantes cambios en cuanto a la imputabilidad. La refirió por vía negativa; desapareció la fórmula mixta de la excluyente de enajenación, optando por una meramente psiquiátrica; desapareció la eximente de decrepitud; suprimió la imputabilidad disminuida que se refería a la enajenación que no privaba por completo la capacidad de entender; se conservó, como atenuante de cuarta clase, la ignorancia y rudeza del delincuente cuando obstaculizan el discernimiento.

En cuando a las medidas para los menores delincuentes no hubo innovaciones importantes. Se conservaron las reglas del Código de 1871, sólo en lo relativo a la prueba del discernimiento en los mayores de 9 años y menores de 14, se quitó la carga de la prueba al acusador; se señaló como objetivo de la reclusión, además de la educación física y moral, la intelectual.

Macedo y Pimentel promovieron al Gobierno del Distrito Federal la conveniencia de elevar a 14 años la edad de irresponsabilidad absoluta, sujetando la prueba de discernimiento a los infractores entre 14 y 18 años, excluir de pena a los menores que cometieran faltas levísimas, resolver siempre en favor de los menores en caso de duda sobre discernimiento, y "sustraer" a los menores de la represión penal y someterlos en cambio a la tutela moral de la sociedad, siguiéndolos muy de cerca y sin abandonarlos un

momento, para dirigir su marcha por los buenos senderos.(34). Pero estas propuestas no prosperaron. Sin embargo, existía ya la preocupación por la forma en que eran tratados los menores que delinquían.

El Código Penal de 1929, tuvo un contenido eminentemente positivista, como lo podemos deducir de algunos párrafos de la exposición de motivos de José Almaráz: "La sociedad tiene que defenderse de los locos, de los anormales, de los alcohólicos, de los toxicómanos y de los menores delincuentes. Desde el punto de vista de la defensa social, tan anormales son estos individuos como los normales, y tal vez en ellos esté mas indicada la defensa. Lo que deberá variar es la clase de sanción, de tratamiento, en vista de la adaptación o la eliminación, de la corrección o de la inocuización". "Como este proyecto se basa exclusivamente en la doctrina de la defensa social y como las sanciones para delincuentes adultos persiguen un fin correccional y carecen de todo carácter de expiación o de compensación, desaparece la necesidad de crear un cuerpo de leyes especiales para menores. Esto no quiere decir de ningún modo, que las medidas educativas que deben aplicarse a los menores no sean cualitativamente distintas de las sanciones para adultos". "... la Comisión considera delincuentes, desde el punto de vista social y no moral, a los menores que con sus actos revelan el estado peligroso. De este modo, se logran también los fines que persigue la doctrina positivista ...". "... desaparecido el principio de responsabilidad moral y con él las excluyentes relativas a la menor edad, se imponía escoger las sanciones o medidas adecuadas para transformar a los menores delincuentes en individuos socialmente capaces para vivir en sociedad. (35)

De estos párrafos podemos inferir el tratamiento que dio el Código a los menores: con el pretexto de la defensa social en algunos casos a los menores se impusieron penas iguales a las prescritas para los adultos, pero hubo posturas por demás importantes: llamar delincuentes a los menores, señalar el carácter de sus penas y hablar de medidas tutelares, ya con la preocupación constitucional del caso.

Así, el artículo 69 estableció: "Las sanciones para los delincuentes comunes mayores de dieciséis años son: I.- Extrañamiento; II.- Apercibimiento; III.- Caución de no ofender; IV.- Multa; V.- Arresto; VI.- Confinamiento; VII.- Segregación; y, VIII.- Relegación". El artículo 71 señaló: "Las sanciones para los delincuentes menores de dieciséis años, además de las procedentes que menciona el artículo 73 y las tres primeras fracciones del 69, son: I.- Arrestos escolares; II.- Libertad vigilada; III.- Reclusión en establecimiento de educación correccional; IV.- Reclusión en colonia agrícola para menores; y, V.- Reclusión en navío escuela".

En los artículos 122, 123 y 124 se establecieron las características de la reclusión en establecimiento de educación correccional, colonia agrícola y navío escuela.

La escuela de educación correccional sería exclusivamente para menores de dieciséis años, con aislamiento nocturno y aprendizaje industrial o agrícola durante el día, con fines de educación física, intelectual, moral y estética, nunca sería inferior a un año, ni excedería a que el menor cumpliera veintiún años, si los cumpliera en

la escuela se enviaría a institución de adultos o se dejaría libre a juicio del Consejo Supremo de Defensa y Prevención Social.

La colonia agrícola tenía las mismas características, pero no podría ser menor de dos años.

La reclusión en escuela-navío, era similar, duraría todo el tiempo de la condena y la retención, en su caso.

El Código de 1931 abordó el problema de la inimputabilidad de una manera muy reducida, sólo dos preceptos: minoría (artículo 119, después derogado por la ley que creó el Consejo Tutelar del Distrito Federal) y los estados de inconsciencia.

Una de las bases de este código, la marcada con la letra "h", indicó: "Dejar a los niños completamente al margen de la función penal represiva, sujetos a una política tutelar y educativa".(36)

Sin embargo, se encontraron con un problema de constitucionalidad: Sería posible restringir la libertad de los menores, aplicando medidas de distinta manera a la señalada por los artículos 16, 19 y 21 de la Constitución, sin considerarlos como procesados ni sujetos de una acción penal? Las medidas que dicte el tribunal afectan las garantías individuales de la persona del menor? Ante este problema se pensó que era necesario reformar la Constitución y que la Suprema Corte de Justicia de la Nación armonizara las garantías individuales con las nuevas tendencias. Y tal armonía se encontró en la ejecutoria pronunciada por el

Supremo Tribunal en el amparo promovido por Ezequiel Castañeda, en la que se sostuvo que la acción del Estado frente a los menores no es autoritaria, en estricto sentido, sino reviste el carácter de social. El Estado no obra como autoridad, sustituye a los encargados del menor, para realizar su educación.

El artículo 119 de este Código Penal de 1931, estableció el internamiento de los menores delincuentes, y los artículos siguientes pormenorizaron las medidas aplicables al menor. La mayoría de edad penal se fijó a los 18 años, explicando la medida aduciendo que en tal edad puede ser más exacta la determinación pericial, en vista del desarrollo dentario y somático.

Para Sergio García Ramírez "resulta censurable que el Código de 1931 se ocupase de la regulación de las consecuencias jurídicas de la conducta antisocial del menor, en vez de limitarse a legislar sólo sobre su inimputabilidad. Ya lo hemos visto: la ley para menores no encuentra acomodo en un Código Penal.

En el anteproyecto de reforma de 1949 se sigue contemplando la minoría de edad, se señalan las medidas que a cargo del Tribunal para Menores serían aplicables a los menores.

Esto acarreó críticas al anteproyecto, así Constancio Bernaldo de Quirós indicó: "Lo que nació como una excepción de los códigos penales comunes no puede, o mejor dicho, no debe regresar a ellos, sin que se acuse así una evolución regresiva, una involución, dicho de otro modo ... No todo lo penal puede ser absorbido en un código penal:

ciertas leyes penales especiales son inasumibles a él; y entre ellas, ninguna más que la que organiza la jurisdicción, el procedimiento y el tratamiento de los menores delincuente, fuera del todo de la penalidad, y dentro en cambio de la corrección y la tutela".(37)

En el anteproyecto de 1958 se vuelve a mencionar las medidas aplicables a los menores en el Título VI de su libro Primero, llamándolo "Delincuencia de Menores".

Por último, el anteproyecto del Código Tipo de 1963 sólo mencionó a los menores para excluirlos de su ámbito de aplicación. El artículo 107 señala: "Los menores de 16 años que realicen conductas o hechos considerados por la ley como delitos, quedarán sometidos a las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de los Tribunales para Menores y sus Instituciones auxiliares en el Distrito Federal y Territorios Federales y normas de procedimiento".

Hemos realizado un rápido, pero interesante, viaje por los conceptos esenciales para poder llegar a la respuesta del planteamiento objeto de este capítulo: Son delitos las conductas cometidas por menores de edad que violan la ley penal?

Al inicio señalamos que era muy importante saber qué es la imputabilidad y cuál su ubicación en la teoría del delito; hablamos de la imputabilidad disminuida y de las causas de inimputabilidad y su tratamiento en la ley penal mexicana, y todos estos elementos nos conducirán, necesariamente, a nuestra conclusión.

Hemos aceptado que la imputabilidad es un elemento consubstancial al sujeto activo, pero que no puede analizarse como presupuesto del delito porque esa capacidad psíquica es contemporánea a la realización de la conducta; aceptamos, también, que es la imputabilidad un elemento necesario para que haya culpabilidad, es un presupuesto de la culpabilidad. Por tanto, debemos ahora referirnos a la culpabilidad para avanzar hacia nuestra respuesta.

CULPABILIDAD

Innegable es la importancia de este concepto en la teoría del delito, pues es la base para vincular una conducta a un hombre y determinar las consecuencias.

Luis Jiménez de Asúa, cita a Ernest Hafler para señalar la importancia de ella: "el problema de la culpabilidad es el problema del destino del derecho de castigar".(38)

Para entender mejor el concepto de culpabilidad haremos una brevísima reseña de su evolución histórica, con el ánimo de destacar su contenido filosófico y moral.

EPOCA ANTIGUA.- Afirma Luis Jiménez de Asúa que en los antiguos pueblos el castigo se aplicaba por la sola producción del resultado dañoso, se era responsable y acreedor a una sanción si haber analizado si había existido la culpabilidad; incluso se daba la responsabilidad sin existir una relación de causalidad material, sólo por relación de contigüidad o de semejanza afectiva.

Existía el delito sin culpa, lo importante era el daño causado sin tomar en cuenta la causa que pudo haber motivado la conducta. Se castiga por igual a inocentes y culpables, y en algunos casos la sanción va más allá del autor, señala Maggiore: "el hado, en la imaginación de los antiguos griegos, castigaba a ciegas al reo y al inocente; la religión hebrea, paralela a la teocracia política, amenazaba

con penas, no sólo a los culpables, sino a sus hijos y a los hijos de sus hijos, hasta la séptima generación".

Pero es en la propia Grecia donde aparece la idea de justicia y el concepto de culpa se gesta, "cuando el pensamiento griego evoluciona y aparece la idea de la justicia (Diké) y las Erinnias, de meras Furias dejan paso a la constitución de un tribunal que juzga, la idea de retribución por la culpa se instala, en vez de la primitiva responsabilidad absoluta u objetiva".(40)

ROMA.- No se sabe sin en el derecho romano existió la concepción de delito sin culpa, y se castigó sólo por el resultado dañoso, algunos autores afirman que no (Ferrini), otros (Mommsen) señalan que sí, pero que al parecer la Ley de las Doce Tablas en el concepto de delito apareció la necesidad de una voluntad contraria a la ley en la persona capaz de actuar.

Sergio Vela Treviño retoma una frase de Cicerón para confirmar el sentir del derecho romano en relación a este concepto: "Cosa es, dirá alguno, de poca importancia, pero grande la culpa; porque los pecados no se han de medir por los acontecimientos de las cosas, sino por los vicios de los hombres". "Nosotros en la vida no debemos mirar la pena que está señalada a cada pecado, sino cuanto es lícito a cada uno: debemos pensar que todo lo que no conviene hacer es delito, y todo lo que no es ilícito es impiedad".(41)

ENTRE LA CAIDA DEL IMPERIO ROMANO Y LA REVOLUCION FRANCESA.- Es importante señalar esta etapa, pues como sucedió en otras áreas, en el derecho ocurrieron

cambios, que implicaron un retroceso en el concepto de la culpabilidad.

Si bien en el derecho romano ya se había reconocido el dolo y la culpa como formas de la culpabilidad, en esta etapa se vuelve a la culpabilidad por resultado, aparece el concepto "versari in re illicita", según la cual existe culpabilidad no solamente cuando haya dolo o culpa, sino también cuando hay intención de realizar algo indebido y por un caso fortuito se causa daño; así existía homicidio cuando el agente se disponía a realizar algo indebido y realiza otra conducta ilícita por mero caso fortuito.

DESPUES DE LA REVOLUCION FRANCESA. CARRARA.-

Después de la Revolución, y una vez roto el absolutismo, el hombre se convierte en el eje de las corrientes filosófico políticas, y aparece como determinante el grado y forma en que la voluntad de un sujeto se manifiesta en el delito.

Carrara concibió en 1859 al delito como un ente jurídico y creó la teoría de las fuerzas del delito, estableciendo una separación entre la responsabilidad por el resultado y por la conducta libre e inteligente. Afirmó que el delito es el producto del choque de dos fuerzas: la fuerza moral subjetiva, que es la voluntad inteligente del hombre, y la fuerza física, la acción corporal que es externa, el daño material del delito.

El maestro italiano no hablaba todavía de culpabilidad, para él el término equivalente era "imputabilidad" civil.

Afirmó que: "el juicio mediante el cual el juez imputa civilmente a un ciudadano una acción, que ya fue declarada por la ley políticamente imputable, es el resultado de tres juicios diversos. El juez encuentra en aquel individuo la causa material del acto, y le dice 'tú lo hiciste: imputación física'. Halla que aquel individuo realizó el acto con voluntad inteligente y le dice: 'tú lo hiciste voluntariamente: imputación moral'. Encuentra que aquel hecho estaba prohibido por la ley del Estado y le dice: 'tú obraste contra la ley: imputación legal'. Y sólo después de que tenga el resultado de esta tres posiciones, podrá el juez decir al ciudadano: 'te imputo este hecho como delito'.".(42)

Con esto, Carrará dejaba de lado a la responsabilidad por el resultado y se adelantaba a fijar el contenido de la culpabilidad como reproche (imputación) por una conducta libre e inteligente.

EL POSITIVISMO.- Para Enrique Ferri la libertad del hombre no existe, por lo tanto resulta absurdo responsabilizarle por aquello que estaba destinado a realizar, como hecho natural y fruto de la pura necesidad. No llega al extremo de disociar al hombre de su acto, el hombre debe ser responsabilizado por los actos que realiza, pero en función de ser parte integrante del grupo social. En su teoría de la imputabilidad y la negación del libre arbitrio trató el problema utilizando las disciplinas que estudian hechos sociales y psíquicos siguiendo métodos de observación y experimentación. Concluyendo que es imposible fundar la legitimidad de la pena sobre la pretendida libertad de querer.

Para el positivismo el libre albedrío es una ilusión, la conducta siempre estará sometida al principio de causalidad. El delito es el resultado de causas antropológicas, físicas y sociales y que el delincuente está predestinado para su realización en función de esas causas. De ahí que el hecho realizado y considerado como delito debe ser analizado en función de la persona del agente y no buscando un concepto fuera de él.

La conducta manifestará la personalidad del delincuente, que siempre será un anormal psicológicamente deficiente.

En este sentido la culpabilidad será una característica del delincuente y no un elemento del delito.

Pero si el hombre vive en sociedad, los actos que realice, determinados por el conjunto de causas preexistentes y en razón de sus propias anormalidades psíquicas producirán la reacción de la sociedad consistente en una pena o medida de seguridad. Si no existe el libre albedrío sino un determinismo psíquico, la intervención tenida en el evento antisocial servirá para determinar el grado de peligrosidad del agente y la pena que debe imponérsele en preservación de los intereses de la sociedad. Así, la culpabilidad ya no es sólo la manifestación del sujeto en el delito realizado, sino un síntoma para valorar la peligrosidad, y por tanto, forma parte del delincuente no del delito como unidad conceptual.

Una crítica importante es la que hace Luis Jiménez de Asúa a esta teoría de Ferri, señala que ha mezclado "una ciencia causal explicativa como la

criminología, con una ciencia cultural y normativa que es el Derecho".(43)

Es verdad que la conducta se inicia, gesta y desarrolla en un proceso interno, en la subjetividad humana; pero cuando se manifiesta al exterior y daña o pone en peligro un bien jurídico protegido, pasa al mundo de lo jurídico. "El hecho concreto psicológico, sobre el que se inicia el juicio de culpabilidad es del autor y está en su cabeza, pero la valoración para el reproche la hace el juez". (44) Así es, la culpabilidad es jurídica, tiene independencia del proceso subjetivo.

TENDENCIAS ECLECTICAS.- Después del subjetivismo aparecieron fundamentalmente dos escuelas la Tercera y la Escuela de la Política Criminal.

Estas no aceptaron que el método científico fuera suficiente para estudiar al delito, sino que debía ser complementado por el análisis de la experiencia interior del sujeto.

Puede resumirse su postura al siguiente enunciado: "Ni voluntad indeterminada ni voluntad determinada de modo absoluto, sino voluntad determinante. No realidad ni imposibilidad de un poder volitivo que se determina, sino libertad posible, ideal. En consecuencia, no moral absoluta ni absoluta negación de la moral, como arte o como ciencia, sino moral relativa, moral progresiva, moral sujeta, también a ella, a la ley universal de una evolución bien entendida".(45)

Para Luis Jiménez de Asúa la importancia de estas corrientes eclécticas están en que "levantaron como noble enseñanza la autonomía del derecho penal, que mantuvieron el viejo postulado de la imputabilidad y que rechazaron la concepción del tipo delincuente, recibieron del positivismo el método y el sentido defensista y mantuvieron un prudente escepticismo sobre el libre albedrío, negado por un considerable sector de los afiliados a estas tendencias intermedias, aunque buscaron para asentar la responsabilidad penal, bases menos toscas que las del simple hecho de vivir en sociedad o la mecánica retorsión de que si el hombre va determinado al delito, la sociedad está determinada a defenderse". (46)

Es aquí donde aparece la dualidad de los elementos de la culpabilidad: la voluntad y el determinismo. Voluntad que no es pura, que está influenciada por factores exógenos, como los mencionados por los positivistas, y que deben tomarse en cuenta para graduarla.

Así Franz Von List la define como "la responsabilidad del autor por el acto ilícito que ha realizado", es decir, como una relación entre el hecho y el autor. El hecho concreto realizado y considerado culpable es el que proporciona los datos para conocer la naturaleza de su autor y su carácter antisocial revelado en el propio acto, que manifiesta la imperfección de los sentimientos indispensables para la vida en común.

En el año de 1919 se integró en Italia la Comisión para la Reforma de las Leyes Penales, se esperaba de ella un "Código Penal sin culpabilidad" pero para desfortuna de los positivistas no fue así, el estado peligroso apareció

sólo como un elemento esencial de la responsabilidad legal y como medida para individualizar la pena. La culpabilidad apareció en función del hecho concreto y su manifestación (dolo o culpa), y el elemento estado peligroso sirvió para la imposición de la pena. Este proyecto tuvo gran influencia en las legislaciones latinas elaboradas después de 1921, como la mexicana.

Después de estas tribulaciones del concepto, en la teoría moderna el concepto de culpabilidad es asociado a otros conceptos que a veces son considerados elementos, límites, componentes, reguladores, sinónimos, etc., siendo importante relacionar la culpabilidad con la reprochabilidad, la disposición interna contraria a la norma, la posibilidad de realizar otra conducta, la posibilidad de motivarse en la norma, la exigibilidad y el ámbito de libertad.

Siguiendo a Zaffaroni, combinaremos la culpabilidad con estos conceptos, de la siguiente manera:

a) Culpabilidad, reprochabilidad y disposición interna.- Desde el punto de vista normativo la culpabilidad es la reprochabilidad de un injusto a un autor, que sólo será posible si el autor ha obrado con una disposición contraria a la ley.

b) Disposición interna y posibilidad de otra conducta.- La disposición interna contraria a la norma debe incluir la posibilidad de haber obrado de otra manera. Lo que siempre se presenta cuando hay una conducta libre.

c) Disposición interna y responsabilidad de motivarse en la norma.- La posibilidad de actuar de otra manera tiene importancia para la culpabilidad ya que el autor pudo motivarse en la norma y no violarla, pero muchas veces existe la posibilidad de motivarse en la norma, pero no hay

culpabilidad, pues no hay una disposición interna contraria a la norma.

d) Disposición interna y posibilidad exigible de motivarse en la norma.- Luego, para la culpabilidad no sólo es importante la posibilidad de motivarse en la norma, sino que esa motivación sea exigible.

e) Exigibilidad de motivación en la norma y ámbito de libertad.- La exigibilidad se concreta cuando el autor ha tenido cierto ámbito de libertad para motivarse en la norma y no violarla. a') cuando el ámbito de libertad para motivarse en la norma es muy estrecho, y está bajo el lumbral mínimo, no habrá ámbito de libertad y por tanto inexigibilidad de la norma (inculpabilidad); b') cuando está por sobre el lumbral mínimo, la conducta revelará una disposición contraria a la norma, (y cuanto más por sobre él se halle la conducta, mayor será la exigibilidad de motivarse en ella, mayor la disposición interna contraria a la norma y mayor la exigibilidad). c') Luego el ámbito de libertad para motivarse en la norma indica el grado de posibilidad exigible a una conducta motivada en la norma y el grado de responsabilidad (culpabilidad).

Así, para Zaffaroni esta "posibilidad exigible de actuar de otra manera motivándose en la norma, cuando el sujeto tiene la libertad de comprender la norma y cuando la constelación situación no le restringe su ámbito de libertad para motivarse en la norma por debajo del lumbral mínimo".(47). Este es un concepto eminentemente normativo que parte de la base de la motivación de la conducta, motivación que debe darse dentro de la norma para no violarla, actuando de otra manera.

Esta posición parece surgir de las conclusiones de Mezger, para quien cabe destacar tres fases componentes de la culpabilidad: acto de voluntad del autor (componente psicológico de la culpabilidad); los motivos del autor (partes integrantes motivadoras de la culpabilidad); y las referencias de la acción de la personalidad del autor (partes integrantes caractereológicas de la culpabilidad).(48)

La motivación son las representaciones bien procesadas por el autor, que provocan el acto de voluntad del agente.

TEORIAS DE LA CULPABILIDAD

A) La culpabilidad como relación psicológica.

Entiende a la culpabilidad como una relación psicológica entre el autor y el hecho.

Para Sebastián Soler la culpabilidad está integrada por dos elementos:

1.- Vinculación del sujeto con el orden jurídico, que se denomina elemento normativo de la culpabilidad; y

2.- La vinculación subjetiva del individuo a su hecho, que es el elemento psicológico de la culpabilidad.

Se afirma, que el contenido del delito es la conciencia de la criminalidad del acto, es decir, la

comprobación de una discordancia subjetiva entre la valoración debida y el disvalor creado.

Este disvalor se basa en que el sujeto debe tener una conciencia de lo antijurídico de la conducta. En relación a esto Soler afirmó que no es necesario que el sujeto tenga conciencia de lo antijurídico de la conducta específica que realiza, sino en general de que viola el orden moral y jurídico.

Así, esta teoría afirma que habrá culpabilidad jurídico penal cuando pueda establecerse una relación subjetiva entre el acto y su autor, por lo que se determine que el acontecimiento típico y antijurídico fue cometido dolosa o culposamente.

Algunas críticas a esta teoría fueron sus imprecisiones sistemáticas, como no mencionar las relaciones psicológicas que tienen relevancia penal, la falta de explicación respecto de la ausencia de culpabilidad en los casos en que la relación psicológica existe (como el estado de necesidad o en la inimputabilidad) y la imposibilidad de hallar un fundamento a la culpa inconsciente.

B).- Culpabilidad como reprochabilidad.- (Normativismo).

Esta posición no riñe con el psicologismo, sino que viene a enriquecerlo. Es decir, el normativismo es psicologismo y algo más; en donde el "algo más" viene a ser lo fundamental.

En este momento de la evolución del concepto el dolo y la culpa abandonan su atormentada posición dentro de la culpabilidad y van a colocarse al lugar que les corresponde, el tipo. Ya que, como lo hemos dicho, habrá culpabilidad cuando haya posibilidad exigible al autor de actuar de otra manera, motivado en la norma, y la posibilidad

exigible se determina conforme a criterios. El dolo no es ningún criterio que sirva para valorar si el autor pudo hacer algo diferente, sino una forma de hacer lo que hizo.

En el normativismo no sólo es importante saber el contenido subjetivo del delito, sino que entran en juego elementos eminentemente normativos para saber si la conducta debe reprocharse al sujeto por haber podido actuar de otra manera, y sobre todo, si le era exigible motivarse conforme a la norma.

El maestro español Luis Jiménez de Asúa, resume en un párrafo la posición normativista: "Para la concepción normativista de la culpabilidad esta no es una pura situación psicológica. Representa un proceso atribuible a una motivación reprochable del agente. Es decir, que, partiendo de un hecho concreto psicológico, ha de examinarse la motivación que llevó al hombre a esa actitud psicológica, dolosa o culposa. No basta tampoco el examen de esos motivos, sino que es preciso deducir de ellos si el autor cometió o no un hecho reprochable. Sólo podremos llegar a la reprobación de su hacer u omitir si apreciados esos motivos y el carácter del sujeto, se demuestra que se le podía exigir un comportamiento distinto al que emprendió; es decir, si le era exigible que se condujese conforme a las pretensiones del derecho. En suma, la concepción normativa se funda en el reproche, y en la exigibilidad" (49)

Como síntesis de la posición normativista, Sergio Vela Treviño destaca:

1.- La culpabilidad es un juicio de referencia, por referirse al hecho psicológico.- La culpabilidad es un juicio de valoración realizado por el juez para determinar si el acto realizado por el autor le es reprochable y si le era exigible actuar conforme a derecho.

2.- La culpabilidad como proceso atribuible a una motivación reprochable. Cuando un sujeto decide realizar su actividad encaminada hacia la realización de una conducta típica y antijurídica, previamente ha resuelto dentro de sí y a través de un proceso psíquico puro, buscar el resultado querido. Al producirse el resultado buscado, y si éste es típico y antijurídico debe formularse un reproche dirigido al proceso psíquico previo. Entramos a la teoría del "motivo", donde es importante valorar las condiciones que motivaron la conducta para graduar el reproche.

3.- La relación entre la exigibilidad y la reprochabilidad. La exigibilidad consiste en la obligación del sujeto de actuar de manera distinta y no violar la ley, lesionando o poniendo en peligro bienes jurídicamente tutelados. Esta exigibilidad presupone la existencia de una norma jurídico-penal. La exigibilidad tiene dos elementos: el deber y el poder; el deber de actuar conforme al contenido cultural de la norma, es el deber de la obediencia jurídica; el poder actuar conforme a la conducta exigida, debe existir la posibilidad en el sujeto de actuar de acuerdo con la ley; para cumplir con el deber se requiere el poder.

La reprochabilidad es la conclusión del juicio relativo a la culpabilidad y presupone la exigibilidad. Cuando el juez tiene que resolver un caso concreto e individualizarlo, al llegar a la formulación del juicio de reproche debe ocuparse de determinar si al sujeto de que se trata le era exigible, normativamente, un comportamiento diferente al que realizó.

La culpabilidad funciona en la teoría del delito conforme al acto concreto, deben analizarse las condiciones particulares del sujeto en el momento mismo

de la conducta que da como resultado una violación o puesta en peligro de bienes jurídicos, es necesario que la exigibilidad siga este principio.

Debe analizarse si en el momento del acto y en virtud de las circunstancias externas y las condiciones personales, el sujeto podía haber cumplido la exigencia de actuar conforme a la norma.

4.- Fundamentos de la culpabilidad.- Según Sergio Vela Treviño " La culpabilidad tiene como fundamentos la reprochabilidad y la exigibilidad; únicamente cuando hay exigibilidad puede formularse el juicio de reproche y sólo cuando algo se reprocha a alguien podrá haber culpabilidad". Para él, siguiendo la teoría del normativismo "por reprochabilidad debe entenderse el resultado del juicio relativo a la culpabilidad, por el cual el juez resuelve que en un caso concreto y respecto de un sujeto determinado, había exigibilidad de una conducta conforme a derecho, de cuya omisión surge la culpabilidad por el hecho realizado".

Es decir, el titular de la reprochabilidad es el juez. Algunos criticaron al normativismo en este punto, pues señalaban que siendo la culpabilidad una figura subjetiva, cómo una persona extraña al sujeto activo la calificaría; sin embargo, debe decirse que la reprochabilidad es un juicio de referencia que le compete realizar a los tribunales en representación de la comunidad.

El objeto del concepto de reprochabilidad es la voluntad contenida en la conducta. Lo que se reprocha es la omisión de la conducta exigida al autor, que se traduce en una acción que produce un resultado típico y antijurídico

Cuando se analiza la culpabilidad es porque ya se comprobó materialmente un hecho típico y

antijurídico; mediante un análisis material. Al llegar a la culpabilidad el juez tiene que analizar la relación entre el hecho realizado y la voluntad del autor. Debe revisar el contenido de la voluntad, los motivos por los que no actuó conforme a la ley.

De este análisis se dará una graduación del reproche, individualizándolo. Esta individualización deberá realizarse mediante el estudio de los motivos y la total personalidad del autor, de las condiciones en que se concretó la conducta, valorando la exigencia que tenía el sujeto de actuar de otra manera.

Actualmente, el juez, al individualizar la pena, debe analizar estas condiciones para graduar el reproche que dirigirá al sujeto.

A esta teoría se hicieron críticas señalando que, al sacar al dolo y la culpa del centro de la culpabilidad se provocaba un "vaciamiento"; comentario con el que no coincido por lo anotado párrafos arriba.

Para Zaffaroni la culpabilidad es la posibilidad exigible al autor de actuar motivado en la norma, reprochándole no haber actuado apegado a ella.

La posibilidad exigible que el autor tuvo de actuar conforme a derecho es el fundamento del reproche, su razón de ser. El reproche se funda en la posibilidad exigible.

La reprochabilidad es el conjunto de caracteres que una conducta presenta para que le sea reprochado al autor.

El principio de culpabilidad es la aplicación del nullum crimen sine culpa, que puede enunciarse como "no hay pena sin reprochabilidad", o sea, no hay delito sin que el autor haya tenido la posibilidad exigible de actuar conforme a derecho. En realidad el principio nullum crimen sine culpa se refiere a dos estratos diferentes: la tipicidad y la culpabilidad.

El principio de culpabilidad tiene, necesariamente, como presupuesto lógico la libertad de voluntad del hombre. Cuando se desconoce este fundamento no es posible construir la culpabilidad, ni es posible un orden jurídico que regule la conducta de entes responsables. Responsabilidad y libertad son conceptos inseparables.

Podemos definir, pues, a la culpabilidad como el juicio por el cual se reprocha a un sujeto haber realizado un comportamiento típico y antijurídico, cuando le era exigible la realización de otro comportamiento diferente, adecuado a la norma.

Para avanzar, debemos analizar la diferencia entre la culpabilidad y peligrosidad. La peligrosidad es un juicio distinto del de la culpabilidad. La pretensión de reemplazar la culpabilidad por la peligrosidad ha sido superada, sin embargo, aún ahora, los Códigos Penales cometen el error de confundir el camino. La peligrosidad se encuentra enunciada como juicio para individualizar la pena, residuo del positivismo que debe desaparecer.

La peligrosidad es un juicio acerca de la posibilidad de devenir del autor del delito, es una mera probabilidad de daño, que la ley expresa como "peligro" o

"peligroso", pero que sólo es una parte en la teoría de la pena y no un sinónimo o equivalente de culpabilidad.

La peligrosidad nada tiene que ver con la culpabilidad en cuanto a su naturaleza, en ella no hay ningún reproche normativo, es un juicio de probabilidad que se establece en base a circunstancias particulares. La peligrosidad no integra a la culpabilidad.

Es innegable que se ha superado teóricamente que el juicio que el juez debe realizar al individualizar la pena, es el que surge de la exigibilidad, analizando las condiciones personales y circunstancias externas, así como la carga de voluntad en el acto, para graduar el grado de reproche.

No es posible fundar esta graduación en un juicio de probabilidad, como lo es la peligrosidad, ni en un análisis de personalidad que nos llevará a concluir que los más retrasados social y culturalmente serán los más peligrosos, sustentando así un derecho de clase.

Bastante razón tiene Fevrbach al afirmar que sólo podrían ser exactamente fijadas las características del hecho y no las de la personalidad del autor, pudiéndose penar sólo sin mirar a la persona, sino a la gravedad del delito (que ya llevaría la carga de voluntad del autor).

Con todo lo anterior anotado hemos dado un brevísimo recorrido por la teoría de la culpa, y estamos en aptitud de hacer la reflexión sobre el objeto de este capítulo.

CULPABILIDAD DISMINUIDA.

Al inicio del presente capítulo ubiqué el objeto de él en contestar algunas preguntas harto discutidas, pensando concluir con la proposición de una tesis acerca del tratamiento que la ley penal debe dar al menor de edad.

Una vez que hemos hecho un rápido recorrido por figuras tan importantes como la imputabilidad, la imputabilidad disminuida y la culpabilidad, contamos ya con los elementos necesarios para plantear un serio análisis del tema.

¿Los menores son imputables? ¿Son capaces de comprender la antijuricidad de sus conductas? ¿Está dirigida a ellos la norma penal? ¿Será, a caso, una imputabilidad disminuida la que en ellos se presenta? ¿Es exigible a ellos una conducta motivada en la norma? ¿Debe reprochárseles la violación de la ley penal? O, tal vez, sea mejor excluirlos del derecho penal de plano, sin tratar de responder los anteriores cuestionamientos. Esta ha sido sin duda la más cómoda posición para no entrar en el análisis de temas tan escabrosos y complicados. Pero, a mi juicio, es necesario realizar un intento por desentrañar la respuesta correcta; no podemos continuar en una posición tan cómoda para nosotros, pero tan costosa para los menores, quiénes han visto cerradas las puertas de la justicia en aras de una muy mal entendida protección.

Comencemos por el principio. ¿Los menores son imputables? Sí. Indudablemente que sí. Hemos dicho que la imputabilidad es la capacidad de la persona para conocer y

comprender la antijuricidad de su conducta y para regularse a esa comprensión. Los menores de dieciocho años (límite fijado en la ley) tienen la capacidad suficiente para darse cuenta y valorar el contenido de su conducta; es innegable que un menor de dieciocho años puede poner en juego su inteligencia y afecto para llegar a realizar un juicio acerca de la conducta que realiza.

El desarrollo biopsicosocial necesario para que el sujeto conozca hechos, entienda su trascendencia normativa y adhiera su voluntad y afectividad a la norma (Luis Rodríguez Manzanera) puede presentarse antes de que se cumplan los dieciocho años.

Actualmente no podemos afirmar que un joven menor de dieciocho años, del siglo XX, carezca de los elementos cognoscitivos y afectivos para saber qué conductas causan un daño social por lesionar o poner en peligro bienes jurídicamente protegidos. En ese momento del desarrollo se cuenta ya con las condiciones físicas y psíquicas necesarias para ser causa eficiente (Manzini) de la violación de un precepto legal. La actividad debe considerarse como consciente (salvo que intervenga otro elemento, no la simple edad, para anular la consciencia) porque puede existir la confrontación de las posibilidades simultáneas que se presentan en su mente, y existe ya el cúmulo de experiencias necesarias para escoger libremente entre ellas.

Es decir, la edad por sí sola no puede considerarse como una causa para limitar la consciente y libre actividad. Los menores de dieciocho años pueden elegir libre y conscientemente entre respetar la ley o violarla.

Aún si seguimos las definiciones que tienen un contenido eminentemente jurídico, llegaremos a la misma conclusión. En efecto, si aceptamos que la imputabilidad es la capacidad de autodeterminación del hombre para actuar conforme con el sentido, teniendo la facultad, **reconocida normativamente**, de comprender la antijuricidad de su conducta (Vela Treviño) ó que es la capacidad volitiva e intelectual **legalmente reconocida** que condiciona la voluntad del agente, terminaremos aceptando que el menor es imputable.

Veamos, tradicionalmente la ley penal ha establecido, por exclusión, a quiénes no va dirigido su contenido normativo. Tratándose de menores los excluye de su aplicación, pero en ningún momento dice que son inimputables, que carecen de la capacidad o condiciones para conocer y entender la antijuricidad de su conducta. Quien les ha declarado inimputables es la teoría del delito, no la ley penal. Podemos decir, que la ley penal para adultos los excluye de su ámbito, pero no afirma que no pertenezcan a otro nivel de ley penal.

En efecto, si pensamos en la co-relación entre imputabilidad y la responsabilidad, veremos como los menores de edad también son responsables social y jurídicamente de los actos que realizan. La responsabilidad es la consecuencia de la conducta que realizan; ciertamente, responder viene del latín **respondere** que significa, en la acepción que nos importa: **estar obligado**.

Esta responsabilidad trae consecuencias jurídicas, una penal que supone que alguien debe recibir una pena, y otra civil, que importa la indemnización que alguien debe pagar por el daño producido por la conducta. La

responsabilidad penal es la consecuencia de la causalidad material del resultado, de la injusticia del acto.

Los menores son penalmente responsables por los actos antijurídicos que realizan, de ellos se deriva una consecuencia, que si bien no se le ha llamado "pena" sino "medida de seguridad", en el fondo es una privación de derechos, en esencia es una retribución por el daño social causado, que se esconde bajo la pretensión de "educar", pero que no logra dicho objetivo.

Si hemos afirmado que los menores son capaces de conocer y comprender, y que tienen la responsabilidad penal, ya que se les reprocha la conducta y se imponen penas. ¿Cómo deben ubicarse sus conductas antijurídicas?.

Se debe crear un Sistema integral de derecho penal que incluya:

A).- a) Código Penal para adultos imputables, b) Código Procesal Penal para adultos imputables, c) Código Ejecutivo Penal para adultos imputables;

B).- a) Código Penal para adultos inimputables permanentes, b) Código Procesal Penal para adultos inimputables permanentes, c) Código Ejecutivo Penal para inimputables permanentes;

C).- a) Código Penal para menores imputables, b) Código Procesal Penal para menores imputables, c) Código Ejecutivo Penal para menores imputables;

D).- a) Código Penal para menores inimputables permanentes, b) Código Procesal Penal para menores inimputables permanentes, c) Código Ejecutivo Penal para menores inimputables permanentes .(50)

Los menores de dieciocho años según el Código Penal Federal escapan a la aplicación de la ley penal de adultos, son inimputables para ella por una presunción juris et de jure, pero son imputables para su propio régimen de derecho penal.

Aún si aceptamos que una causa de inimputabilidad es la falta de desarrollo (minoría), diremos que esa es la causa para escapar del derecho penal de adultos, pero no del de menores. Debemos estar acordes a lo establecido por la ley alemana (Jugendgerichtsgesetz), al disponer que un joven es penalmente responsable cuando al tiempo del hecho es lo suficientemente maduro para comprender lo injusto del hecho y conducirse conforme a esta comprensión.

Es decir, también debe existir un límite de edad inferior, debe establecerse una presunción juris et de jure para los niños que aún no han alcanzado ni siquiera un desarrollo mínimo, y ellos serán inimputables para la ley de menores. Así mismo, aquellos que presenten una enfermedad mental que les anule su capacidad de comprender la ilicitud de la conducta, deberán ser considerados inimputables permanentes y les será aplicable una ley especial.

No debemos pensar que estas afirmaciones nos lleven a concluir que los menores deben regresar al Sistema Penal para Adultos; No. Debe crearse un sistema penal para menores imputables y otro para inimputables permanentes, en donde se establezcan mínimos y máximos de edad para aplicar la ley y se determinen las causas de inimputabilidad permanente.

Para encontrar el criterio con que debe conformarse dicho sistema penal, debemos analizar el grado de responsabilidad de los menores, para graduar las sanciones a ellos aplicables.

Podríamos pensar que se trata de un caso de imputabilidad disminuida. De hecho así se le considera en el Código Penal del Estado de Jalisco de 1982.

Sin embargo, estimo que la imputabilidad, como capacidad psicológica es una e indivisible, o se tiene o no se tiene. Al analizarla contemporánea al delito, sólo podemos concluir si existió o no, nunca un término medio.

Estoy con lo afirmado por Zaffaroni, la imputabilidad disminuída es en realidad un **supuesto de culpabilidad disminuida**. En este sentido sí podemos aceptar que la conducta de menores presenta una imputabilidad disminuida. Si la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, debemos buscar en ella (la culpabilidad) la respuesta acerca de la conducta de los menores.

La culpabilidad, entendida como el juicio de reproche que se hace a un sujeto por haber realizado una conducta típica y antijurídica, cuando le era exigible actuar conforme a la norma, sí se presenta en los menores. Hemos dicho que son imputables, que tienen la responsabilidad social y penal de conducirse conforme a la norma, es decir, si está dirigida a ellos la exigencia de motivarse en la norma y actuar conforme a ella, y sí se les reprocha el poner en peligro o lesionar bienes jurídicos.

En todo autor de una conducta típicamente antijurídica, joven como adulto que se encuentre al tiempo de ejecutar la acción en un estado de conciencia y de salud mental que garantice su libre determinación de libertad, habrá juicio de reproche.

El señor Vela Treviño acepta que: "en los menores como en los enajenados hay una voluntad que se manifiesta exteriormente con pleno uso de facultad de autodeterminación, y , no obstante, no hay imputabilidad, porque falta en ellos, y así lo establece la ley, la suficiente comprensión de lo ilícito de su hacer y de su actuar" (51) Acepta la capacidad del menor de edad, pero por enunciado de ley se les niega la suficiente capacidad para aplicarles esa ley, pero no la aplicación de otro sistema, ni el reproche de la conducta.

Las conductas de los menores son culpables, la esencia de la culpabilidad se encuentra en la exigibilidad de conducirse de acuerdo con el deber de respetar las disposiciones jurídicas. El núcleo de la culpabilidad se halla en la posición del autor ante las exigencias de la comunidad.

El mero hecho psicológico, asume rango jurídico y se transforma en dolo o culpa, si se demuestra que ese deber intencional pudo y debió evitarse, si se concluye en el juicio de referencia sobre aquel hecho psicológico, que era exigible al autor obrar de otro modo distinto, habrá culpa. De aquí se deduce: a) Que la culpabilidad es graduable, según sea más o menos exigible el comportamiento con arreglo al deber; b) Que el juicio hace surgir dos

especies de culpabilidad; c) Que esas dos especies son el dolo y la culpa.

Si aceptamos que la culpabilidad es graduable, aceptaremos no que existe una imputabilidad disminuida, sino una culpabilidad disminuida, que constituye una causa necesaria de atenuación de la culpabilidad; culpabilidad disminuida determina pena disminuida, por lo cual el único postulado que cabe derivar de la tesis de imputabilidad disminuida es que provoca una obligatoria causa de atenuación de pena.

Y así ha sido aceptado por los sistemas penales mexicanos de 1871 y 1929, cuyas normas eran más felices que las actuales, pues reducían la pena a los jóvenes, basados en la culpabilidad disminuida. Indudablemente los teóricos de aquella época no temían a las tribulaciones de los conceptos esenciales del derecho penal y no cerraban los ojos a la problemática del menor, no usaban eufemismos para ocultar el problema.

El fundamento para hablar de culpabilidad disminuida se encuentra en los llamados reductos de la libertad.

Hemos afirmado que hay posibilidad exigible de actuar de otra manera motivándose en la norma cuando el sujeto: a) tiene la posibilidad de comprender la norma y cuando, b) la constelación situacional no le restringe su ámbito de libertad para motivarse en la norma por debajo del lumbral mínimo de libertad.

Es decir, el sujeto puede tener un ámbito de libertad estrecho, por debajo del lumbral mínimo, o muy amplio, sobre el lumbral mínimo. Cuanto más ámbito de libertad presente el sujeto, más exigible le será actuar conforme a la norma y el reproche será mayor.

En el menor de edad ese ámbito de libertad es más reducido que en el adulto, por carecer de las experiencias suficientes para valorar adecuadamente el contenido de su conducta, le será exigible una conducta motivada en la norma, pero el reproche (culpabilidad) será menor al adulto, cuyo lumbral de libertad es mayor.

Zaffaroni habla de los reductores de la libertad, concepto por demás trascendente, que dan origen a la inculpabilidad: a) la posibilidad de comprensión de la antijuricidad, que puede funcionar por: 1.- Incapacidad psíquica que le impida al sujeto la comprensión de la antijuricidad; y 2.- error invencible de prohibición que haga imposible esa comprensión. b) La constelación situacional contingente, que provoca inculpabilidad cuando su grado sea tal que se halle por debajo de la exigibilidad jurídico-racional de otra conducta. Se presenta: 1.- Estado de necesidad inculpante; 2.- Supuestos de inexigibilidad de la conducta diferente motivada en la norma; 3.- Imposibilidad de dirigir la conducta emergente de incapacidad psíquica.(51)

Zaffaroni habla de los reductores de la libertad, pero sólo menciona como consecuencia de ellos la inculpabilidad.

Sin embargo, el Doctor Luis de la Barreda Solórzano en un importante artículo habla de ellos de manera

más amplia y resuelve el problema de la culpabilidad de los menores.

Para el Doctor de la Barreda el principio cultural de la libertad del hombre hace que el Estado carezca de legitimación para llevar su potestad punitiva más allá de lo que corresponde, en el caso concreto, al reproche que puede formularsele a un hombre capaz de asumir su responsabilidad.

Para esta análisis acepta el concepto positivista de que la pena es una retribución. De esta manera el concepto de retribución como "pago" se utiliza en favor de los individuos y como una limitación del Estado.

En efecto, si el individuo debe "pagar" por lo que hizo, el Estado está facultado, en nombre de la sociedad, a "cobrarse" y a "hacer justicia", el "pago" debe ser proporcional por lo que se hizo y al ámbito de libertad (exigibilidad) que tenía el sujeto al actuar. De otra suerte, ya no se trataría de un "pago" por lo que se hizo, sino de un "pago" y algo más (un ingrediente adicional que ya no correspondería al pago).

He aquí la propuesta de la Barreda:

Tesis: El principio de retribución permite entregar al ciudadano al poder omnímodo del Estado.

Antítesis: El principio de retribución debe ser desechado en virtud de que es un remanente de la nefasta ley del talión.

Síntesis: El principio de retribución y, con él, la idea de culpabilidad, deben emplearse para preservar al ciudadano, y con él a la sociedad civil, del abuso del poder estatal.

La validez de esta tesis, por supuesto, también implica una obligación para el ciudadano: si su conducta le es reprochable, el debe "cargar" con la pena, pues de otro modo sin duda se deformaría el principio de culpabilidad.

Ante una conducta antisocial, se contraponen dos intereses particulares, el del activo y el del pasivo (sea unitario o múltiple). Y el Estado debe satisfacer ambos intereses ¿Cómo se logra esto? Puniendo la conducta punible, pero dentro de ciertos límites.

Quien delinque está obligado a soportar la imposición de una pena, porque como miembro de una sociedad civil tiene que responder para la salvaguarda del orden de ella, por su conducta, en la medida de la culpabilidad. Pero, ¿Cuál es la medida de la culpabilidad de los menores? ¿Cómo se gradúa?

Veamos cuales son los elementos de la culpabilidad y cómo se combinan:

L: Licitud.

—

L: Ilicitud.

B: Ejercicio de la libertad.

—
B: No ejercicio de la libertad.

H: Existencia de reproche.

—
H: No existencia de reproche.

R: Reductores de la libertad.

—
R: No existencia de reductores.

Los reductores son: el error y la no exigibilidad de la conducta, debidamente graduada.

La fórmula de la culpabilidad es:

— —
Culpabilidad: $L(B + R + H)$

Las demás combinaciones darán estos resultados:

—
 $L(B + R + H)$ Culpabilidad atenuada.

— —
 $L(B + R + H)$ No existe (posibilidad sintáctica).

— — —
 $L(B + R + H)$ No existe.

— — — —
 $L(B + R + H)$ No existe.

$L(B + R + H)$ No existe.

— — —
 $L(B + R + H)$ Inculpabilidad.

La fórmula en los menores de edad es:

$$\frac{-}{L (B + R + H)}$$

Existe la ilicitud y la conducta se realiza en ejercicio de la libertad, sin embargo, existe en elemento reductor del ejercicio de tal libertad: La persona no ha completado su proceso de madurez, su ámbito de libertad está por debajo del lumbral mínimo, la exigibilidad es menor y el reproche debe ser menor.

Hemos dicho que a culpabilidad disminuida corresponde pena también disminuida.

Por eso, hemos dicho que eran más felices las normas penales que daban este tratamiento al menor, pues concebían su culpabilidad disminuida, su error fue no crear un derecho penal especial que contemplara dicha situación.

Para concluir este capítulo diré que los menores son delincuentes, cometen delitos, son imputables y culpables. La ley penal debe reintegrarlos a su seno, en su propio sistema, para evitar que se sigan cometiendo injusticias bajo el pretexto de protegerlos.

Esta ley deberá considerar penas menores a las de los adultos, pues la culpabilidad de los menores, por presentar un reductor de la libertad, es inferior a la de los adultos.

LA REFORMA AL ARTÍCULO 18 CONSTITUCIONAL

Publicada en el Diario Oficial de la Federación del día doce (12) de diciembre del año dos mil cinco (2005), se ha realizado una profunda reforma al artículo 18 Constitucional; la reforma entró en vigor el día doce (12) de marzo del año dos mil seis (2006); se ha decretado un término de 6 meses para crear el Sistema Integral de Justicia Penal para Menores delincuentes.

¿Cuáles han sido los motivos del constituyente permanente para la reforma, sólo apuntaremos algunas consideraciones que en la exposición de motivos y las reuniones de trabajo se apuntaron al respecto:

- **La justicia penal** para adolescentes se encuentra notoriamente retrasada y no satisface las exigencias de un verdadero sistema de justicia para ellos.
- Se tiene la necesidad de realizar una **redefinición de los sistemas de justicia** que se aplican a los menores de edad, partiendo de una reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- La reforma deberá establecer los principios, lineamientos y los criterios respecto de los cuales descansará el nuevo sistema.
- El llamado **"Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes"**, estará dirigido a toda persona mayor de 12 y menor de 18 años de edad, **que haya cometido una conducta tipificada como delito por las leyes penales.**
- El nuevo sistema debe estar influenciado por los principios que se contienen en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, aquellos derivados de la reforma al artículo 4o Constitucional del año de 1999 y de los propios principios de la Ley

para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de abril del año 2000.

En la reforma al artículo 18 Constitucional se sentarán las bases para que la Federación, los Estados y el Distrito Federal implementen, en el ámbito de sus respectivas competencias, un **sistema integral de justicia penal para adolescentes**, en el que se garanticen los derechos que la propia Constitución establece a todo individuo, así como los derechos específicos que tienen como personas en pleno desarrollo.

C O N C L U S I O N E S:

Para concluir este trabajo de investigación diré:

PRIMERO.- Los menores son delincuentes, cometen delitos, son imputables y culpables.

SEGUNDO.- La ley penal debe reintegrarlos a su seno, en su propio sistema, para evitar que se sigan cometiendo injusticias bajo el pretexto de protegerlos, bajo la teoría del Estado Paternal sustituto de los malos padres biológicos, destruyendo esta posición arcaica.

TERCERO.- Debe el Legislador trabajar una Ley en la que se desarrolle un sistema de aplicación de sanciones o penas a menores de menor gravedad que las establecidas para los adultos, pues la culpabilidad de los menores, por presentar un reductor de la libertad, es inferior a la de los adultos.

CUARTO.- Pero especialmente, las Instituciones que se encargan de atender a los menores que han actuado contraviniendo las normas penales, deben velar por el respecto irrestricto de las garantías individuales, incluidas las garantías procesales, que como seres humanos, tienen los menores tuteladas en la Constitución General de la República.

Está será la lógica solución al planteamiento original motivado en la investigación.

Abordar el tema exigirá, en el futuro, darle cuerpo a la legislación que se propone, construir un conjunto de normas que regulen la actividad del órgano jurisdiccional cuando un menor ingresa al mundo penal, la legislación debe

contener las descripciones típica, los procedimientos y las medidas de tratamiento, sólo así, se alcanzará el fin último de esta reflexión; de modo pues que queda trabajo por realizar, metas por alcanzar, pero todas ellas inspiradas en la plena vigencia de un estado de derecho para los menores que en situación apremiante se ven involucrados en la fatalidad del mundo penal.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- 1) FELLINI, Zulita. LA SITUACION DEL MENOR QUE DELINQUE COMO PROBLEMA DE DERECHO PENAL.
- 2) Idem. Pág. 2.
- 3) Idem. Pág. 3.
- 4) VIÑAS. Raúl Horacio. DELINCUENCIA JUVENIL Y DERECHO PENAL DE MENORES. Editorial EDIAR. 1983. Pág. 47.
- 5) ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, Olga. ANALISIS LOGICO DE LOS DELITOS CONTRA LA VIDA E INTEGRIDAD DE LAS PERSONAS. Editorial TRILLAS. Págs. 12, 18 y 42.
- 6) Idem pág. 24.
- 7) MORAL A NICOMACO. Editorial ATENEO. Libro V. Capítulo VI.
- 8) PAVON VASCONCELOS. Imputabilidad e Inimputabilidad. Editorial Porrúa. México 1982. Pág. 13.
- 9) Idem. Pág. 58.
- 10) Idem. Pág. 59.
- 11) VELA TREVIÑO, Sergio. Op. Cit. Pág. 10.

- 12) GARCIA RAMIRO SERGIO. LA IMPUTABILIDAD EN EL DERECHO PENAL MEXICANO. Instituto de Investigaciones jurídicas. UNAM 1968.
- 13) VELA TREVIÑO, Sergio. CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD. Editorial TRILLAS. México 1986. Pág. 12.
- 14) Idem. Pág. 14.
- 15) PAVON VASCONCELOS, Francisco. Op. Cit. Pág. 15.
- 16) JIMENEZ DE ASUA, Luis. Op.Cit. Pág. 85.
- 17) MEZGER,Edmundo. DERECHO PENAL. Parte General.Cárdenas Editor y Distribuidor. Pág. 31.
- 18) GARCIA RAMIREZ, Sergio. Citado por. Op. Cit. Pág. 16.
- 19) JIMENEZ DE ASUA, Luis. Op. Cit. Pág. 85.
- 20) VELA TREVIÑO, Sergio.Culpabilidad e Inculpabilidad. Pág. 28.
- 21) GARCIA RAMIREZ, Sergio. Imputabilidad. Pág. 18.
- 22) PAVON VASCONCELOS, Francisco. Citado por Imputabilidad. Pág. 119.
- 23) GARCIA RAMIREZ, Sergio. Op. Cit. Pág. 18.
- 24) JIMENEZ DE ASUA, Luis. LA LEY Y EL DELITO. Editorial LOSADA. Buenos Aires. 1977. Pág. 361.
- 25) CUELLO CALON. DERECHO PENAL. TOMO I. Editorial PORRUA. México. Pág. 433.

- 26) PAVON VASCONCELOS, Francisco. Op. Cit. Pág. 120.
- 27) CODIGO PENAL DE VERACRUZ.
- 28) PAVON VASCONCELOS, Francisco. Op. Cit. Pág. 125.
- 29) GARCIA RAMIREZ, Sergio. Op. Cit. Pág. 23.
- 30) PORTE PETIT, Celestino. APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL. Editorial PORRUA. México 1987. Pág. 403.
- 31) JIMENEZ DE ASUA, Luis. LA LEY Y EL DELITO. Pág. 360.
- 32) GARCIA RAMIREZ, Sergio. Op. Cit. Pág. 23.
- 33) VELA TREVIÑO, Sergio. CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD. Pág. 47.
- 34) Idem. Pág. 45.
- 35) VELA TREVIÑO, Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad. Pág. 45.
- 36) CARRANCA Y TRUJILLO. DERECHO PENAL MEXICANO. TOMO II. Editorial PORRUA. México 1986. Pág. 277.
- 37) VELA TREVIÑO, Sergio. CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD. Editorial TRILLAS. 1986. Pág. 49.
- 38) ZAFFARONNI. TEORIA DEL DELITO, Eugenio Raúl. TEORIA DEL DELITO. Editorial LOSADA. Buenos Aires. 1973. Pág. 598.
- 39) GARCIA RAMIREZ, Sergio. Op. Cit. Pág. 39.
- 40) GARCIA RAMIREZ, Sergio. Citado por, Op. Cit. Pág. 41.

- 41) SECRETARIA DE JUSTICIA. TRABAJOS DE REVISION DEL CODIGO PENAL. TOMO II. Pág. 431.
- 42) CODIGO PENAL DE 1929. EXPOSICION DE MOTIVOS.
- 43) CENICEROS Y GARRIDC, José Angel. LA LEY PENAL MEXICANA. Editorial BOTAS. México 1936. Pág. 19.
- 44) GARCIA RAMIREZ, Sergio. Op. Cit. Pág. 100.
- 45) JIMENEZ DE ASUA, Luis. Op. Cit. Pág. 20.
- 46) VELA TREVIÑO, Sergio. CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD. Pág. 140.
- 47) JIMENEZ DE ASUA, Luis. TRATADO DE DERECHO PENAL. TOMO II. Pág. 105.
- 48) VELA TREVIÑO. Op. Cit. Pág. 141.
- 49) CARRARA, Francisco. PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL. EDITORIAL TEMIS. Bogotá. 1956. Pág. 48.
- 50) JIMENEZ DE ASUA, Luis. Op. Cit. Págs. 82-83.
- 51) Idem. Pág. 228.
- 52) VELA TREVIÑO, Sergio. CULPABILIDAD Y INCULPABILIDAD. Pág. 146.
- 53) JIMENEZ DE ASUA, Luis. TRATADO. TOMO II. Pág. 86.
- 54) ZAFFARONNI, Eugenio Raúl. TEORIA DEL DELITO. Editorial LOSADA. Pág. 509.

- 55) VELA TREVIÑO, Sergio. Op. Cit. Pág. 151.
- 56) JIMENEZ DE ASUA, Luis. TRATADO. TOMO V. Pág. 164.
- 57) ESCOBEDO TORRES, Alfonso. SISTEMA INTEGRAL DE JUSTICIA PENAL PARA EL ESTADO DE ZACATECAS. CUADERNOS UNIVERSITARIOS. U.A.Z. Pág. 10.
- 58) VELA TREVIÑO, Sergio. Op. Cit. Pág. 234.
- 59) ZAFFARONNI, Eugenio Raúl. TEORIA DEL DELITO. Pág. 22.