

# EL MENOR COMO SUJETO DE DERECHO PENAL

POR OLGA ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL

*SUMARIO: 1. Introducción; 2. Marco normativo del menor; 3. Los menores como sujetos de derecho penal; 4. El problema de la imputabilidad de los menores; 5. Algunas consideraciones acerca del régimen jurídico aplicable a los menores imputables.*

## 1. *Introducción*

La problemática de los menores ha sido abordada por los especialistas y, en general, por los juristas que en alguna forma se han abocado al tema, desde una perspectiva muy limitada y reduccionista.

La simplificación ha llegado a un extremo tal que la compleja variedad de los problemas relativos a los menores parece agotarse en un par de interrogantes: 1) ¿Los menores son imputables o inimputables? 2) ¿Los menores se encuentran dentro o fuera del derecho penal?

La consecuencia inevitable de este simplismo está a la vista: el debate, en vez de avanzar hacia el esclarecimiento, se ha oscurecido y, lo que es peor, contaminado con un discurso puramente emotivo que toma dos direcciones: o es puramente paternalista o es acentuadamente represivo, so pretexto del aumento de la delincuencia, y todo ello en perjuicio, directo e inmediato de los propios menores.

El análisis metódico hace evidente que el universo de las diferentes clases de problemas es traducible a un número todavía indefinido de interrogantes. He aquí algunas, formuladas desde una perspectiva jurídica: 1) ¿Los menores son, o no, sujetos de derecho penal?; 2) ¿los menores son, o no, imputables?; 3) ¿los menores cometen, o no, delitos?; 4) ¿las sanciones que se ejecutan en los menores son, o no, penas?; 5) el ¿lugar donde son coactivamente internados tienen, o no, las características de una prisión?; 6) ¿el procedimiento a que se les somete es, o no, un juicio

penal?; 7) ¿los menores deben gozar, o no, de las garantías constitucionales en materia penal?; 8) ¿el régimen jurídico al que se encuentran sometidos los menores en la realidad mexicana es tutelar, correccional o penal?; 9) ¿cuál es la situación de los menores en el ámbito local y cuál en el ámbito federal?; 10) ¿cuál debe ser la edad frontera entre la minoría y la mayoría de edad penal?

Las respuestas que se den a estas interrogantes dependerán, en un sentido, de la concepción filosófica que se tenga del mundo y de la vida: idealismo o realismo, y, en otro, de la ideología que inevitablemente permea a toda persona que investiga cualquier sistema de problemas sociales. En este trabajo se asumen el realismo filosófico y la ideología de los derechos humanos. Razón: uno y otra armonizan con el conocimiento genuino y con las aspiraciones legítimas y realistas del mayor número de seres humanos que, aunque sea en términos puramente hipotéticos, pueden verse implicados en la problemática jurídica de los menores.

Los planteamientos inadecuados y las soluciones unilaterales tienen que ceder su sitio a explicaciones y soluciones plurales y coherentes entre sí; pero esto será posible sólo cuando en la investigación de la problemática de los menores concurren todas las áreas del conocimiento.

En este trabajo se analizarán, exclusivamente —por haberlo distribuido así la instancia organizadora de esta reunión—, los problemas inherente al menor como sujeto de derecho penal.

## 2. Marco normativo del menor

### A) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

La Constitución, en el párrafo cuarto del artículo 18 estipula: “La Federación y los gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores.” De la lectura de este texto constitucional, ligado a la totalidad de disposiciones contenidas en el artículo 18, se advierte que únicamente alude a la organización del régimen de ejecución relativo a los menores. Habla de “tratamiento”, dentro de un contexto referente a la ejecución de sanciones. No da pautas ni para entender quiénes son “menores infractores” ni para precisar su edad mínima y su edad máxima; muchísimo menos para desprender

de ahí soluciones a problemas tan específicos como los de la imputabilidad e inimputabilidad.

B) *Código penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la república en materia de fuero federal*

El Código penal contiene, en los artículos 119 a 122, ubicados en el capítulo único (de los menores) del título sexto denominado “delincuencia de menores”, la normatividad penal federal concerniente a los menores. El primero de los artículos citados señala que los “menores de dieciocho años que cometan infracciones a las leyes penales serán internados por el tiempo que sea necesario para su corrección educativa”. El texto anterior hace ver que en materia federal solamente se contempla la hipótesis en que los menores cometan infracciones a las normas penales. No se consideran otras clases de infracciones ni conductas que hagan presumir inclinación a causar daños, como acontece en la Ley que crea el Consejo Tutelar para menores infractores del Distrito Federal.

El artículo 120, además de incluir las medidas aplicables a los menores, destaca que en la aplicación de las mismas se deberá tomar en cuenta lo dispuesto en el artículo 52 del propio ordenamiento penal.

El Código penal no establece edad mínima límite para excluir plenamente de responsabilidad a los menores que no han alcanzado un mínimo de desarrollo psicobiológico. Tampoco hace señalamiento especial de los menores en la fracción II del artículo 15, que se refiere al trastorno mental transitorio y a las hipótesis de inimputabilidad permanente.

C) *Ley que crea el Consejo Tutelar para menores infractores del Distrito Federal*

La Ley que crea el Consejo Tutelar para menores infractores del Distrito Federal, publicada en el *Diario Oficial* de la Federación el 2 de agosto de 1974, sustituye, por un lado, a la Ley orgánica y normas de procedimiento de los tribunales de menores y sus instituciones auxiliares, de 1941, y, por otro, excluye del Código penal la materia de menores en el área del fuero común. En el artículo 1º transitorio expresamente se dice: “...quedarán derogados los artículos 119 a 122 del Código penal para el Dis-

trito y Territorios Federales en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal de 13 de agosto de 1931, sólo por lo que se refiere al Distrito Federal...”

Esta Ley, tampoco dispone nada sobre la edad de los menores a quienes, por su plena falta de madurez, no se les puede fincar responsabilidad alguna. El artículo 1 destaca la naturaleza tutelar y correccional del Consejo Tutelar, su objetivo y competencia.

En el artículo 2, se describen las conductas en que pueden incurrir los menores. Estas son: a) infringir las leyes penales; b) infringir los reglamentos de policía y buen gobierno, y c) manifestar otra forma de conducta que haga presumir, fundadamente, una inclinación a causar daños, a sí mismo, o su familia, o a la sociedad. En el primer supuesto, como se ve, se hace remisión directa a las “leyes penales”.

Los demás artículos se ocupan de la organización y atribuciones de los Consejos y del procedimiento correspondiente.

#### D) *Ley orgánica de la administración pública federal*

El artículo 27 de la Ley orgánica de la administración pública federal, que da cabida a los asuntos que corresponde despachar a la Secretaría de Gobernación, señala en la fracción XXVI, que esta Secretaría deberá: “Organizar la defensa y prevención social contra la delincuencia estableciendo en el Distrito Federal un Consejo Tutelar para menores infractores de más de seis años e instituciones auxiliares...”

Nótese que es precisamente esta ley la que, en una forma indirecta, fija la edad de seis años, como límite mínimo, para poder remitir a los menores al Consejo Tutelar.

#### E) *Código Federal de Procedimientos Penales*

En virtud de que en materia federal no tiene aplicación directa la Ley que crea el Consejo Tutelar para menores infractores, el Código federal de procedimientos penales, en el artículo 500, perteneciente al capítulo II (intitulado “menores”) del título decimosegundo, estatuye: “En los lugares donde existan Tribunales locales para menores, éstos serán competentes para conocer de las infracciones a las leyes penales federales cometidas por menores de dieciocho años, aplicando las disposiciones de las leyes federales respectivas.”

Más adelante, el artículo 503 ordena: “En todo lo relativo al procedimiento, medidas y ejecución de éstas, los tribunales federales para menores y las demás personas y autoridades que deban intervenir, se ajustarán a lo previsto en la Ley que crea el Consejo Tutelar para menores infractores del Distrito Federal.”

#### F) *Ley orgánica del Poder Judicial de la Federación*

La nueva Ley orgánica del Poder Judicial de la Federación, publicada en el *Diario Oficial* de la Federación el 5 de enero de 1988, incluye un capítulo que se intitula “atribuciones de los juzgados de distrito respecto a los menores infractores”. En el artículo 73 del capítulo citado prescribe que corresponde a los juzgados de distrito prevenir y reprimir, en materia federal, las conductas de los menores de dieciocho años que infrinjan las leyes penales [constituyendo], dentro de la jurisdicción de cada uno de aquéllos, tribunales para menores y consejos tutelares.

En artículos siguientes se establece cómo están integrados y cómo deben funcionar los tribunales para menores y los consejos de vigilancia de los mismos.

Se consigna, además, que el juez de Distrito tendrá el carácter de presidente de los tribunales, lo cual pone de manifiesto que, de acuerdo con esta ley, es el juez de Distrito quien tiene la mayor responsabilidad en el enjuiciamiento de los menores.

#### G) *Algunas contradicciones legales y doctrinarias*

La dualidad de fueros (federal y local), en combinación con la frontera entre la minoría y la mayoría de edad penal, que algunos códigos penales locales fijan en dieciséis años, da lugar a varios problemas que, en la práctica, es imposible resolver satisfactoriamente. Ejemplo: un sujeto de diecisiete años realiza varias conductas, de las cuales algunas están reguladas en normas penales locales y otras en normas penales federales. Por las conductas prohibidas en las normas penales locales el sujeto: a) debe ser consignado ante un juez penal para ser sometido a un juicio penal; b) debe ser internado en una prisión; c) debe soportar la punición dictada por el juez; d) debe cumplir la pena en una prisión. En cambio, por las conductas contempladas en las normas penales federales el sujeto: a) debe ser enviado a un consejo tutelar; b) debe ser internado en un consejo tutelar; c) debe soportar

un internamiento de duración indeterminada. Como se advierte, es imposible acatar, simultáneamente, las normas penales de ambos fueros.

En el mismo ejemplo anterior, la doctrina tradicional aporta una explicación que, por contradictoria y absurda, es absolutamente insostenible. El sujeto, en el fuero local: *a)* es sujeto de derecho penal; *b)* es imputable. En cambio, en el fuero federal: *a)* no es sujeto de derecho penal; *b)* no es imputable. En otras palabras: *a)* el sujeto es, y no es, a la vez, sujeto de derecho penal; *b)* el sujeto es, y no es, al mismo tiempo, imputable e inimputable. En cuanto a las conductas realizadas, las del fuero local constituyen delito y las del fuero federal son meras conductas desviadas. La privación coactiva de la libertad que se impone al sujeto: es una auténtica y molesta pena en el fuero local y una benéfica tutela en el fuero federal.

De estas contradicciones legales y doctrinarias derivan otras muchas, que no tienen solución racional en las normas penales ni explicación satisfactoria en la doctrina.

### *3. Los menores como sujetos de derecho penal*

En el momento en que entró en vigor la “Ley que crea el Consejo Tutelar para menores infractores del Distrito Federal”, los especialistas afirmaron que los menores habían sido rescatados del ámbito penal y ubicados en un cuerpo legal “tutelar”.

Esta afirmación ha suscitado adhesiones y rechazos en la comunidad de estudiosos. Aquí, y ahora, para no caer en un manejo ilegítimo de la normatividad jurídica aplicable a los menores y, en cambio, tratar de llegar al fondo de los problemas y desde ahí elaborar un conjunto de proposiciones coherentes, se va a poner en juego una de las herramientas inherentes a la investigación científica del derecho: la interpretación de los textos legales en el marco de la teoría de la comunicación.

La distinción entre lenugaje y mensaje, perteneciente a la teoría de la comunicación, es plenamente aplicable a la distinción jurídica entre textos legales y normas jurídicas. Dicho de otra manera: los textos legales vienen a ser el lenguaje en la comunicación jurídica, y las normas jurídicas constituyen el mensaje en dicha comunicación. Los textos legales (lenguaje) sin signos perceptibles por los sentidos, ocupan un lugar en el tiempo y en el espacio y, por lo mismo, adquieren una existencia independiente

de los seres humanos. Las normas jurídicas (mensaje), y por tanto las normas penales (mensaje), no son signos y su existencia, necesariamente contextual, es convencional y totalmente dependiente de los seres humanos.

La Ley que crea el Consejo Tutelar para menores infractores del Distrito Federal dispone, en su artículo 2, que el Consejo Tutelar intervendrá, en los términos de la propia Ley, cuando los menores infrinjan las leyes penales. Este artículo contiene, lisa y llanamente, una remisión al Código penal y a las leyes penales especiales. En consecuencia, para conocer las normas jurídicas (mensaje) aplicables a los menores que infrinjan las leyes penales, deberán reunirse los textos legales (lenguajes) que aparecen tanto en la Ley que crea el Consejo Tutelar como en el Código penal y/o en las leyes penales especiales. Una vez reunidos los diversos lenguajes (textos legales), su interpretación conduce al descubrimiento de los respectivos mensajes (normas jurídicas) elaboradas por el emisor de la comunicación.

Para los fines de este trabajo, no es necesario ni pertinente amalgamar todos los textos legales de las varias codificaciones mencionadas en el precitado artículo 2 de la Ley que crea el Consejo Tutelar. Es suficiente la reunión de un número muy reducido de textos específicos (por ejemplo, los relativos al homicidio, del Código penal, y el internamiento del que habla el artículo 61 de la Ley que crea el Consejo Tutelar) para descubrir la norma jurídica expresada por medio de esos textos. Dicha norma es, por su contenido, una auténtica norma penal; y lo es porque describe una cierta clase de conductas antisociales y una cierta clase de privación o restricción coactiva de bienes del autor del evento antisocial.

Parece obvio apuntar que son penales las normas jurídicas que describen todas las particulares y concretas acciones u omisiones antisociales de todos los sujetos: mayores y menores. Esta afirmación se basa en dos hechos evidentes: *a)* Son antisociales tanto las conductas de los mayores (imputables o inimputables) como las de los menores (imputables o inimputables permanentes); *b)* Son represivas tanto las normas que se refieren a los mayores (imputables o inimputables permanentes) como las que se refieren a los menores (imputables o inimputables permanentes); y son represivas porque unas y otras, en su culminación ejecutiva, se traducen en privación o restricción coactiva de algún determinado bien del sujeto.

Cabe recordar que una norma penal general y abstracta es un sistema conceptual que, en forma necesaria y suficiente, describe una determinada clase de eventos antisociales y la correspondiente posibilidad de privación o restricción coactiva de bienes del sujeto que realice un evento antisocial de la clase descrita.

Asimismo, es oportuno tener presente la noción de conducta antisocial: toda actividad o inactividad que en forma intencional o por descuido, y sin necesidad, se traduce en la lesión o puesta en peligro de algún bien individual o colectivo de orden social.

Ahora bien, en cuanto a la privación o restricción de bienes del menor, como autor del evento antisocial, algunos especialistas afirman que no se trata de una pena, sino de una medida de seguridad tendente a proteger bienes jurídicos de relevancia social; pero esta afirmación no es sólida, pues, como apuntan algunos penalistas, “la distinción entre penas y medidas de seguridad es de formulación compleja, especialmente si se advierte que ambas son medidas coactivas que se traducen en serias restricciones de derechos para quienes deben soportarlas”.

Como conclusión de todo lo apuntado, vale afirmar que los menores: a) siguen siendo sujetos de derecho penal en todos aquellos casos en que realizan alguna conducta adecuada a un tipo penal y, como consecuencia son sometidos coactivamente a un internamiento; b) no son sujetos de derecho penal cuando infringen alguna norma jurídica de las contenidas en los reglamentos de policía y buen gobierno, o manifiestan otra forma de conducta que haga presumir, fundadamente, una inclinación a causar daños a sí mismos, a su familia o a la sociedad.

#### *4. El problema de la imputabilidad de los menores*

La doctrina tradicional sostiene, en términos generales, que la imputabilidad es una capacidad de entender y de querer (teoría italiana), o bien, una capacidad de comprender la ilicitud de la conducta y actuar conforme a esa comprensión (teoría alemana).

Un sector importante de esa doctrina postula, también, que los menores, indiscriminadamente, son inimputables en virtud de carecer de la citada capacidad.

De entrada, es importante subrayar que, en derecho mexicano, no existe norma penal ni norma jurídica de otra naturaleza que estipulen la inimputabilidad de las personas menores de dieciocho años. Se trata de una apreciación doctrinaria.

En segundo lugar, también es importante dejar asentado que, de acuerdo con los conceptos tradicionales sobre la imputabilidad y aun si se toman en cuenta otros conceptos más modernos —y posiblemente más acertados desde el punto de vista psobiológico—, no se puede concluir que los menores de dieciocho años sean inimputables.

Por otra parte, aun cuando se acepte que la mayoría de edad penal se adquiere a los dieciocho años, ello no implica aceptar que las personas menores de esa edad sean incapaces o inimputables. No es racional pensar que la capacidad de comprender la ilicitud y de actuar conforme a esa comprensión se adquiera o se pierda por decreto o por disposición legislativa.

Una persona no puede ser inimputable a los diecisiete años once meses y veintinueve días, y veinticuatro horas después convertirse, como por arte de magia, en un ser plenamente capaz, es decir, plenamente imputable. Raúl Zaffaroni, llevando hasta el absurdo la tesis, dice que, de admitirse el criterio dominante en la doctrina, que presume (presunción *juris et de jure*) la inimputabilidad de los menores, tal inimputabilidad no debe entenderse como una presunción, sino como una ficción, ya que la presunción se establece con lo que generalmente acontece, y no sucede que un menor, después de su cumpleaños, amenace con capacidad de culpabilidad.

El universo de las personas mayores de dieciocho años no es un universo homogéneo, en el que todos, por el simple hecho de tener dieciocho años o más, son capaces, maduros y sensatos; muy por el contrario, es un universo heterogéneo de personas diferentes en cuanto a la capacidad de comprender la ilicitud y, sobre todo, en lo referente a la capacidad de actuar conforme a esa comprensión.

Lo mismo acontece con los menores de dieciocho años: ni son todos capaces o imputables, ni son, tampoco, todos incapaces o inimputables. El universo de los menores como el de los mayores es, igualmente, heterogéneo. En consecuencia, será su real desarrollo y estado psobiológico el decisivo para calificarlos de imputables o todavía no imputables.

La imputabilidad del menor, al igual que la del mayor, debe ser determinada, en cada caso particular, por médicos especialistas en la materia. Parece lógico pensar que en esta calificación médica y especialmente en el caso de los menores es importante la correspondencia entre la edad biológica y la edad mental.

Maurach afirma que en relación a los menores no debe emplearse la expresión “inimputabilidad”, en virtud de que se refiere a perturbaciones de índole patológica.

Por todo lo apuntado es necesario, a efecto de clarificar el problema, hacer una clasificación de edades o periodos vitales del menor.

En torno a los menores de ocho años (algunos especialistas señalan siete años, y otros incluso seis), no hay duda de que, por falta de desarrollo psicobiológico, todavía no son imputables. En consecuencia, aunque realicen conductas de las consideradas anti-sociales, están exentos de toda responsabilidad. Para ser más precisos: no son sujetos de derecho penal.

En el ámbito jurídico, extrañamente, ni el Código penal ni la Ley que crea el Consejo Tutelar, como ya se vio, hacen referencia a este importante problema; la Ley orgánica de la administración pública federal sí se ocupa de él. Dispone, reduciendo al máximo el grupo de menores a los que no se les debe imputar responsabilidad alguna, la edad de seis años.

En lo personal estimo que la edad que ha de marcar el inicio de la responsabilidad debe ser la de ocho años; y esto no porque todos los menores adquieran a esa edad la inimputabilidad, sino por razones de seguridad jurídica. La edad, meramente convencional, de ocho años tiene como fundamento una realidad mexicana: el elevado índice de marginación.

De esa edad en adelante, habrá que determinar si, por ausencia o presencia de anomalías mentales, un específico menor es imputable o inimputable.

Tratándose de inimputables por anomalías mentales, no cabe duda de que no son responsables. Por ello, al igual que acontece con los mayores inimputables permanentes, habrá que procurar su curación a través de las medidas de seguridad adecuadas.

##### *5. Algunas consideraciones acerca del régimen jurídico aplicable a los menores imputables*

A) El sostener que los menores de edad, que han cumplido ocho años pero no dieciocho, son imputables, no implica que se les deba juzgar por los mismos jueces o autoridades que juzgan a los mayores de edad (pueden quedar en el ámbito del Consejo Tutelar); tampoco implica que se les apliquen las mismas sanciones penales que a los mayores. En el caso de que incurran en

la comisión de algún delito, parece obvio que la punibilidad debe ser, sin excepción alguna, considerablemente menor, tanto en el mínimo, como en el máximo, de la prevista para los mayores que cometen un delito de la misma clase.

B) Los estudiosos del problema mente-cerebro están de acuerdo en que los seres humanos, a lo largo de su vida, experimentan cambios profundos de tipo picobiológico. Tales cambios —afirman— son de enorme trascendencia en los menores de edad. En consideración a estas ideas resulta ineludible hacer una razonable clasificación de los menores de edad, con vista a la mejor solución de toda su problemática. Dicha clasificación debe considerar, al menos, dos etapas vitales: la de los impúberes y la de los púberes.

C) Idealmente parece más eficiente una clasificación que agrupe a los menores en las siguientes categorías: de ocho a doce años, de doce a catorce, de catorce a dieciséis y de dieciséis a dieciocho.

Además, por las mismas razones, es necesaria una especial categoría de los mayores, que incluya a los sujetos de dieciocho a veintiún años.

Obviamente, para las categorías de los menores de dieciséis a dieciocho años, y de los mayores de dieciocho a veintiún años, es necesaria una específica infraestructura material y humana, que no existe en la actualidad y que, en función de la situación económica que hoy se afronta en México, es casi imposible hacerla realidad.