

CULPABILIDAD DISMINUIDA

Al inicio de la investigación ubique su objeto 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, de ofrecer una opción de tratamiento jurídico penal distinto al fenómeno de los menores delincuentes.

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 acaso 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, quienes han visto cerradas las puertas de la justicia en aras de una muy mal entendida protección paternal estatal.

Comencemos por el principio. *¿Los menores son imputables?* Sí. Indudablemente que sí. He 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 18 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 18 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 (maestro Luis Rodríguez Manzanera), puede presentarse antes de que se cumplan los 18 años.

Actualmente no podemos afirmar que un joven menor de 18 años, del siglo XXI, 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 conciencia) 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 18 años pueden elegir libre y conscientemente entre respetar la ley o violarla.

Aun 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) o que es la capacidad volitiva e intelectiva *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 correlación entre imputabilidad y la responsabilidad, veremos cómo los menores de edad también son responsables social y jurídicamente de los actos que realizan. La responsabilidad es la consecuencia de la conducta que concreta 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? Debe crearse un sistema integral de Derecho Penal que incluya:

A).- 1) Código Penal para adultos imputables,
2) Código Procesal Penal para adultos imputables,
3) Código Ejecutivo Penal para adultos imputables;

B).- 1) Código Penal para adultos inimputables permanentes, 2) Código Procesal Penal para adultos inimputables permanentes, 3) Código Ejecutivo Penal para inimputables permanentes;

C).- 1) Código Penal para menores imputables,
2) Código Procesal Penal para menores imputables,
3) Código Ejecutivo Penal para menores imputables;

D).- 1) Código Penal para menores inimputables permanentes, 2) Código Procesal Penal para menores inimputables permanentes, 3) Código Ejecutivo Penal para menores inimputables permanentes.⁵⁷

Los menores de 18 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.

Aun 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, que 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.

⁵⁷ ESCOBEDO TORRES, ALFONSO. *Sistema integral de justicia penal para el estado de Zacatecas*, Cuadernos Universitarios, Universidad Autónoma de Zacatecas, p. 10.

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 como contemporánea del delito, sólo podemos concluir si existió o no, nunca un término medio.

Estoy con lo afirmado por Zaffaroni, que la imputabilidad disminuida 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,

que sí 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 o 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 acción, habrá juicio de reproche. 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”.⁵⁸ 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

⁵⁸ VELA TREVIÑO, SERGIO. *Op. cit.*, p. 234.

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.

He 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 umbral mínimo de libertad.

Es decir, que el sujeto puede tener un ámbito de libertad estrecho, por debajo del umbral mínimo, o muy

amplio, sobre el umbral 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 umbral 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.⁵⁹

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

⁵⁹ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. Op. cit., p. 22.

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 formulársele a un hombre capaz de asumir su responsabilidad.

Para este 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 De la Barreda:

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

Antítesis: El principio de retribución debe ser desecharido 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, él 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 cuáles son los elementos de la culpabilidad y cómo se combinan:

L: Licitud.

\bar{L} : Illicitud.

B: Ejercicio de la libertad.

\bar{B} : No ejercicio de la libertad.

H: Existencia de reproche.

\bar{H} : No existencia de reproche.

R: Reductores de la libertad.

\bar{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: $\bar{L}(B + \bar{R} + H)$

Las demás combinaciones darán estos resultados:

$\bar{L}(B + R + H)$ Culpabilidad atenuada.

$\bar{L}(B + R + \bar{H})$ No existe (posibilidad sintáctica).

$\bar{L}(B + \bar{R} + \bar{H})$ No existe.

$\bar{L}(\bar{B} + \bar{R} + \bar{H})$ No existe.

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

$\bar{L}(\bar{B} + R + \bar{H})$ Inculpabilidad.

La fórmula en los menores de edad es:

$\bar{L}(B + R + H)$

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

Hemos dicho que a culpabilidad disminuida corresponde pena también disminuida.

Por eso, he 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 parte de la investigación, diré que los menores son delincuentes, cometan 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.

Como señalé, al iniciar este trabajo para ser publicado en la serie "Cuadernos de la Judicatura", es una parte del estudio de tesis de grado, motivo por el que algunas cuestiones quedan tan sólo planteadas y no ofrezco una respuesta.