

163
2ej



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO ROMANO E HISTORIA DEL DERECHO

“EVOLUCION HISTORICO-JURIDICA DEL TRATAMIENTO DE LOS MENORES INFRACTORES”

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
JUAN VICENTE FIGUEROA CEBADA

ASESOR: LIC. MARCO ANTONIO PEREZ DE LOS REYES

CIUDAD UNIVERSITARIA.

1999.

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

27 4040



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

México, D.F., a 15 de julio de 1999.

SR. DR. GUILLERMO FLORIS MARGADANT
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO
ROMANO E HISTORIA DEL DERECHO
FACULTAD DE DERECHO
U.N.A.M.
Presente.

Distinguido Sr. Director:

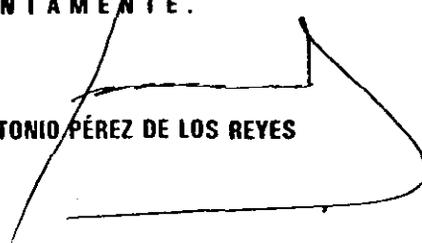
El pasante **JUAN VICENTE FIGUEROA CEBADA**, ha concluido en esta fecha su investigación para efectos de tesis profesional de Licenciatura en Derecho, con el tema "**Evolución Histórica-Jurídica del Tratamiento de los Menores Infractores**", elaborada bajo mi asesoría académica, en cuatro capítulos con introducción y conclusiones.

Por este motivo me permito hacerle llegar el original del trabajo para los fines reglamentarios del caso.

Sin otro particular, me es grato reiterarle las seguridades de mi especial consideración.

ATENTAMENTE.

LIC. MARCO ANTONIO PÉREZ DE LOS REYES



C.c.p.- C. Juan Vicente Figueroa Cebada.- Presente

GUILLERMO FLORIS MARGADANT S.
DOCTOR EN DERECHO, U. N. A. M.
CATEDRATICO E INVESTIGADOR, U. N. A. M.

San Angel, D.F., 19.X.1999.

Seminario de Derecho Romano e
Historia del Derecho;
Facultad de Derecho, UNAM.

Al Director
de la Facultad de Derecho, UNAM,
Necaxa 193, Portales,
Ciudad.

Muy estimado señor Director,

Le mando este dictamen sobre una tesis terminada en el Seminario precitado, con la súplica de canalizarlo hacia el funcionario competente.

¡Muchas gracias!

---000---

Como Director del Seminario arriba indicado revisé la tesis presentada por el alumno

Juan Vicente FIGUEROA CEBADA

intitulada

**"EVOLUCION HISTORICO-JURIDICA DEL TRATAMIENTO
DE LOS MENORES INFRACTORES".**

Esta tesis ha sido dirigida por el Lic. Marco Antonio Pérez de los Reyes, adscrito al mencionado Seminario, el cual ya ha dado su aprobación a este trabajo.

Tema.

El tema escogido por el candidato es adecuado: la actual aceleración de la evolución social, la desintegración de la familia, la modernidad sugerida por los medios, el incremento de la criminalidad y del consumo juvenil de drogas, en México, y la más débil expectativa del sancionamiento, en estos últimos años, además de la incrementada violencia intrafamiliar, han influido notablemente en el fenómeno escogido por el candidato, y el estudio histórico del problema (en parte como introducción al estudio comparativo del

Título.

Títulos son compromisos con el lector; el presente es claro y se refiere correctamente al contenido.

Dedicatorias.

No es de buen gusto poner dedicatorias múltiples.

Estilo.

El estilo es correcto y claro, aunque hay defectos pequeños en la puntuación.

Contenido académico.

El contenido es muy satisfactorio.

Inicialmente retuve mi aprobación por no encontrar en el panorama histórico-comparativo una mención a los Estados Unidos, país que precisamente ha contribuido tanto a la justicia especial para menores.

Luego, el candidato llenó este hueco admirablemente bien.

Bibliografía.

Adecuada, con algunos pequeños defectos en la alfabetización y en la ortografía de unos nombres.

Conclusiones.

Por una vez las conclusiones evitan un exceso de perogrulladas.

Voto aprobatorio.

Esta tesis queda por encima del nivel acostumbrado de trabajos de esta índole, en nuestro medio actual, de manera que como Director del mencionado Seminario la apruebo con todo gusto.

Atentamente,

Dr. Guillermo F. Margadant S.

AGRADECIMIENTOS

AL LIC. MARCO ANTONIO PÉREZ DE LOS REYES.

AL LIC. OCTAVIO GARCÍA ALONSO.

AL LIC. EVERARDO MORENO CRUZ.

A LA LIC. ADRIANA SÁNCHEZ TELLO.

A MIS MAESTROS.

**A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO.**

A MIS GRANDES AMIGOS:

LIC. CLAUDIA CORTÉS HERNÁNDEZ.

LIC. YENNY OLVERA CARTAS.

LIC. VÍCTOR VÁZQUEZ SOTO.

ALBERTO MANCERA MORENO.

VÍCTOR MANUEL SÁNCHEZ GARCÍA.

OSCAR RUIZ VARGAS.

ARTURO ALCANTARA.

JAIR PERALTA ZAMORA.

DEDICATORIAS

A MI PADRE:

JUAN FIGUEROA RAMIREZ.

A MI MADRE:

ROSALINDA CEBADA PÉREZ.

A MIS HERMANOS.

ROSALINDA Y CÉSAR LUIS.

A MIS ABUELOS:

FÉLIX CEBADA PICASSO.

YOLANDA PÉREZ HERRERA.

ROSA PAULINA RAMÍREZ.

EVENCIO FIGUEROA.

A MIS TÍOS:

ING. JOSÉ FÉLIX CEBADA PÉREZ.

ING. DORA MA. MARTÍNEZ DE CEBADA.

BEATRIZ CEBADA DE TÉLLEZ.

ING. ANGEL A. TELLEZ GALINDO.

EVOLUCIÓN HISTÓRICO-JURÍDICA DEL TRATAMIENTO DE LOS MENORES INFRACTORES

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

GENERALIDADES

1. Concepto de menor infractor.

A) Concepto etimológico.....	1
B) Concepto jurídico.....	1

2. Tipo de patología social.

A) En la familia.....	3
B) En la escuela.....	8
C) En la comunidad.....	13

3. Aspectos Generales del Tratamiento de los Menores Infractores.....	18
--	----

CAPÍTULO II

EL menor infractor en algunas culturas antiguas

a) Egipto.....	26
b) Babilonia.....	27
c) Grecia.....	28
d) Roma.....	28
e) India.....	33
f) Inglaterra.....	33
g) España.....	35
h) Francia.....	38
i) Italia.....	39
j) Alemania.....	40
k) Noruega.....	40
l) Rusia.....	41

Falta pag.

3.

del. INDICE

2. En algunos sistemas extranjeros

a) En España.....	89
b) En Italia.....	96
c) En Argentina.....	101
d) En Alemania.....	105
e) En Estados Unidos	111
Conclusiones.....	114
Bibliografía.....	117
Legislación Consultada	123

INTRODUCCIÓN

En los periodos críticos que de tiempo en tiempo agitan el escenario de los hechos históricos, el hombre se siente colocado frente a la vida que le plantea duramente el problema de su propio destino. Tal acontece en el mundo en que vivimos.

Cuando estamos frente a la vida, cuando los acontecimientos se imponen con toda crudeza, nos vemos obligados a volver los ojos a la obra de los investigadores, de los hombres de ciencia o de los filósofos para pedirles la tan ansiada respuesta al problema que nos ocupa. Por eso en los periodos críticos como el presente florecen opiniones y reflexiones diversas, destinados a interpretar y dar solución al grave problema de la conducta irregular de los menores. La gran variedad de opiniones sobre este problema, que a diario se dan a conocer en la actualidad, justifican la veracidad de esta afirmación. Es que la interpretación de los hechos y conductas antisociales de los menores debe ser objeto de una explicación lógica y de una promesa de redención.

Cuando la crisis conmueve los cimientos mismos de la civilización, cuando se anuncian las tempestades que cambiarán la fisonomía del panorama histórico, la humanidad siente el imperativo de estudiar los acontecimientos para arrancarles la razón de ser de su desenvolvimiento y entrever su propio destino de futuro.

Este documento presenta la trayectoria de actitudes, hechos y condiciones de lo que en nuestro país y otras culturas han sido los establecimientos y el tratamiento para los menores infractores, así como una base de memoria para cada Unidad de Tratamiento, las cuales les procuran mejorar las condiciones de vida actuales y las perspectivas de vida futura de los jóvenes que, habiendo equivocado su conducta, llegaron a ellas.

Hoy se habla, de anomalía social y de agravio, para referirse a la etiología y tratamiento de los casos de los menores de conducta antisocial. Sin embargo, estos conceptos no pueden comprenderse sin considerar nuestro pasado.

La conducta infractora tiene un origen carencial básico, carencias que agravan a los menores en alguno de los tres aspectos que como seres humanos nos conforman, y que obstruyen, o impiden el desarrollo normal en lo biológico, lo psicológico o lo social.

Cada vez que por accidente, mala alimentación, enfermedad o por causas genéticas, es engendrado un ser humano con inferioridad estructural o funcional, se está gestando un inadaptado social potencial. Pero si además de esta deficiencia de estructura o funcionamiento, dicha persona no es tratada con afecto, respeto y responsabilidad, las probabilidades de que se convierta en infractor aumentan. Peor aún si su entorno social es negativo, si hay pobreza moral, intelectual o alimentaria, si hay miseria, ignorancia y agresividad en los que le rodean, equipo biológico deficiente, mala integración de la personalidad dentro de la familia y comportamiento negativo del entorno social, son los

factores más importantes para que exista un niño o joven que se comporta mal, que se rebela y reclama al mundo la no aceptación de su condición inferiorizada ante el conjunto familiar, escolar, laboral y social. A este fenómeno se le ha llamado agravio previo.

A la miseria e ignorancia se suma la agresividad, indispensable en un principio para sobrevivir, después se hace costumbre bien vista y, finalmente, se transforma en forma de vida.

Ante la carencia, los satisfactores se obtienen con actitudes violentas o agresivas; el alimento se arrebató al hermano, el juguete se le quita al vecino, el afecto y el sexo se ejercen con agresividad. Este fenómeno se conoce como anomalía social "falta de normas".

Y este es el menor infractor que se recibe en las escuelas de tratamiento, es él a quien se dirige la atención especial, el esfuerzo técnico y los intentos de solución a sus problemas por medio de todos aquellos aspectos que pueden ser modificados en él, en su familia y en su medio ambiente.

Para cumplir esta tarea son necesarios establecimientos con personal especializado y que sobre todo, tengan verdadero interés para ayudar a estos menores. El menor infractor requiere de un lugar donde pueda detenerse a tener conciencia de sus incipientes capacidades: reflexionar sobre las situaciones que tendrá que enfrentar en el futuro, apoyado en un sustento seguro, una disciplina constante y con los medios técnicos necesarios que le ayuden a conocerse a sí mismo, tales como la psicoterapia, la capacidad técnica, el avance de un grado escolar, la atención médica y dental y, principalmente, el interés humano.

Este trabajo pretende, aportar un grano de arena a los importantes estudios llevados al cabo por hombres eminentes, preocupados, por las medidas tutelares de derecho por una revolución pedagógica y por una comprensión humanista para quienes moral o socialmente abandonados, precisan de apoyo, de sostén y de afecto.

El trabajo que expongo no contiene una investigación exhaustiva del problema relativo al estudio de la evolución histórico-jurídica del tratamiento de los menores infractores pero lleva como esencia mi esfuerzo y mi buena voluntad, que recogen de alguna manera los ecos de mi estancia en esta máxima casa de estudios.

CAPÍTULO 1

GENERALIDADES

I- Concepto de menor infractor

a) Concepto etimológico.

La palabra "*menor*", se deriva del latín "*minor matus*", que se refiere al joven de escasa edad, el pupilo. "Desde el punto de vista biológico, se llama menor, a la persona que por efecto del desarrollo gradual de su organismo, no ha alcanzado una madurez plena, y desde el punto de vista jurídico, es la persona que por carencia de aptitud biológica, que generalmente comprende desde el momento del nacimiento viable hasta el cumplimiento de la mayoría de edad, la ley le restringe su capacidad, dando lugar al establecimiento de jurisdicciones especiales que lo salvaguardan"¹.

b) Concepto jurídico

El problema de la noción del Derecho de Menores implica, necesariamente, la inquisición de su concepto y, lógicamente, su planteamiento equivale a ir tras una definición esencial de lo jurídico.

Considerando que el Derecho de Menores es, ente todo, norma de conducta, podría afirmarse, en principio, que sería el conjunto de normas referidas a la minoría de edad, ciñéndose su objeto al simple comentario y glosa de aquéllas.

La determinación conceptual del Derecho de Menores, al prescindir de criterios exclusivamente basados en la realidad social y no utilizar un método sociológico-jurídico se fundamenta en la estimación de la función social que la minoría de edad desempeña en el devenir histórico de cada comunidad. Al pretender calificar esta función social en razón de la forma jurídica que es consecuencia de la amplia gama de hechos y de actos que, consecuentemente, se originan, nos concentramos en el campo del Derecho.

¹Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Tomo VI, 2. reimpresión. Ed. Porrúa. 1985. p.170.

La creación y establecimiento del Derecho se produce gracias a la integración política de la sociedad, y surge de la necesidad que el hombre, naturalmente, tiene a la estabilidad y a la seguridad en su vida de relación, que el Estado hace suya para lograr una convivencia armónica e integrada, y de ahí el que la regulación jurídica de la menor edad hayamos de considerarla como una manifestación de la paz social y el bien común.

La regulación jurídica de la menor edad hace que se deba distinguir este concepto de su derivado, el Derecho de Menores. Con tal propósito, hemos de exponer, precisa y separadamente, dos ideas distintas, pero que mutuamente se complementan: la minoría de edad y el Derecho de Menores.

La primera es un hecho, y su reglamentación jurídica la segunda. Ambas ideas son manifestación de la misma esencia, contempladas desde distinto ángulo. La primera es el objeto de la sociología jurídica, auxiliándose del instrumental que la historia, la biología, la psicología, la pedagogía y la antropología proporcionan, correspondiendo exclusivamente a la ciencia del Derecho el estudio del segundo concepto.

La minoría de edad es antes que estado jurídico un periodo de la vida humana, comprendido desde la concepción - en sentido lato, o el nacimiento en todo caso- hasta que alcanza su plena capacidad de obrar, con la mayoría de edad. Y en esta etapa de la vida cada individuo precisa de los cuidados, apoyo y guía que le han de proporcionar quien por imperativo de su conciencia, derivado del hecho biológico de la procreación, a ello vienen obligados en primer término, y con carácter supletorio, en su defecto, la sociedad y aún el mismo Estado.

En resumen, procede expresar cómo se concibe y qué entendemos por menores infractores, enraizado en la propia naturaleza humana y consecuencia inmediata de la inmadurez que condiciona el proceso evolutivo de la personalidad individual, es un Derecho singular, eminentemente tuitivo, que tiene por objeto la protección integral del ser humano, desde su concepción hasta que alcanza, tras su nacimiento, la plena capacidad de obrar, que se inicia con la mayoría de edad, para integrarle armónica y plenamente en la convivencia social.

Desde el punto de vista formal jurídico, serán menores infractores solamente quienes, habiendo cometido hechos suficientes para su consignación, a juicio de las autoridades, queden registrados como tales ante los jueces o consejeros y e sean reconocidos como tales en las decisiones finales.²

² Lic. Jorge Ricardo García Villalobos, Subsecretario de Protección Civil Prevención y Readaptación Social de la Secretaría de Gobernación. dentro de su participación en Memoria del Congreso Nacional en Materia de Menores Infractores. Agosto de 1998. Ciudad de Puebla.

2- Tipo de patología social

a) En la familia

El medio familiar se asocia frecuentemente con la influencia del factor económico. La mayoría de los menores que cometen actos criminales pertenecen a hogares pobres. Los hogares de extrema pobreza dan, por el contrario, un escaso porcentaje de esta clase de delincuentes. A parte del factor económico es preciso tomar en cuenta las cuestiones de las causas de índole moral y social, agregadas de un modo constelativo a las influencias del medio familiar. La promiscuidad en el hogar es un importante factor criminógeno, menciona lo siguiente Mariano Ruiz Funes.³

Esa promiscuidad produce sobre todo delitos sexuales. Los casos de incesto son frecuentes en esos medios familiares confusionarios. Pero la confusión es por su parte una consecuencia de la pobreza, que impide tener alojamientos decorosos que permitan la separación de sus habitantes. Esa misma promiscuidad antihigiénica constituye un vehículo de enfermedades y favorece la debilidad orgánica que crea disposiciones, derivadas de la inferioridad biológica, propicias a la delincuencia.

La extrema miseria y el hambre pueden conducir a la comisión de ciertos actos de apariencia criminal por impulsos de la necesidad, completamente excéntricos a toda otra influencia.

El hogar es un factor moral ambivalente. Durkheim señaló la influencia moralizadora del hogar como expresión de disciplina, creadora de estados fuertes y definidos de la conciencia social. Acusó su importancia preservadora en relación con el suicidio. Lo mismo puede sostenerse en orden a la delincuencia.

Nos referimos, naturalmente a los hogares organizados, que suscitan en el menor el ejemplo en la práctica de valores morales a través de una disciplina fundado en el afecto y el respeto, sin anular su propia espontaneidad. Todo ello deriva de un concepto jurídico civil, de indudable trascendencia social y moral: de la concepción y de la práctica de la patria potestad, que es también ambivalente y puede ser concebida como un poder o como una facultad tuitiva.

Los hogares incompletos, donde falta uno de los cónyuges, o los hogares irregulares, constituidos sobre la base de uniones ilegítimas, influye notoriamente sobre la delincuencia de los menores, no en orden al ejemplo moral que pueden brindar, y que la mayor parte de los menores no percibirían, sino por el espectáculo de relajación de los vínculos familiares que son susceptibles de ofrecer, no sólo en lo que afecta a la disciplina, sino en cuanto significa acción tutelar incompleta mal orientada o nula.

³ Ruiz Funes, Mariano, Criminalidad de los menores, México.

El mayor porcentaje de la delincuencia infantil lo aportan los hombres abandonados por el padre. Los condiciones de anormalidad de esos hogares no se engendran solo por la ausencia del progenitor, sino porque esta ausencia implica un amparo que obliga a la madre a desatender deberes de asistencia y vigilancia para hacer frente a los más urgentes del sostenimiento económico.

Por otra parte, en muchos de ellos, la dirección moral de los hijos la asume el padre, porque los cónyuges no están situados en el mismo plano de igualdad y la mujer ocupa una posición secundaria de sumisión al hombre que anula en ella toda iniciativa. Obligarla a que se encargue de pronto de la dirección de ese hogar, para lo que no está preparada implica una desintegración del mismo, que naturalmente se traduce en el cumplimiento incompleto o en la anulación absoluta de los deberes de mando y de la tutela de los hijos, que así quedan librados a la acción de sus impulsos y al libre juego de sus instintos.

Cuando las condiciones familiares son favorables y la integridad del hogar subsiste, es mínima la contribución a la criminalidad de los menores que viven en ellos. La desintegración del hogar influye preferentemente sobre los menores, más necesitados del cuidado del mismo y más en contacto con él por su residencia continuada en la intimidad de la vida doméstica. Se ha concretado mediante el estudio de las estadísticas la acción criminógena del hogar en relación con la delincuencia de los menores. Esa acción puede ejercerse consciente o inconscientemente por el padre o por la madre. Los desarreglos de conducta del padre que influyen en la criminalidad del menor son: el alcoholismo, la deshonestidad, la vagancia, la mendicidad y la delincuencia. Por lo que respecta a las madres, la prostitución; todas las formas de vicio tienen una fuerte acción sobre los desarreglos de conducta del menor. Existe además el estímulo inductor y corruptor procedente de uno solo de los padres o de ambos conjuntamente.

La unidad familiar en su complejo, integrada por los dos progenitores y por los hijos puede ejercer una influencia determinante de una causalidad criminal sobre un hijo o sobre varios hijos. El foco del contagio y la acción sugestiva procede entonces de uno o de varios elementos familiares ya corrompidos. La inmoralidad y los desarreglos de conducta se van comunicando en forma epidémica a toda la familia o a una parte de ella.

Las familias inmorales pueden serlo por varias causas: por degeneración, por inadaptación al medio social, por corrupción.

Las familias de inmigrantes, por inadaptación al medio ciudadano, pueden ser también un factor de criminalidad, obra indistintamente de la desgracia, de la miseria o de la perversidad, el matrimonio constituye en ocasiones un factor favorable a los desarreglos de conducta de los hijos. El mal ejemplo de los matrimonios desavenidos, el desarreglo y la omisión de la asistencia en las uniones pobres y fecundas, la acción indisciplinada de los matrimonios precoces o tardíos, privan al hogar de una irregularidad en sus funciones que es necesario, como clima favorable, para la formación de los hijos.

Las vicisitudes de la filiación influyen también en la criminalidad. Las estadísticas de la criminalidad de los menores demuestran una mayor tendencia a los desarreglos criminales en los primeros nacidos, en los hijos únicos y en los habidos en último lugar. Actúan como explicación de estos hechos, según los doctores Vervaeck y Postmo, causas biológicas y psicológicas en íntimo contacto.

Breckinridge y Abbot han encintado una preponderancia de la criminalidad de los menores entre los primogénitos, y la atribuyen al hecho de que el primogénito soporta la carga del hogar en contraste con el último llegado, que es por otra parte el de la educación moral más deficiente.

También dan una contribución importante a la delincuencia los hijos nacidos fuera de matrimonio. Vervaeck ha llegado a concluir, desarrollando éstos conceptos, que los primeros nacidos están mas expuestos a la delincuencia que los sucesivos y lo mismo ocurre con los más jóvenes. La predisposición parece explicarse, principalmente, por el estado constitucional mediocre de los padres demasiado jóvenes o de edad madura en el momento de la procreación.

Puede intervenir al mismo tiempo por las condiciones desfavorables del medio familiar: las uniones ilegítimas; el desacuerdo de los esposos, llevando consigo el abandono moral de los hijos; los errores de alimentación; y mala higiene. La inferioridad biológica frecuente de los niños nacidos antes del matrimonio se explica por causas análogas. Una vez mas se evidencia en estos casos la asociación habitual de los factores etiológicos de la delincuencia.

Las familias alcohólicas, de vagos y nómadas, los matrimonios desavenidos, los de moral sexual relajada y los pobres y fecundos son otros tantos factores predisponentes a la conducta antisocial de los menores.

Entre los casos de menores infractores estudiados en México por el doctor Solís Quiroga, un 19 por ciento carecían de hogar y vivían en la calle; un 63 por ciento eran huérfanos, en situación miserable, o actuaban sobre sus conductas otros factores de desorganización familiar y de promiscuidad material o moral: un 16 por ciento carecían de familia o vivían en el medio familiar de que formaban parte material, en un estado moral inadecuado; un 32 por ciento eran huérfanos de padre; un 11 por ciento, de madre; un 20 por ciento, de padre y madre; un 36 por ciento eran hijos ilegítimos.⁴

Lima considera como moralmente abandonados dentro del hogar a los nacidos fuera del matrimonio, a los huérfanos y semihuérfanos, a las víctimas de malos tratos físicos o de castigos excesivos, a los privados de alimentos y de cuidados en la salud, a los que han sido efectivamente abandonados, a los dedicados a trabajos contrarios a la moral y a las buenas costumbres o que se pongan en peligro su salud y su vida, a los que han sido inducidos a la mendicidad, a la vagancia y a los ataques a la propiedad ajena, a los hijos de los padres negligentes o ignorantes.

⁴ Solís Quiroga, Héctor. Justicia de menores. Cuadernos del I.N.A.C.I.P.E. México. 1983

Velázquez Andrade, como consecuencia de las experiencias practicadas, pudo comprobar la influencia, acusadamente criminógena, de la desorganización del hogar, de la excesiva sujeción paternal, de la negligencia, de la omisión y de la orfandad.

Sostiene De Greeff que la familia puede crear anomalías morales. Así ocurre cuando existen en los padres neuropatías medias, desequilibrio de la emotividad, frialdad afectiva, temperamentos paranoicos o anormales. La misma tara hereditaria del niño pueden cultivarla y desarrollarla con las reacciones intempestivas, las manías y obsesiones, la ternura exagerada o la sequedad insensible. Continúa afirmando que los medios familiares que engendran en los niños anomalías de estructura y de comportamiento son muy numerosos, pero es necesario conocer esos procesos, porque en muchos delincuentes, poco cargados en apariencia, de taras hereditarias, las anomalías del comportamiento proceden de sucesos que se produjeron en la infancia.

Sin embargo, concluye De Greeff, hay pocos delincuentes entre los hijos únicos. El hijo mayor está más o menos tiempo en las condiciones de *hijo único*, hasta que es derrotado por el segundo, al que puede considerar como un rival peligroso.

La actitud de los padres es susceptible de agravar una posición de conflicto. El menor se encuentra en una situación compleja y desfavorable con respecto al mayor, si bien mimado, desde otros puntos de vista. Puede producirse en él un sentimiento de inferioridad cuya compensación dé lugar a dificultades reales. Su caso es, con frecuencia, el del niño mimado, educado en un mal medio.

Como influencias generales deben destacarse la educación de los padres, la presencia en el hogar de un padrastro o una madrastra, la edad de los padres y la asiduidad de la madre en la casa.

Las atmósferas patológicas, desde el punto de vista del nivel social las ofrecen, las familias regresivas o estacionarias; si bien reconoce asimismo la mala influencia de otros factores como las largas enfermedades de los padres, los padecimientos de los hijos y especialmente aquellos que alteran gravemente la personalidad, dejándola marcada durante toda la vida.

También se da importancia al peso criminógeno de la familia neuropática, se citan dos casos, uno de parricidio y el otro de uxoricidio, si bien se trata de dos crímenes de adultos: el de una madre paranoica que vuelve alcohólico al padre por compensación y prepara a los hijos para matarlo, sin darse cuenta; y el hijo despreciado por el padre y mimado por la madre, que mato a su mujer porque no es suficientemente maternal.

La familia es, a menudo, una unidad intacta. Son los desórdenes de ella los que conducen a la delincuencia. Los factores de descomposición son muy variados, desde la discordia conyugal hasta los vicios, defectos y enfermedades. Unos son de conflicto; otros de origen psicológico, otros físicos, otros patológicos, otros sociales. Señala Hentig todas estas situaciones en la siguiente enumeración: conflictos de grupos en las familias binubos; discordias domésticas que abarcan cuatro manifestaciones: infelicidad, deserción, falta de sostén material y separación; situaciones de infelicidad, estancada, que no se deciden a la solución del divorcio, discordia familiar que tiene como base la diferencia de edad de los cónyuges.

La unidad familiar protege y guía, según Hentig, a la prole hasta que puede valerse por sí misma. La educación requiere un esfuerzo sistemático y repetido. De acuerdo con este principio, el criminólogo alemán sostiene que debe formar hábitos por la imposición persistente y como resultado de relaciones psicológicas y métodos de acentuación física. La discordia, el odio, los vicios, enervan esta acción y la hacen caer en el fracaso pedagógico.

La violencia en los actos, las palabras y los sentimientos que introducen en la familia un padre o una madre alcohólicos, los ha subrayado Burt a propósito de su influjo en la delincuencia juvenil. Hentig destaca los más lejanos: la revolución industrial, que hace que sólo exista el hogar los días de reposo, como una posada gratuita; la creciente longitud de la vida, que crea una tirantez entre los padres que acaba en la violencia; las revueltas internas y las verdaderas "guerras de independencia" entre los cónyuges. Hentig afirma, que existen muchos caminos para la dictadura doméstica.

Las familias muy numerosas o muy reducidas pertenecen a la patología de las unidades sociales. La adaptación es mínima en las familias numerosas, que no siempre han nacido de la misma madre y que son el resultado de muchos factores; la muerte, el divorcio, el nuevo matrimonio. El último hijo de estas familias conoce o ve las intimidades de los mayores y es descuidado, por la indiferencia o negligencia de los padres, muchas prostitutas son hijas de una familia excesivamente numerosa. Según Clemmer, los condenados pertenecientes a familias numerosas mostraban un escaso instinto de asociación, y el grupo constituía para ellos un sinónimo de peligro, no de ayuda. Una muerte en una familia numerosa es un activo económico, y el matrimonio de los viudos con crecida prole, un factor de irritación y violencia.

La familia como todas las unidades sociales tiene una estructura específica. Si se le priva de una parte de ella, como ocurre en la familia deshecha, se produce una perturbación funcional. Puede escindirse y quedar elementos integrantes que vivan por sí mismos; puede restaurarse por la disolución. La familia deshecha es abrumada por la fuerza natural de la muerte, por la deserción o separación de hecho y por el divorcio; por el Estado en el caso de la pena, por la enfermedad física, la guerra, la emigración los periodos de postguerra, las penurias económicas.

El grupo familiar, como ya hemos dicho refiriéndose a Hentig, es bidimensional. Tiene una relación marido-mujer y la relación padre-hijo. La última relación dura un cierto tiempo y es vertical. Existe además la horizontal con los parientes. La primera generación modela a la segunda. La familia anormal puede producir en ella una frustración social. Así los niños de diversos matrimonios escinden la familia por la diversidad de lealtades en conflicto y de vínculos con un cónyuge anterior. Con el nuevo marido o con la nueva mujer, "no hay fuerzas de conexión, sino fuerzas de ruina".

En resumen, las relaciones familiares, pueden ser, antipedagógicas y criminógenas, a través de la mala educación, la baja moralidad, los hogares rotos y la convivencia de proles diversas. No hay que dar - es una original opinión personal- una gran importancia a la situación económica precaria que vive la familia, creo que lo que, en general impulsa a la juventud a intervenir en delitos, contra la propiedad, es la sed de placeres, los errores de una fantasía mal orientada y conducida, y la seducción. No puede negarse el peso criminógeno de la promiscuidad en el hogar. En cuanto a la educación familiar, es preferible, la fuerza doméstica de la familia a la educación sin familia.

b) En la escuela

La escuela es algo ajeno a sus necesidades. Incluso en grupos socialmente mejor constituidos, los niños que fracasan en la escuela llegan a odiarla. Los sistemas escolares no se adaptan al alumno y, además, buscan la asimilación del educando a un sistema que en muchos sentidos le es ajeno.

Es común atribuir a la pobreza y desorganización interna de los grupos marginados el fracaso de los escolares marginales, y pocas veces se cuestiona a la escuela como institución.

Los niños marginados abandonan la escuela con más facilidad. Una serie de circunstancias vitales les hace desertar, como el cambio frecuentemente de lugar de residencia, el desempleo del padre, una crisis familiar, estímulos hacia otras actividades (trabajo, juegos, paseos) que implican etapas de ausentismo o dificultades de aprendizaje, sanciones en la escuela, etc. Es decir múltiples obstáculos les impiden el desarrollo escolar y los alejan de las escuelas.

Así también la repetición de año es difícil de superar, pues en general el tiempo de que disponen para permanecer en la escuela es reducido. Asistirán mientras las condiciones económicas lo permitan y pronto desertarán para trabajar, lo cual se comprueba con algunos datos de investigación. El 65 por ciento de los Menores Infractores ha trabajado alguna vez, y la media de edad de inicio en el trabajo es de 11.6 años. Este periodo coincide con el abandono de la escuela y con el inicio del uso de drogas, etapa en que la media es de 11.62.

Se puede afirmar que en los menores infractores comenzar a trabajar, abandonar la escuela e iniciarse en el uso de las drogas son acciones que coinciden con la etapa de adolescencia. No es difícil entender, desde esta perspectiva, que se manifiesta una tendencia hacia el fracaso escolar y que estas situaciones vitales se sumen y lo condicionen.

Respecto del uso de drogas, los datos nos indican que a menor escolaridad corresponde mayor índice de drogadicción. Estos datos demuestran que la escuela pareciera prevenir, por sí misma, la asunción de conductas desviadas, al mantener al menor con su tiempo, estructurando mediante actividades productivas y despertando en él deseos de superación académica.

Sin embargo, ni en los programas educativos, ni el personal docente, ni la estructura institucional en sí misma, realizan acciones concretas para atender a los niños que presentan algún indicio de conducta antisocial. De esta forma, la escuela selecciona a los disciplinados y elimina a los conflictivos.

De hecho, no existen condiciones económicas ni materiales para dar asistencia a todos los niños de condiciones intelectuales y familiares adecuadas menos aún, entonces, se puede esperar que se atienda a aquellos que padezcan alguna incapacidad, incluyendo a los menores infractores o a los niños con problemas de drogadicción.

La relación entre escolaridad y tipo de delito es la siguiente: los analfabetos, que son pocos (4%), cometen delitos sexuales y actos de violencia. Además, participan en delitos leves. Cabría preguntarse si son más propensos a ser detenidos y si, además, no saben defenderse, dado su pobre nivel intelectual.

El robo es el delito típico de los más escolarizados; además, cometen dos veces más actos de violencia aquellos que poseen 7 años de escolaridad que aquellos sólo han estudiado de 1 a 6 años.

La escuela es el rito de iniciación de una sociedad orientada al consumo progresivo de servicios cada vez más costosos y sofisticados. La educación se transforma así en una mercancía y su adquisición se ha convertido en la forma más segura de alcanzar el éxito social. Sus títulos y certificados justifican la estratificación social, envueltos en el mito igualitario de la educación gratuita para todos.

La "democratización" de la enseñanza ha desarrollado mecanismos sociales que permiten a la escuela conservar su función selectiva y su capacidad para ubicar a la población en el esquema de la división del trabajo, con lo cual se perpetúan los niveles de desigualdad. Esta situación se hace aún más evidente cuando nos percatamos de que a mayor escolaridad corresponde un mejor nivel de vida, con lo cual se devalúan en el mercado social los ciclos iniciales de escolaridad.

El carácter abstracto del aprendizaje permite a la escuela actuar como seleccionador social. El mayor grado de abstracción se presenta en la educación básica, ya que generalmente, los conocimientos impartidos no guardan relación con la experiencia del alumno.

La lección que deben aprender rápidamente los egresados, es que la escuela no les ha permitido realizarse como personas, más bien les ha transformado en mercancía en busca de un lugar en la escala social; los niveles primarios a los que tienen acceso no les son tan útiles como ha publicado el sistema. El paso por la escuela será diferente según la clase o fracción de clase social a que se pertenezca.

Los hijos de cuadros directivos tendrán acceso a maestros especializados, a mejores instalaciones, a educación en varios idiomas, etc. Las escuelas tendrán alumnos bien nutridos, provenientes de familias que estimulan su aprendizaje con recursos económicos suficientes para proporcionarles educación incluso en su tiempo libre, por medio de viajes y experiencias sociales enriquecedoras. De estas escuelas saldrán los empresarios, los industriales, los profesionales con postgrado, los cuadros políticos, etcétera.

Al lado de este tipo de educación se encuentran los colegios privados los cuales formarán a los cuadros medios y los dedicados al comercio, y que engrosarán la cada vez menos influyente clase media.

Las escuelas rurales marginales, debido a sus carencias económicas y sociales, educarán a millones de alumnos que utilizarán poco los conocimientos adquiridos y pronto los olvidarán; la mayoría desertarán prematuramente (México posee un nivel promedio de 3.5 años de escolaridad).

Son numerosos los estudios respecto del rendimiento escolar de los alumnos de escuelas marginales; en su mayoría señalan que el rendimiento escolar está estrechamente vinculado con el origen social, de tal manera que a condiciones materiales de vida deterioradas corresponden estructuras escolares deficientes. También indican que para las clases populares la escuela transmite el contenido estrictamente necesario y reduce el mínimo el aprendizaje escolar.⁵

Es evidente que el engaño ideológico que encierra el hacer creer que con una precaria educación básica (la única a que tiene acceso la mayoría de la población en México), se puede hacer frente a la situación de pobreza en un mundo competitivo como el actual.

Los mecanismos que ponen en juego el plano estrictamente pedagógico escolar para provocar esta situación de crisis escolar, como lo proporcionan Tedesco y Parra⁶ puede mencionar tres aspectos principales:⁷

⁵ Solís Quiroga, Héctor. Op. Cit. Pp 45-48

⁶ Tedesco, J.C. y Parra, R., Marginalidad urbana y educación formal, UNESCO, 1981.

⁷ Ruíz Funes, Mariano. Etiología de la delincuencia de los menores. México

1. **Condiciones materiales del trabajo escolar.** Es evidente el deterioro de las instalaciones escolares en los barrios marginados, así como la carencia del material didáctico. Estas condiciones influyen directamente en el aprendizaje.

2. **Actitud del docente.** Los docentes han sido formados para impartir un programa educativo planeado esencialmente para grupos urbanos y de sectores medios. Carecen de preparación técnica, personalidad y de actitudes necesarias para atender pedagógicamente a los niños de estos sectores, los cuales tienen características heterogéneas, complejas y contradicciones, en comparación con los de clase media. Los docentes de estas escuelas, se han observado que poseen una visión prejuiciosa del barrio, visión que incorpora los rasgos atribuidos por la sociedad a la marginalidad: violencia, ignorancia, desempleo, delincuencia, desorganización familiar, prostitución y otras condiciones negativas. Como resultado, contemplan al marginado con un criterio pobre respecto de la educación, y sienten que su esfuerzo es muy penoso y poco redituable. Con estos argumentos justifican sus actitudes de descuido y aún de abandono del trabajo: la falta de preparación para impartir clases, el retraso para entrar a las aulas, las prolongadas charlas con los colegas en horas de trabajo y las frecuentes peticiones de permisos para faltar a clases.

3. **Metodología.** Los maestros acentúan la dificultad que implica adaptar los programas escolares a la difícil realidad de estos niños desnutridos, con deficiencias de aprendizaje, padres "incultos" y en ambiente social plagado de carencias, todo lo cual provoca en el maestro una confusión pedagógica, un no saber qué hacer, y ante esta situación, emplea diversos recursos para aproximarse al niño marginal, desde métodos tradicionales hasta técnicas menos pasivas. Sin embargo es evidente la diferencia de criterios, lo que trae consigo desorden en el proceso administrativo de la enseñanza y, por lo tanto, provoca deterioro en el aprendizaje del menor.

La resultante de esta compleja estructura de relaciones, prácticas y representaciones es la disolución entre la cultura escolar y la de los grupos marginados⁸.

Esta disociación se manifiesta en los elementos del proceso escolar como la relación entre escuela y comunidad, la cual propiamente no existe, ya que la escuela no pretende, en ninguna forma, la participación de los padres en el proceso pedagógico; sólo los incluye en las iniciativas para recaudar fondos y en la resolución de sus problemas materiales.

⁸ Zúñiga González V; *La educación escolar de los hijos de los migrantes rurales, movilidad profesional y clase social*; Tesis de doctorado, París, 1983.

Existe también aislamiento de los docentes respecto de la comunidad donde está ubicada la escuela, lo que aumenta su desinformación en torno a la situación concreta de sus alumnos, así como de sus problemas. .

Los padres asisten poco a la escuela y no plantean exigencias pedagógicas. Existe desconfianza mutua entre maestros y padres. Las organizaciones propias del barrio, como las relacionadas con la Iglesia, las políticas, las juveniles (pandillas), tienen escasa relación con la escuela. En ciertas circunstancias, manifiestan desconfianza y hostilidad hacia ella y en el caso especial de las pandillas, agreden, incluso físicamente las instalaciones.

Las normas, valores y actitudes del grupo marginal de raigambre rural, y en algunos casos indígenas, están desvinculados de la escuela, la que por su parte, tiende a imponer, de manera sistemática, los valores de la cultura dominante. Estos grupos ven confrontados sus valores, y cuando no se "conforman" se les rechaza.

El sistema educativo es un campo desde el cual se impone un orden cultural, que al ser impuesto mediante la acción pedagógica, adquiere legitimidad y rango de cultura dominante. En México, esta imposición cultural se transformó en exclusión, y en algunos casos en destrucción de la cultura original de vastos sectores de la población.

Esta disociación adquiere relieves dramáticos en el caso de los menores con problemas de conducta, por medio de los cuales se materializa el rechazo: son los marginados de los marginados.

La subcultura de la pandilla juvenil con sus normas, valores, ritos de iniciación, etcétera, es el medio alternativo en que crece un gran número de niños y adolescentes de los barrios marginales.

Finalmente podemos decir que, la media del nivel escolar de los menores infractores es de 5.5 años. Dada su corta edad, es superior a nivel de la población en general (3.5), sin embargo, la institución no responde a las necesidades del menor. Aún existe un 4% de analfabetos y el 65% corresponde a la deserción escolar ocasionado principalmente, por "desinterés" del alumno, quien no se adapta a un sistema educativo creado para otras clases sociales.

Las carencias económicas y los problemas escolares son otras dos causas importantes el abandono temprano de la escuela.

La adolescencia del Menor Infractor coincide con el inicio prematuro en el trabajo (el cual ocurre, en promedio, a los 16 años), con el abandono de la escuela y con sus primeras experiencias en torno a las drogas. Estos factores ocasionan un fenómeno marginal: el menor que comete actos antisociales.

Hay evidencia de la capacidad selectiva de la escuela respecto de los "buenos" alumnos, lo que muestra una aparente actitud preventiva; a mayor escolaridad, menor índice de infractores y de uso de drogas. Lo mismo puede afirmarse de la reincidencia delictiva.

Los niveles más altos de escolaridad corresponden a los grupos de mayores ingresos económicos. La marginalidad impone una serie de limitaciones que condicionan el rendimiento de los Menores Infractores.

Las condiciones materiales de la escuela marginal, las actitudes del personal docente y las contradicciones en su desempeño, las limitaciones de los métodos aplicados, las irregularidades burocráticas y los diferentes criterios producen deterioro en el aprendizaje, y determinan el fracaso de sus propósitos de educar y reinserir al menor marginado en una cultura que le es ajena.

La disolución entre la escuela, la familia y la comunidad, es la regla en estos sectores, de tal modo que las desorganizaciones naturales del barrio están desvinculadas del quehacer escolar. La disociación escuela-comunidad es más evidente cuando se trata de los menores de conducta antisocial, ante quienes se manifiesta una clara diferencia. Al permanecer la escuela ajena a la cultura del menor y de su grupo, fracasa en su intento de incorporarlo a los normas socialmente aceptadas.

c) En la comunidad

Con relación al mundo natural en que se desarrolla el menor, certeramente ha manifestado Ruíz Funes⁹ " que el medio circundante no es de modo exclusivo un factor social". Lacassagne dijo con frase precisa que el delincuente es el microbio y el ambiente su caldo de cultivo. En la lucha de la persona individual con el medio, se ofrece un problema de resistencia. La acción del medio esta en razón inversa de la potencia individual. Esto, que en relación con la delincuencia adulta seria exacto, no lo es con respecto a la criminalidad de los menores. El medio deforma al adulto ya formado, pero modela al menor. Sobre el adulto llegado a su completo desarrollo, el medio puede realizar una obra desintegradora. Por profunda que sea esta desintegración, en el adulto subsisten siempre factores individuales triunfantes. En cambio, su obra puede superar la desintegración con respecto al menor y llegar a transformarlo por completo. En la lucha del hombre con el medio se proyecta sobre su conducto un doble factor personal y mesológico. En la lucha del menor con el medio, el factor mesológico puede contrarrestar hasta llegar a absolverlas, sus disposiciones individuales. Esto no quiere decir que esas disposiciones no favorezcan, ocasionalmente, la acción del medio. En cambio la obra de sus resistencias es limitada. En muchas conductas antisociales de menores abandonados y extraviados es preciso buscar el estímulo determinante del acto social en la nostalgia del hogar".

⁹ Ruíz Funes, Mariano. Criminalidad de los menores. Imprenta Universitaria. México. 1953. P. 45 y sig.

El valor del medio como factor generativo de la criminalidad infantil no debe ser apreciado en sí mismo con carácter autónomo: es preciso relacionarlo con el individuo mediante la educación medio-sujeto.

Nos referimos al medio ambiente concebido como el mundo físico circundante, con exclusión del medio social que indudablemente también influye en la conducta y en la situación del menor.

Creemos necesaria esta salvedad puesto que hay autores que con la expresión "medio circundante" se refieren tanto al ambiente físico como el social. Así, Martínez Lavalle¹⁰ afirma que "el hombre reacciona ante el medio ambiente físico y social en forma personal, es decir, no es el medio ambiente el que determina la actividad antisocial del individuo y sus características, es él mismo quien según sus peculiaridades personales recibe al ambiente y lo desprovee de su aspecto real para orientarlo en una propia expresión... El clima, la topografía, el medio geográfico (paisaje), tienen participación en la elaboración del carácter del individuo, pero no determinan en forma fatal una actitud negativa hacia el grupo social. Para ello es necesario que existan en el hombre potencialidades delictivas, que está propenso a la realización de actos antisociales, ya que es una absoluta verdad el que el mismo ambiente sugiere modos de vida diferentes según la calidad del hombre sobre el que actúa".

Gross y Jaspar han señalado la preponderancia de éste factor criminógeno en los delitos de aquellos menores nacidos y formados en medios rurales, que emigran a la ciudad y se sienten aislados con fría soledad moral y sentimental, entre el tráfico y la actividad de la vida ciudadana. En bastantes casos el abandono del hogar es también el impulso que pone en acción los mecanismos criminales.

Gielb ha distinguido, con razón, entre un medio activo y un medio pasivo. El medio puede ser indiferente en la formación del menor, pero puede modelarlo para las buenas y males conductas, es decir, puede orientar sus tendencias y crearlas. El medio puede ayudar al desarrollo y estorbarle. Por lo demás, el medio no sólo es del sujeto, sino el de hecho. Al contacto con el medio del hecho, sujetos predispuestos pueden sucumbir. Por el contrario, sujetos predispuestos buscarán los medios aptos para la realización más fácil de sus inclinaciones. Hay ambientes sanos y malsanos, y sujetos capaces de observar buena conducta en los malos ambientes y pésimos en los buenos.

Nelson ha incluido en el ambiente, extraño al hogar, ciertos factores negativos, pero también ha considerado junto a ellos los que llamo justamente antídotos del ambiente malsano. La educación es por sí misma un ambiente y otro el trabajo.

¹⁰ Martínez Lavalle Arnulfo. La etiología de la conducta criminal y los factores de la delincuencia. Revista Jurídica Veracruzana Tomo 8º No. 4, Jalapa, Dic. 1977. pág. 310.

El valor del medio como factor generativo de la criminalidad infantil no debe ser apreciado en sí mismo y con carácter autónomo: es preciso relacionarlo con el individuo mediante la educación medio-sujeto. Su acción es relativa y variable. El medio hay que examinarlo también en función de las relaciones sociales. El diagnóstico de la delincuencia de los menores hay que realizarlo a base de la naturaleza profunda del niño y de sus relaciones con el medio ambiente. La acción del medio, como han señalado Healy y Bronner, es variable y relativa. Su papel en la dinámica de los acciones humanas no es absoluto.

A propósito de la influencia de los medios urbano y rural sobre la delincuencia de los menores, Bonhofer ha afirmado que el 20 por ciento de los que adquirieron antes de los veinticinco años, entre los sujetos examinados por él, ya en estado adulto, habían nacido en el campo. En cambio la cifra llegaba al 55 por ciento entre los que cometieron su delito después de esa edad. Sólo un 21 por ciento de los delincuentes reincidentes y un 20 por ciento de los primarios procedían de pequeños medios urbanos situados en la proximidad de grandes zonas rurales.

La calle tiene un cierto valor criminógeno, diversamente apreciado. Para Burt, un 18 por ciento de delincuentes menores llegaron al crimen por la influencia del ambiente callejero. Healy encontró ese factor criminógeno preponderante en un 62 por ciento de 3,000 casos.

Se señala la existencia en las grandes ciudades de auténticas zonas delictivas, cuyo poder criminógeno para los menores es invencible.

Se consideran como anomalías del comportamiento ciertas travesuras producto del medio ambiente, a las que se les llamó con un tono impropio, saturado de dramatismo artificial, delitos, y que no lo son. El comportamiento, se disciplina por las manifestaciones iniciales de la vida de relación, sufre la del ambiente, que en la cronología de las edades facilita el paso de las acciones las anécdotas del juego a verdaderos conductos antisociales, y que va dejando en el carácter una huella capaz de desintegrarlo hasta el delito.

Deben estimarse como ambientes específicamente criminógenos, las llamadas áreas criminales, los *slums* de los norteamericanos, o los barrios pobres, en que otros elementos distintos del ambiente suelen ser el factor desencadenante de las actividades de los delincuentes precoces. En esas actividades y en esos ambientes suelen predominar los robos, en cuya génesis es obligado buscar también la acción coadyuvante de las malas situaciones económicas.

Dentro del medio y por una acción combinada de diversos factores, se ofrecen formas de delincuencia asociada.

El medio fomenta y hace madurar las tendencias criminales. Un principio de división del trabajo o un espíritu de empresa asocian a unos menores con otros.

Así surgen esas formas heterogéneas de delincuencia asociada que se llamó la banda, la cuadrilla, el gangsterismo, y que ofrecen un alto porcentaje en la delincuencia infantil. Pero ha podido observar que el número de componentes de los grupos están en razón inversa de la actividad del criminal. A más delincuentes menos delitos. La acción interpsicológica es más fuerte en la pareja criminal. La presión sugestiva es más intensa. Se proyecta sobre varias personas en el grupo más numerosos, la banda la cuadrilla. Por lo tanto, no es de extrañar que las estadísticas de la delincuencia plural en los hechos criminosos realizados por la pareja, ya que conforme aumenta el número de copartícipes en la acción criminal, vaya decayendo dicho porcentaje.

Los indudables atractivos de la calle, simplemente aprehensibles por el dinamismo elemental de las percepciones sensoriales, tienen una acción evidente y fácil sobre la moralidad y la delincuencia de los menores. Su facilidad a la sugestión, lo elemental del mecanismo psicológico que hay que poner en obras para recibirla, la fuerza de fijación que va añeja a los espectáculos callejeros, llegan propiciamente al menor. La calle es el mal ejemplo, la exhibición, el anuncio ambiguo, todo ello a través de las sollicitaciones al sexo que se despiertan por el poder de la imitación, por la ausencia de inhibición, y que cobran una difusibilidad y una fuerza de fijación extraordinarias con respecto al menor espectador.

El medio rural, cuyo valor saludable es notorio es relación con el tratamiento eficaz de la criminalidad adulta, a través de las colonias agrícolas, ejerce especialmente una acción de higiene física, mental y moral. Se ha sostenido, sin embargo, que el aire libre y el sol preservan más a los adultos que a los menores, y que lo mismo ocurre en relación con la reincidencia.

En esta época de tantos siglos, la promiscuidad es el único tratamiento conocido. menores y adultos conviven en la corrupción carcelaria y son indistintamente víctimas de los servicios que la cárcel lleva consigo de modo inexorable. La prisión es entonces el factor criminógeno por antonomasia. Recibe a niños y adolescentes autores de conductas criminales de diversa gravedad, pero siempre episódicas, y los convierte en delincuentes profesionales. Sólo los salva de la prisión la institución penal del discernimiento. Si no pueden asirse a ella, los tribunales, inexorablemente, les condenan a una doble sanción, la privación de la libertad por más o menos tiempo y la sumisión a una fatalidad criminal de la que raramente se emancipan. Se libran de sus defectos los infantes, pero no son adolescentes.

Una mentalidad penal implacable e indestructible sigue predominando con respecto a los últimos. Los códigos punitivos fijan un límite a la minoridad penal, que si bien es cierto que tiende a ascender, coincide todavía con los últimos años y quizá los más difíciles de la edad peligrosa. No se acepta de una manera radical la idea de conservar la prisión exclusivamente para los hombres y de sustraer de ella a todos los menores, desde los niños en cuyas almas tiernas deja semillas de terror capaces de producir dramáticas cosechas de perturbaciones de todas clases, hasta los adolescentes, entre los que puede ejercer una acción ambigua que, iniciándose con el terror mismo, puede desenlazarse con el gusto morboso del crimen o con la decisión, por ímpetu juvenil o por el instinto de aventura, de consumarlo cruelmente.

La prisión ofrece a los ojos del que la sufre un espectáculo múltiple, poblado de motivos concordantes y variados de deformación o desviación psicológica. Constituiría un grave error de perspectiva suponer los defectos que la prisión puede producir en un menor por el movimiento de repugnancia o de piedad que experimenta por ella o le hacen sentir sus huéspedes forzados a un adulto honesto, o medir estas reacciones por la indiferencia con que es acogida por determinados adultos criminales. La prisión es todavía, en muchos países, una de las expresiones de la defensa social por el terror, que encuentra en la pena de muerte su instrumento predilecto.

Con todo, el edificio, su disposición, la expresión morfológica, física y moral de sus habitantes, el tipo penitenciario, producto de anomalías o enfermedades o configurado por una mímica emocional engendrado por el sufrimiento, el confinamiento en una aglomeración humana antihigiénica la falta de sol, la atenuación de la luz las disposiciones arquitectónicas de seguridad, los hierros los cerrojos, el rumor melancólico de los hombres enjaulados, las voces del mando, los desfiles automáticos y fatigados, los uniformes infamantes, todo ello es un espectáculo de depresión y de angustia.

De depresión y de angustia para un adulto; de terror, de alucinación y de desequilibrio para un niño; de malsana curiosidad para un adolescente agitado; de horror y de disgusto para un adolescente normal, a cuya vida en germen y en impulso toman freno de desencanto y de fracaso. Y este es el espectáculo de la prisión; pero es preciso contar también con su intimidad, con el aislamiento que abandona al aislado con los colegas de la misma edad que hace fructificar en él todos los gérmenes malos, con la promiscuidad de los mayores que por la vía de la violencia o por el camino del ejemplo conduce a la corrupción, a la desesperación o al abatimiento.

Con las ideas modernas se operan dos procesos en el tratamiento penitenciario de los menores, uno de discriminación y otro de supresión total. La discriminación consiste en separar dentro de los establecimientos ordinarios de pena a los menores de los adultos.

Con ello se evitan los gravísimos males de la promiscuidad. Pero los demás factores de la acción carcelaria sobre el menor conservan su deletérea eficacia. La supresión, el convertir el tratamiento penitenciario de los menores en una terapéutica correctiva, declara abolida para ellos la prisión con todos sus inconvenientes.

Con el principio de suprimir para los menores la pena de prisión no queda resuelto el problema. Conducido el menor por el imperio de los progresos de nuestro tiempo, a establecimientos especiales, pueden quedar en ellos sin embargo, residuos penitenciarios. De la pereza característica de la inteligencia media es difícil separar una idea sobre la que gravita una experiencia multiseccular, que juzga como crímenes ciertas conductas antisociales y que adscribe inexorablemente es la idea del delito la idea de la pena.

Contribuye a profesionalizar las conductas criminales determinadas medidas que se aplican a menores, por su situación de abandono. Nos referimos a los establecimientos para huérfanos, cuya potencia criminógena, en relación con los delincuentes jóvenes, mas o menos precoces. Los orfanatos contribuyen a la criminalidad sexual en la proporción de un 20 por ciento a la cifra total, y en los titulares de las conductas de esta clase existe una mayor proporción de menores procedentes de instituciones que de familias.

3. Aspectos generales del Tratamiento de los Menores Infractores

A partir del ideal constitucional de lograr el desarrollo armónico de todas las facultades del ser humano, que incida a su vez en su desarrollo integral, esta institución de tratamiento para menores infractores lleva al cabo acciones coordinadas en las áreas educativa, formativa y terapéutica que conforman un Programa de Tratamiento Integral, Progresivo y Dual de acuerdo con los lineamientos que marca el Programa Nacional Tutelar y, dentro de éste, el Sub-programa de Tratamiento especializado.

La Psicóloga Marín Hernández Genia, en su obra Historia de la Instituciones de Tratamiento para Menores Infractores nos menciona¹¹. El programa de tratamiento de referencia es integral porque comprende aspectos biológicos, psicológicos, sociales, técnicos y culturales de la vida del menor.

Progresivo, porque está estructurado en etapas con metas claras y precisas, acorde a lo dispuesto por el Consejo Tutelar en su resolución definitiva dentro del procedimiento tutelar y como resultado del diagnóstico integral de la personalidad del menor y de su ámbito familiar y social.

Dual, toda vez que se dirige al menor como a su familia al subrayar que el objetivo final del tratamiento es la readaptación y reincorporación social del menor y el mejor funcionamiento de la dinámica familiar o del núcleo social primario.

Las finalidades del Programa de Tratamiento mencionado son inmediatas y mediatas. Las primeras son educar, orientar y formar al menor para una vida socialmente útil y productiva mediante la atención médica y psicológica, la capacitación técnica, la educación y la formación social en su núcleo familiar y en la comunidad.

Las mediatas son abatir los índices de desadaptación juvenil que dan lugar a la conducta antisocial. Ello, en coordinación con instituciones afines.

*Datos de los procedimientos empleados en la atención de los menores infractores.

¹¹ Marín Hernández, Genia. Historia de las Instituciones de Tratamiento para Menores Infractores del D.F., CNDH. México .1991. págs.39 -48.

- I. Recepción
- II. Tratamiento Multidisciplinario y capacitación para el trabajo
- III. Etapa de Pre-Externación y Reincorporación Social
- IV. Seguimiento del caso

1. Recepción

Los objetivos son:

- Eliminar incertidumbre y angustia motivados por el internamiento del menor.
- Darle información y orientación sobre su situación jurídica.

II. Tratamiento

a) Área de Trabajo Social

Al considerar que el objetivo fundamental de las instituciones de tratamiento es promover la readaptación y reincorporación del menor infractor al medio socio-familiar, la intervención del trabajador social es definitiva toda vez que tiene a su cargo la tarea de *contribuir ampliamente en el proceso de orientar y reeducar a los menores que siendo parte de la sociedad están separados de ella por haber adoptado una conducta antisocial.*

El objetivo del programa específico de trabajo para lograr las metas institucionales es unificar los criterios de trabajo y actividades para lograr una mayor eficiencia en los tratamientos dados en el ámbito individual y familiar y que se lleva a cabo en forma sistemática.

Los objetivos específicos son:

- Conocer al alumno y su problemática;
- Lograr la comunicación entre alumno y trabajador social;
- Determinar la situación real del menor y su familia y lograr la interacción de ambas partes;
- Motivar una mayor participación de los padres de los menores en la resolución de los problemas que originaron la conducta del menor;
- Formar grupos de padres de familia en los que se sensibilice y concientice mediante orientación a los mismos, con relación a la problemática que presenten;
- Fortalecer las relaciones interfamiliares con el fin de lograr la integración y participación adecuada del menor en su medio familiar y social;
- Lograr el mayor grado de bienestar social a través del desarrollo de las potencialidades del menor y de su familia.

Actividades:

1. La investigación es una de las funciones iniciales para conocer la situación real del menor. Las actividades a desarrollar en este punto son:

a) Al ingresar el menor a la institución es entrevistado inicialmente con el objeto de conocer la opinión del mismo con respecto a su internamiento y orientarlo en su adaptación al medio intra-escolar, para que no lo sienta como un castigo, sino como medio de rehabilitación que se logrará a través de la enseñanza primaria, secundaria, capacitación en un oficio y actividades recreativas para su mejor desarrollo físico y mental.

b) Localización de los familiares del menor. Esta actividad resulta de suma importancia por ser uno de los primeros pasos a seguir en el proceso íntegro de la readaptación del menor infractor, en virtud de que se sirve de pauta para conocer su situación general en relación con su familia.

c) Localización y entrevista con la parte ofendida a fin de tener una versión más clara de los hechos que motivaron el internamiento del menor. En caso de existir antecedentes, localizar de ser posible, a todas las personas afectadas.

d) Elaboración del estudio socioeconómico de la persona o personas que se van a hacer cargo del menor para complementar la investigación social.

e) Envío de oficios a autoridades, solicitando su colaboración para la localización de familias de menores en los diferentes Estados de la República.

1. La orientación es un punto importante en el tratamiento a los menores, se lleva a cabo en forma individual y familiar, teniendo como finalidad la sensibilización de los familiares que se niegan a hacerse cargo de los menores para que finalmente se responsabilicen nuevamente de ellos.

Visitas domiciliarias independientemente de los estudios, sociales, con el objeto de saber por qué la familia no visita a la menor en los días fijados por la institución.

Participar en forma directa en las actividades diarias de los alumnos con el objeto de establecer comunicación con ellos y de corregir y fomentar hábitos y valores positivos en los talleres, salones de clases, cocina, comedor, dormitorios, etc.

a) área de psicología

Tiene como función manejar la problemática de los menores internos que por su edad se encuentran en una etapa crítica, agudizada por su conflictiva familia, contexto hacia el cual se enfoca el tratamiento psicológico tendiente a facilitar la readaptación y reincorporación del menor a la sociedad y a su núcleo familiar. Si éste no existe, fortalecerá para que logre su ubicación en un hogar sustituto.

La acción primordial de esta área estriba en la realización del tratamiento psicológico, de acuerdo a las características del menor, con la finalidad de orientarlo y darle las herramientas para que lleve a cabo un mejor manejo de su conflictiva dentro de la dinámica familiar y social en que esté inmerso.

Las actividades son:

- Entrevista inicial para determinar el trabajo terapéutico a realizar entre el técnico y el menor, señalando el calendario y horario de sesiones. Se aplicarán algunas pruebas para tener un mayor conocimiento de los componentes que integran su personalidad.
- Revisión inicial para plantear interdisciplinariamente las estrategias del trabajo a seguir.
- Psicoterapia al menor acorde a las características de personalidad y capacidad intelectual con el objeto de reforzar su autoestima, introyectar parámetros de conducta adecuados, concientizar la conducta emitida, orientar acerca del desarrollo sexual normal, manejar su agresividad y sentimiento de soledad, y brindarle tratamiento psicológico a su problema de farmacodependencia entre otros aspectos.
- Orientación a la familia en apoyo de trabajo social para propiciar cambios estructurales que contribuyan a mejorar la dinámica familiar.
- Dinámicas de grupos como apoyo terapéutico para promover el desarrollo del menor en participación responsable dentro de un grupo y favorecer una mejor comunicación y desarrollo personal dentro del mismo. Esto se logra mediante juegos estructurados prácticas de sensibilización, círculos de reflexión y discusión sobre las experiencias dentro de las actividades anteriores.
- Educación especial cuando se presentan problemas de literalidad, coordinación bismotora fina y gruesa, algunos problemas de lenguaje entre otros.

Es importante señalar que en las áreas mencionadas se cuenta con un registro de asistencia del menor a las sesiones del trabajo social y psicología, así como con una nota de evolución del tratamiento aplicado y que consta en el expediente del menor.

a) Área médica

Medicina General:

- La educación higiénica en las instituciones de tratamiento para menores infractores es un elemento fundamental para la obtención y preservación de la salud, ya que ésta es prioritaria por la repercusión de carácter social, cultural y económico en el desarrollo de una comunidad en particular.

Las actividades son:

Medicina preventiva. Se dan pláticas a toda la población dividida en varios grupos de acuerdo con su edad y causa de ingreso, sobre higiene personal y de habitación, información sexual, enfermedades venéreas, planificación familiar, farmacodependencia entre otros temas.

Dentro de la medicina preventiva se da prioridad al control de los manejadores de alimentos con su tarjeta sanitaria, supervisión periódica de área de cocina y sanitarios y campañas de higiene personal.

Historia clínica. Revisión inicial para destacar su estado de salud en general; en caso de presentar algún padecimiento se interna o se canaliza a otra institución médica cuando se requiere de una atención especializada.

Revisiones periódicas cada quince días. Se efectúa una revisión a toda la población, específicamente en pelo uñas y pies para evitar que se presenten padecimientos que son comunes en este tipo de instituciones.

Información especial a menores embarazadas y madres. Se les brinda orientación sobre el cuidado prenatal, postnatal, atención al recién nacido, en crecimiento y desarrollo.

Control y administración de medicamentos. Mensualmente se efectúa un recuento de medicamentos y material para disponer de estos en el momento en que la población lo requiere.

-Psiquiatría:

La psiquiatría actual es la rama de la medicina que tiene por objeto estudiar y tratar las anomalías de la personalidad que puedan afectar la vida subjetiva del individuo y sus relaciones con los demás y, por ende, su capacidad para adaptarse a la vida social y familiar.

La psiquiatría busca también los orígenes e interacciones de la conducta anormal tales como: Aspectos genéticos que se refieren a los antecedentes familiares y los aspectos dinámicos, a las motivaciones y mecanismos de adaptación que se utilizan para lograr el funcionamiento de la personalidad a los niveles biológico, familiar y social.

Las actividades que se llevan a cabo son:

Se examina a todo alumno que ingresa y se le hace una historia clínica psiquiátrica.

Dicha historia se complementa con la información recabada por el médico general y la trabajadora social, especialmente esta última en lo que a antecedentes respecta.

Se pide información al psicólogo que lleva el caso en cuanto a los hallazgos psicológicos que mediante las pruebas aplicadas hayan sido detectados por ella.

Cuando ello es posible se entrevista a los familiares especialmente a la madre. Con este estudio ya completo y la observación del menor en las primeras semanas de estancia en la Institución si el caso lo requiere se solicitan Tribunal para Menores Infractores estudios complementarios:

Neurológico y/o electroencefalográfico. Se instruye el tratamiento que se juzgue necesario a saber:

- Tratamiento psicofarmacológico.
- Tratamiento psicoterapéutico.
- Terapia a la familia.

Todo menor interno con o sin tratamiento será entrevistado de rutina para, revalorizar el caso y seguir su evolución.

- Odontología:

La caries dental y los padecimientos parodontales son unos de los problemas más frecuentes con que se encuentra la odontología moderna, ya que la primera afecta principalmente a los niños y adolescentes siendo la causa principal de la pérdida de los dientes en ellos.

- Actividades informativo-educativas.

En la población interna se hace conciencia sobre medidas preventivas y de higiene general que deben llevarse a cabo para conservar e incrementar a través de la creación de hábitos adecuados, la salud oral.

La educación en materia de salud oral se dirige a la población empleando los medios adecuados de divulgación. Los conceptos educativos de higiene oral se difunden poniendo especial atención a las embarazadas.

Se emplean, para la difusión, carteles, rotafolios, teatro guiñol, material audiovisual, cassettes, etc.

- a) Área de pedagogía:

Debido a que la población tiene una estancia promedio de 6-8 meses se han implementado acciones que cubran el objetivo de esta área el cual es reincorporar, motivar y producir avances académicos en los menores.

Las acciones son:

- Todos los alumnos analfabetos son alfabetizados en un promedio de 6 meses, para ello se aplica el modelo de alfabetización elaborado para esta población. Este método tiene como características que es dinámico. Asimismo con ello se posibilita que continúen con el proceso de aprendizaje académico planteando en el plan denominado "Primaria Intensiva Modular para Menores Infractores".
- Para los grupos de jóvenes que se encuentra entre segundo y sexto grado académico se ha implementado el Programa de Primaria Intensiva Modular para Menores Infractores, el cual está registrado por la Secretaría de Educación Pública.
- En cuanto a la secundaria, ésta funciona con el método de INEA, además, los jóvenes son capacitados en alguno de los talleres, logrando con ello la capacitación-educación.
- Para los jóvenes que han concluido su preparación secundaria y que ingresan al plantel se han programado actividades específicas de capacitación.

III. Etapa de pre-externación y de reincorporación social

Las actividades en esta etapa son:

- Orientación con relación a su adaptación al medio ambiente externo sociofamiliar, laboral y escolar,
- Programación de salidas de fin de semana, permisos especiales o traslados a una institución abierta a semiabierta.
- Canalización a diferentes centros para continuar la acción terapéutica dada al menor.
- El menor recibe orientación especial, que ayude y favorezca para el manejo de la libertad.
- La institución de tratamiento encargada de la medida, en coordinación con la autoridad tutelar, analiza si es conveniente o no que el menor se reintegre al seno familiar. Si no fuere así, lo canalizará al Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia o a la Institución equivalente, la que lo canalizará al lugar adecuado.
- La institución antes mencionada procurará obtener para el menor la colocación laboral, servicios educativos y de salud, sirviéndole de aval moral cuando fueren necesarios y, además, lo auxiliará en los aspectos de apoyo, protección, orientación y le brindarán la ayuda que requiera.

I. Seguimiento del caso:

A fin de abatir el índice de reiterancia de la conducta infractora, trabajo social lleva a cabo esta acción con el fin de apoyar al menor en libertad.

CAPÍTULO II

EL MENOR INFRACTOR EN ALGUNAS CULTURAS ANTIGUAS

En la antigüedad la situación del menor ha sido ampliamente tratada en el régimen del derecho privado. La familia antigua se fundaba en un principio político y se caracterizaba por el rasgo dominante del régimen patriarcal, la soberanía del padre o abuelo paterno. Priva la concepción absoluta y política de un régimen patriarcal donde los derechos eran ejercidos a través del jefe de familia. Por otra parte, interesa destacar que, desde le punto de vista penal o correccional, como hoy se le denomina, el menor durante numerosos siglos no fue protegido, amparado o tutelado. Desde el origen de la humanidad hasta la iniciación del siglo XIX, para los efectos de punición, no se distinguió cuando los delitos eran cometidos por niños, jóvenes o adultos, haciendo caer a todos ellos en el ámbito del derecho penal. Surgió una orientación opuesta que deja a los adultos sometidos al derecho represivo, excluyendo de él a los menores que han iniciado en el delito. Los criterios fijados, señalan la obligatoriedad del conocimiento de esa evolución histórica.

Los historiadores al estudiar la historia antigua, refieren la necesidad del conocimiento de las creencias de las antiguas para conocer sus instituciones. Por ello "las generaciones más antiguas, mucho antes de que hubiera filósofos, han creído en una segunda existencia después de la actual. Han considerado la muerte, no como una disolución del ser, sino como un simple cambio de vida. De ahí el tratamiento de la muerte del alma, del culto a los muertos, éstos pasaban por seres sagrados *-dioses-manes-* culto a los antepasados: fuego sagrado¹², habida cuenta, de que la religión indudablemente ha sido el principio constitutivo de la familia antigua, que suele continuar con el matrimonio, siendo ésta la primera institución creada por la religión doméstica, base de la continuidad de la familia se estableció la prohibición del celibato; divorcio en caso de esterilidad; desigualdad entre el hijo y la hija; pero por otra parte consagró la adopción fundamentándola en el deber de perpetuar el culto doméstico, constituyendo éste el principio del derecho de adopción; y la emancipación, cuyo principal efecto consistía en la renuncia al culto de la familia en que se había nacido.

Los ordenamientos antiguos se nutren de esos lineamientos en directa relación con la situación política, social y económica de ese momento histórico.

a) EGIPTO

En los pueblos del oriente, entre ellos Egipto, no se tienen en el orden privado una concepción clasificadora de la situación, por confundirse el derecho y la religión, así como el derecho público y el derecho privado.

¹² Fustel de Coulanges. La ciudad Antigua. Trad. de Eusebio de Gorbea. 2ª. Ed. 1951. Pp. 9.17,55 y sgts.

El pueblo egipcio prefirió las ciencias experimentales no obstante, se trata al menor en el derecho civil a través de la familia antigua, como familia política. Las instituciones a las que era sometido el incapaz provocaban los beneficios en el titular y no en el sujeto pasivo, ya que éste era considerado como un sujeto sensible de vindicación. Se tratan instituciones como el matrimonio, divorcio, patria potestad, etc., pero todas ellas impregnadas de la realidad sociopolítica de la época. En el divorcio, por ejemplo, la situación del marido y la mujer era muy desigual. Esta tomaba toda clase de precauciones para escapar a las consecuencias del divorcio, estipulaba multas, garantías fiduciarias e hipotecas, que el marido debía de satisfacerle en caso de ruptura del vínculo matrimonial. Ella, en cambio, dejaba a salvo su derecho para requerir el divorcio cuando lo creyere conveniente.

En general y desde el punto de vista correccional en las civilizaciones orientales que precedieran a la griega e incluso a esta, existe diferencias en el tratamiento punitivo aplicable a los delincuentes mayores o menores. Privó en esos pueblos *"un concepto teológico de la autoridad pública, siendo el vínculo religioso el integrador de las sociedades de ese momento; y por supuesto subordinada la actividad de la comunidad a la noción de la divinidad"*¹³. Por tanto el culto familiar predomina en estas sociedades y la autoridad del monarca es consecuencia de la divinidad misma. Sólo constituye delito para los pueblos: chinos, persas, egipcios, hebreos, las violaciones a los preceptos religiosos. Así, en Egipto los hijos de los delincuentes acompañaban a sus padres a sufrir el trabajo, que también ejecutaban, en el interior de las minas¹⁴.

b) BABILONIA

El código babilónico o de Hammurabi, refleja la vida y las costumbres de los babilonios. La sociedad estaba dividida en tres clases: los nobles, hombres libres y los esclavos. Esta división social se traduce en la aplicación de los castigos: la muerte de un noble merecía una severa pena, en tanto que la de un hombre libre o un esclavo, tenía mucha menos importancia.

Señala la historia que dicho código refiere por ejemplo la protección que debe darse a las viudas, a los huérfanos y a los pobres, pero por otra parte destaca la concepción primitiva de la ley del talión, las penas establecidas para los delitos eran severas, se castigaba con la muerte a los ladrones, a los que no concurrían al llamado del ejército, a las taberneras, al que hubiere golpeados a su padre, reglamentando el ejercicio de las distintas profesiones, fijaba los honorarios de los cirujanos, fijaba los honorarios de los albañiles, carpinteros y mineros, el matrimonio era un objeto del contrato, se establecía la cuantía de los bienes de cada esposo y se determinaba con que bienes quedaba la mujer en caso de divorcio o viudez.

¹³ Angarita Trujillo, Carlos. La situación irregular. 1965. Edime Madrid página 25.1

¹⁴ Pérez Vitoria, Octavio. La minoría penal. Ed. Bosh. Barcelona, 1940 pág. 14.

El susodicho cuerpo legal rigió durante quince siglos, y reguló una sociedad esclavista, donde la justicia es objeto de severa organización, indicando la existencia de una sociedad civilizada. Contiene instituciones como la familia, matrimonio, divorcio, bienes de cónyuges, viudez, etc., con ideas de equilibrio social, pero a su vez consagra la concepción primitiva de la justicia.

Durante muchos siglos, no existió una rama específica del derecho para los delitos cometidos por menores, que con frecuencia fueron sometidos a dura represión, en ocasiones, inhumana, privando el principio de que los hechos delictuosos constituían las violaciones a los mandatos divinos, pues la acción de la sociedad está supeditada a la noción de la divinidad.

c) GRECIA

En Grecia se legisla de manera similar a Babilonia. Dice Aristóteles que la Monarquía cedió a la aristocracia. Licurgo hizo su reforma y fue encargado de las funciones de legislador. Las funciones ejecutivas pasaron a los magistrados, quienes dictaban justicia en materia civil; la criminal quedó de la competencia del senado. Cuando Solón comenzó la emancipación de la tierra, el cambio en lo social produjo un cambio en el orden político, compartiéndose con los hombres de casta inferior. Existe una seria organización de la ciudad constituida debidamente y son reguladas la familia y las instituciones familiares de acuerdo a la realidad imperante.

En cuanto a la concepción del delito era más avanzada que en los pueblos del Oriente. Son racionalistas, organizan la ciudad y se dedican al estudio del hombre y de los grupos sociales, lo cual incide en nuevas conceptualizaciones penales en relación con el delito y la penalidad. Se constituye la inspiración divina de las leyes por el concepto concreto del Estado. La violación de normas legales que regulan la actividad social, se estima como delito y deben sancionarse a los fines de la preservación de las instituciones políticas. Las leyes son obligatorias para todos, generales, pero no trataron la inimputabilidad o atenuación en razón de la edad en los sujetos activos por la comisión del hecho punible. Por tanto no existieron diferencias respecto a la punición entre mayores y menores como agentes delictivos.

d) ROMA

La doctrina romanista inicia el tratamiento del menor, en el Orden Privado, desde la Ley de las XII Tablas, y específicamente al considerar el régimen sobre la persona. En efecto, expresa Camus " el ordenamiento jurídico reclama necesariamente un sujeto, sobre el cual se proyecta, con facultades y deberes específicos, que es la persona" (Todo el derecho ha sido constituido por causa de los hombres).

Es entendida la persona como un ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones. Posteriormente incluye el concepto de persona en el derecho natural y en el derecho civil, para concluir con la conceptualización general del sujeto de derecho, es decir, todas aquellas personas que puedan tener derechos y ejercerlos, o sea las personas que están dotadas de capacidad jurídica, determinada ésta por el *status libertatis, civitatis* y familia. Se enuncia, pues, la regla general sobre la capacidad, al señalarse que es plenamente capaz el sujeto de derecho. Se consideran igualmente por la doctrina los dos tipos de capacidad: de goce y de ejercicio, entendidas en sentido general como la aptitud para adquirir derechos y ejercitarlos. La capacidad de ejercicio mantiene la doctrina, se modifica, como es lógico, en razón de una serie de factores que inciden sobre la persona, que la limitan y restringen, precisándose las causas de la incapacidad de ejercicio. Se estudia, así, la excepción al principio general de la capacidad. Entre esas circunstancias se señala, entre otras, la edad. La doctrina romana no la define, admite un concepto genérico; la analiza en razón de los efectos que ejerce la capacidad de los sujetos, iniciando con su estudio el tratamiento del menor.

Los romanos distinguen con base en la edad, los púberes de los impúberes. En la impubertad se distinguía la infancia de la mayor infancia y esta última se subclasificaba en próximos a la infancia y próximos a la pubertad. A su vez, la pubertad se clasificaba en menores púberes y mayores púberes.

La infancia comprende "el período en que aún no se habían cumplido los siete años. Según el Derecho Justiniano, se consideraron totalmente incapaces. Naturalmente no podían realizarse dentro de esa edad ningún acto jurídico válidamente, ni podrían producir efectos de derecho, toda vez que se carece de voluntad de discernimiento".

Con respecto a los impúberes infantes mayores expresa Kunkel en su obra: "Los niños mayores de siete y menores de doce o catorce años podían realizar independientemente aquellos negocios por los cuales se enriquecieran (por ejemplo aceptación de una herencia o de perdón de una deuda); los que implicarían para ellos una disminución o carga patrimonial (pago de una deuda, aceptación de un préstamo) sólo podrían ser realizados con la intervención de un tutor. Sin embargo, en relación con éstos últimos manifiesta Kunkel que "el Derecho Romano señala de manera especial el caso de negocios realizables por el menor sin la intervención del tutor y que llevan consigo enriquecimiento y gravamen, los cuales eran válidos a medias, es decir, se beneficiaban con los derechos pero no se gravaban con las obligaciones". El emperador Pío, sin embargo, publicó un *rescripto* en el que se prescribió que el impúber estaba obligado a devolver la porción de que se hubiera enriquecido con el negocio".¹⁵

La subclasificación de la mayor infancia en próximos a la infancia y próximos a la pubertad, según Camus "sólo tiene aplicación en cuanto a la imputabilidad de los actos ilícitos, pues los primeros no eran responsables mientras que los segundos sí, en virtud de su mayor discernimiento".

¹⁵ Kunkel. Jors. Derecho Privado Romano. Ed. Labor. Pág. 124.

En cuanto a la pubertad es necesario especificar ahora que el inicio de la pubertad se manifestaba, por una parte, por el desarrollo físico para la procreación, y por otra parte, externamente, como señala Kunkel cuando "los varones por vestir al capaz la prenda masculina característica o toga virilis entre los catorce y dieciséis años".

Durante cierto tiempo el arribo de la pubertad era el único criterio que determinaba la plena capacidad para obrar, mientras las costumbres y la poca complejidad de la vida lo permitieron.

Ahora bien, la fijación de la pubertad como término para adquirir la plena capacidad de ejercicio, y la fijación de una capacidad para negociar a una corta edad (14 años), provocó una serie de inconvenientes con el posterior desarrollo económico y social de Roma y con la compilación de la vida jurídica, lo que llevó a considerar la necesidad de protección del hombre púber en el ejercicio de su capacidad.

Por esta razón en el año 200 antes de Cristo, la Lex Plaetoria introdujo una nueva división de las edades (de 14 a 25 años) y los mayores púberes que sobrepasaban la edad de veinticinco años.

Los menores púberes eran protegidos por esta ley y por la institución de la curatela del menor (*cura minorum*) a fin de salvaguardarlo de fraudes y engaños, castigando al que se aprovechara de la inexperiencia del menor. De igual manera el edicto del pretorio concedía a los menores *la restitutio in integrum* en caso de llevados de su inexperiencia concluyeran negocios o actos jurídicos que les resultaren perjudiciales.

A pesar de todo lo expuesto comenta Kunkel, "estos preceptos de la Lex Plaetoria y *la in integrum restitutio* no hicieron otra cosa que establecer medidas tutelares. En el Derecho Clásico se siguió el límite de catorce años para la capacidad para negociar, es decir, la pubertad. Por lo tanto los negocios concluidos por un menor eran fundamentalmente válidos. La situación no cambia hasta fines del siglo III en que un rescripto de Diocleciano declara nulo un contrato de compraventa que había realizado un menor sin el asentimiento de su curador".

Surgió luego un inconveniente de que nadie contrataba con un menor, por ejemplo, entre los 18 y 25 años ya que sus actos estaban sancionados por la Leyes mencionadas, estableciéndose entonces que el menor de 25 años cuando hubiese pasado de los veinte años, si era varón y de los 18, si era hembra, podía solicitar del príncipe *la veniae aetatis*, o sea la emancipación para ejercer algunos derechos sin restricciones como es el caso de los actos de simple administración, cobro de intereses de arrendamientos, etc., pero subsistieron algunas prohibiciones en cuanto a los actos de disposición ya que ellos requerían de un curador.

En el derecho romano con las instituciones especiales de familia se completa, en el régimen de derecho privado, la protección del menor. De la desmembración del poder absoluto que ejercía el pater familias en las familias, surgió entre otras, la patria potestad.

La patria potestad sufre transformaciones por los hechos sociales a lo largo de la historia de Roma. Por eso el estudio de la misma en el tiempo, se fundamenta en dos premisas básicas: por una parte en el reconocimiento de una interrelación entre las diversas instituciones, es decir, en sus influencias constantes, por cuanto los cambios sufridos por una institución influyen o derivan en cambios en otra u otras instituciones de la estructura social moviente; por otra parte, en la aceptación de que las instituciones, las normas, el derecho, en resumen, la legitimación de la conducta, corre paralela a la realidad social a la cual norma y regula. Sigue siendo la patria potestad la institución central de derecho de padres e hijos. Las relaciones de padres e hijos presentan una nota de indudable arcaísmo, lo que hizo que resultara anacrónico dentro de la misma época clásica. Por el influjo cristiano este derecho fue humanizado mediante una reforma ya largo tiempo reclamado. "La potestad Justineana se justifica mas bien con la función del progenitor de educar a la prole, a la que todavía hoy damos el mismo nombre, con la cual los antiguos designaban el férreo poder del pater"¹⁶.

Las instituciones especiales de familia se desarrollaron de acuerdo con el desenvolvimiento de la institución familiar. En la primacía del derecho quirritario eran inflexibles, rígidas, egoístas, dominantes y perpetuas. El progreso histórico jurídico, la acción moderadora de las costumbres y posteriormente el cristianismo, las calificó como sistemas para proteger a los incapacitados. Las ventajas y beneficios eran para los sometidos a ellas y no para los titulares de los derechos. *El pater familias* poseía los poderes absolutos sobre la familia, además de ser titular de los derechos patrimoniales. Las adquisiciones del hijo eran pertenencias del *pater* y el hijo sólo tenía esperanzas de derechos, las que se concretan a la muerte del jefe como heredero de éste. En el imperio se crea el régimen de los *peculios* y se le reconoce capacidad patrimonial al hijo.

En los primeros instantes de la República, una de las conquistas más extraordinarias fue la fijación del derecho en leyes escritas en virtud de la promulgación de la ley de la XII Tablas, de gran trascendencia por ser el punto de partida de todo el derecho hasta las compilaciones del siglo VI. Dicho instrumento contiene disposiciones tanto de carácter público como privado. Sus preceptos son sencillos y generales, predominando en todos los actos jurídicos el formalismo y la solemnidad, limitada a algunos aspectos de la vida jurídica romana. La tabla VIII se refiere a los delitos. Podría decirse que la tabla IV a la VIII, se contienen preceptos de naturaleza civil y penal. La doctrina romanista estableció el concepto del delito. En la ley se señalan las diversas formas particulares del mismo.

Los comentaristas modernos afirman que la doctrina romana no cuenta con teorías relacionadas con los actos ilícitos, pero no se ha querido significar en ningún caso, que los mismos no hayan sido estudiados por los romanos. Se ha sostenido que el delito es todo acto ilícito sancionado con una pena, distinguiéndose los delitos públicos y privados, según ofendan al Estado o a los particulares. "La incapacidad o inimputabilidad penal se limitaba a quienes se hallaban desprovistos de la capacidad de obrar y a los cuales, no

¹⁶ Abouhamad Hobaica, Chulby. Anotaciones y Comentarios de Derecho Romano I. Ed. Sucre. Caracas. 1968. Pp204y 235.

era, por tanto, aplicable la Ley Moral como ocurría con aquellos que no habían llegado a la plenitud de la edad... Las XII Tablas (a pesar de que la capacidad de obrar sólo se logra en forma paulatina y de que su plenitud difiere de una u otra persona, para facilitar la administración de justicia penal) establecieron límites fijos y positivos de edad, determinando que la capacidad penal se adquiría jurídicamente cuando se lograba la pubertad y se llegaba a la edad necesaria para contraer matrimonio".

En la evolución misma del derecho romano se distinguieron: los infantes, o sea los que no habían alcanzado la edad de siete años, eran irresponsables penalmente; los impúberes entre nueve años y medio y diez años y medio se sancionaban si habían cometido a no el hecho con discernimiento; y los púberes, hasta los veinticinco años, eran considerados responsables pero no atenuaba la penalidad. Se cree que el menor no podía ser agente de delitos públicos, los cuales se encontraban tipificados en leyes especiales, porque les estaba vedado el ejercicio de las actividades en ellos contenidas; en cambio, podía cometer delitos privados, pero la sanción la imponía *el pater* como jefe de la familia en virtud de los derechos que le atribuía el ejercicio de la patria potestad, pudiendo hacer uso para sancionarlos del instituto del abandono noxal.

En Roma no se estableció una legislación protectora de los menores, y los delitos cometidos por los mismos se les sancionaba, como consecuencia del resultado de la acción, aunque ésta no fuere culpable, y como si efectivamente se lo hubiese propuesto el agente. Dice Jiménez de Asúa, que hubo en Roma varios casos en que la incriminación no se vinculó al dolo, ni a la luxuria, ni al ímpetu, ni a la probada y grave negligencia..."

"La sanción a los menores, dependía en muchos casos no sólo de la naturaleza del delito cometido, sino también de la persona que fuera afectada por el mismo sujeto pasivo del delito".

Mario Mallo expresa "que en el derecho romano la máxima *pupillus mitiu punitu* indicaba que, en casos similares, a los menores debían de aplicarse penas más benignas, teniendo precisamente en cuenta la minoridad, agregando que las menores mujeres de doce años y varones de catorce, eran en principio imputables... es decir que se podía variar de concepto mediante la prueba en contrario que demostrara que el menor se había producido en el hecho, con discernimiento"¹⁷.

Otros autores señalan que en el derecho romano antiguo no ponía obstáculo al castigo del ladrón menor de edad... pero agregan que conviene señalar, para subrayar el verdadero tono de las afirmaciones acerca de la objetividad o subjetividad del primitivo derecho penal, que en lo que al derecho romano atañe se plantean divergencias entre autores de tanta autoridad como Morsen y Ferrini. En tanto que el primero admite la responsabilidad sin culpabilidad en el derecho romano de los primeros tiempos... el segundo la niega respecto de los delitos públicos y la pone en duda con relación a los privados.

¹⁷ Mallo M., Mario. Código Penal Antiguo Comentado. Buenos Aires, 1948. pág. 248.

e) INDIA

En la India el *Manava Dharmasastra*, también conocido como el *Código o las leyes de Manú*, cuya antigüedad no se ha podido definir, pero se supone sea del siglo XII a. de J.C.; el Libro VIII, versículos 27 y 48, limita la infancia a los 16 años de edad; el versículo 71 reconoce que los niños tienen capacidad limitada y los versículos 299 y 300 ordenan que, si incurren en falta, se les castigue con una cuerda o tallo de bambú, golpeando sólo en la parte posterior del cuerpo; el Libro IX, versículo 230, indica que a los niños se les pegue azotándolos con un látigo o rama de tronco de bambú, o atándolos con cuerdas. De todos modos se reconocía la incapacidad, o la capacidad limitada de los menores¹⁸.

Correspondiendo a muy remotas épocas, el rey Asoka tenía fama de ser comprensivo y benévolo al juzgar a los niños en conflicto¹⁹.

El Código Penal Hindú estableció más recientemente la irresponsabilidad absoluta de los niños menores de 7 años; de los 7 a los 12 debería investigarse el discernimiento; de los 12 a los 15 años sólo deberían aplicarse medidas educativas y, en caso de ser posible realizarlas, se impondría pena; de los 15 a los 18 años debería dictarse internamiento en Instituciones tipo Borstal o, en último caso en secciones especiales de las cárceles ordinarias. A partir de 1920 en que se expidieron la *Children Act*, la *Borstal Act* y otras disposiciones, quedaron establecidos los Tribunales para menores en las ciudades principales y en algunos lugares se fijó la edad única de 21 años para la minoridad²⁰.

f) INGLATERRA

En Inglaterra, ya desde el siglo X el Rey Aethalstan, en su *Judica Civitatus Lundoniae*, estableció que la pena de muerte no se aplicaría a los niños menores de 15 y años cuando por primera vez delinquieran y que "*si los parientes de un menor de edad, acusado de un delito, no le toman a su cargo y no constituyen una garantía de su honestidad, él deberá jurar, como le habrá enseñado su obispo, no volver a delinquir, debiendo permanecer en una prisión por la falta cometida. Y si después de esto robare de nuevo, dejad que los hombres le maten o le cuelguen como a sus mayores*".

El Rey Eduardo I, en el siglo XIII, estableció que los niños menores de 12 años de edad no serían condenados por delitos de robo, como consta en *The Year Book of Edward I*²¹.

¹⁸ Raggi y Ageo. Op. Cit. P.14

¹⁹ León Rey, José Antonio. Los menores ante el Código Penal Colombiano. Imprenta Nacional, Bogotá, 1939. Pág. 10.

²⁰ Pérez Vitoria. Op. Cit. p. 14

²¹ Pérez de Vitoria. Op. Cit. Páginas 15 a 18.

Ya en el siglo XVI se estableció la irresponsabilidad penal absoluta de los niños hasta los 7 años²² y uno de los orígenes de los Tribunales para menores existentes, puede buscarse en la "*Chancery Court*" o Tribunal de Equidad. Este fue establecido en el mismo siglo por Enrique VIII²³ como parte de la *Common Law*, ya que el Estado. O su gente, deben considerarse como el último de los parientes del niño necesitado, ya que el Rey es el *parens patriae*, que debe cuidar el equilibrio de todos los intereses y, por tanto, tutelar a los menores. En lo referente a los niños delincuentes se establece la irresponsabilidad por falta de *mens rea*. En caso de que un menor no tenga ninguna clase de bienes el señor feudal debe hacerse del huérfano²⁴.

Lo anterior contrasta, con el criterio que rigió más tarde, a principios del siglo XIX, en que algunos niños fueron condenados a muerte o a deportación por robar, por ejemplo, un objeto por valor de dos peniques²⁵.

En 1827, la *Chancery Court* de Inglaterra decidió el caso de Wellesley en el sentido de que debería atenderse en *primer lugar el bienestar del niño*, más que la protección de sus propiedades.

En 1934 se creó una prisión exclusiva para menores de 18 años en la isla de Wight, y en 1847 se dictó la *Juvenile Offender's Act*, que dispuso una jurisdicción sumaria para los adolescentes de 14 y 16 años y tenía por fin mejorar la triste situación de los menores delincuentes. Ella fue reformada por la *Summary Jurisdiction Act*, de 1879, ordenando que éstos fueran juzgados sumariamente²⁶.

En 1854 se expidió la *Reformatory School Act*, para recluir por separado a los menores delincuentes, legalizando la situación anterior²⁷. También es a mediados del siglo XIX cuando se estableció la libertad bajo palabra, para los que hubieren cumplido en reclusión las tres cuartas partes de su pena²⁸.

Ya en 1905 se fundó la primera Corte Juvenil en Birmingham, y el mismo año se ordenó su implantación en todo el Reino Unido. Se estableció la conducta de separar a los niños que hubieran cometido delitos graves, de los que fueren autores de delitos leves. Por principio siempre quedaban detenidos los primeros, en tanto que los segundos quedaban en libertad, a menos que ella les fuera perjudicial²⁹.

²² Pérez de Vitoria. Op. Cit. P. 23.

²³ Cué de Olalde, María Luz. El problema de la educación de los menores infractores. México. 1956 p.64.

²⁴ Peña Hernández, José. La delincuencia de los menores. México, 1937, páginas 30 y 31.

²⁵ Raggi y Ageo. Op. Cit. P. 48.

²⁶ Peña Hernández. Op Cit.

²⁷ Raggi y Ageo. Op Cit. Página 48.

²⁸ Bonger W.A. Introducción a la criminología. Fondo de Cultura Económica. México, 1943 página 91.

²⁹ Iturbide Valdés, Andrés. La implantación de tribunales para menores en todo el país. México, 1937, páginas 13 y 14.

Para establecer el sistema de probación, o libertad vigilada ³⁰ se expidió en 1907 *la Probation of Offender's Act*, y la preocupación por prevenir los delitos se demostró en la *Prevention of Crime Act* ³¹ de 1908. Este año es particularmente importante para Inglaterra, ya que se expidió la *Children Act*, que es un verdadero código de la infancia, que trata todos los aspectos de la protección a la minoridad.

En 1932 se dictó *la Poor Law Act*, y el 12 de abril de 1933 la *Children and Young Persons Act*. En Escocia se dictó, el 1º de julio de 1937, otra *Children and Young Persons Act*. Todas las anteriores leyes tenían por espíritu la protección y las tutelas de los menores y de las personas mayores comprendidas en ellas.

g) ESPAÑA.

En España, la Ley de las Siete Partidas, expedida en 1263, excluye de responsabilidad al menor de 14 años por delitos de adulterio y, en general de lujuria (Partida VI, título XIX, Ley IV). En lo general, al menor de 10½ años, no se le podía acusar de ningún yerro que hiciese (Partida VII, Título I, Ley IX), y no se le puede aplicar pena alguna, pero si fuese mayor de esa edad y menor de 17 años, se le aplicará pena atenuada (Partida VII, Título XXXI, Ley VIII). Siendo de más de 10 ½ y menor de 14 años y si cometiere robo, matare o injuriare, la pena será atenuada hasta una mitad de ella ³² (Partida VII, Título I, Ley IX).

En 1337, Pedro IV de Aragón, llamado "El Ceremonioso", estableció en Valencia una institución llamada "Padre de Huérfanos", que por sus efectos benéficos se extendió posteriormente a otros lugares de España. En ella se tendía a proteger a los menores "delincuentes" y se les enjuiciaba por la propia colectividad, aplicándoles medidas educativas y de capacitación. En medio de una serie de protestas de diversos sectores, se suprimió en 1793, por Real Orden de Carlos IV. Era hábito institucional investigar la vida previa del menor, según el relato suyo y de sus compañeros, por lo que es el antecedente remoto de la actual investigación que hace el trabajador social. Sólo podía ser "Padre de Huérfanos" una persona respetable y casada, de notoria solvencia moral, que debía separar a los niños abandonados, de sus padres inmorales o negligentes.

En 1407 se creó el Juzgado de Huérfanos, como consecuencia de las amplísimas facultades que se concedieron al Curador de Huérfanos por el Rey Don Martín, apodado "El Humano". En dicho juzgado se perseguían y castigaban los delitos de los huérfanos. Ello fue debido a que no se consideraba el rey como con suficiente potestad para entender los delitos de los menores.

En 1410 fundó San Vicente Ferrer la Cofradía de Huérfanos, para los niños moros abandonados por sus padres. Se les alojaba en un asilo que, en los tiempos de Carlos V, se convirtió en el Colegio de Niños Huérfanos de San Vicente.

³⁰ Libertad vigilada, cómo se practica ahora.

³¹ Pérez Vitoria. Op. Cit. Pp. 23, 34 y 35.

³² Raggi y Ageo. Op Cit. Páginas 17 y 18.

Bugallo Sánchez menciona que en 1573 se fundó en Salamanca, una asociación con el fin de *proteger a los niños delincuentes*, y que ella fue precursora de otras sociedades y cofradías con el mismo fin, pero desgraciadamente no nos da otros datos más al respecto.

En el siglo XVI, San Vicente de Paul, de origen español, recogía en las calles de París a niños abandonados, delincuentes o mendigos, a quienes alojaba en la Casa de Salud de "San Lázaro".

En 1600 se fundó en Barcelona el Hospicio de Misericordia, con fines parciales de protección de menores, y en 1734 surgió una institución sumamente interesante en Sevilla: el Hermano Toribio de Velazco vendía libros por las calles, él era montañés y no tenía dinero, pero viendo la miseria y el abandono que pasaban ciertos menores, en la vía pública, decidió fundar un hospicio con talleres y escuela. Hacía, con verdadero amor la investigación de la vida de cada niño que llegaba y, reunido con los menores previamente aislados, recibía las informaciones que los demás daban de él; a su vez informaba sobre todo lo que se había sabido de la vida del novato y dejaba que los muchachos decidieran lo que habría de hacerle. A su vez, si había necesidad, atenuaba las medidas sugeridas por los demás. Su institución tomó el nombre de "Los Toribios" y desapareció poco tiempo después de muerto su fundador.

El 23 de febrero del propio año de 1734, Felipe V dictó una *Pragmática* en que atenuaba la penalidad a los menores delincuentes de 15 a 17 años, y Carlos III, en su *Pragmática* de fecha 19 de septiembre de 1788, ordenó se impugnara en una escuela o en hospicio a los vagos menores de 16 años para su educación y aprendizaje de un oficio.

La Novísima Recopilación, de fecha 2 de junio de 1805, ordena que, si el delincuente es mayor de 15 años y menor de 17, no se le imponga pena de muerte, sino otra diferente; además, atenuaba las penas para menores de 12 a 20 años (Libro XII, Título XXXVII) y se prevenía la explotación de la infancia abandonada, indicando que los vagos menores de 16 años debieran ser apartados de sus padres incompetentes para darles instrucción (antecedentes de las actuales limitaciones a la patria potestad). Si los vagos fueren huérfanos, los párrocos se ocuparían de ellos para darles instrucción y conocimiento de un oficio. A los vagos menores de 17 años se les colocaría con amo o maestro (mientras se formaban las casas de recolección y se organizaba la policía general de los pobres) a cargo de hombres pudientes que quisiesen recogerlos (antecedentes de la actual colocación familiar). En esta época se organizaron hospicios y casas de misericordia, y la ley pedía a la colectividad donde se hubieran establecido estas casas, que diese oportunidades de trabajo para que los menores no volviesen a la vagancia (antecedente de las actuales bolsas de trabajo).

El Código penal español de 1822 declaró la irresponsabilidad de los menores hasta los 7 años de edad; de los 7 a los 17 habría que investigar su grado de discernimiento y; en caso de haber sin él, serían devueltos a sus padres, si los acogían. En caso contrario serían internados en una casa de corrección y si hubieren obrado con discernimiento, se les aplicaría una pena atenuada.

En 1834, la Ordenanza de Presidios mandó tener a los jóvenes separados de los adultos³³.

El Código Penal de 1848 señaló como edad límite de la absoluta irresponsabilidad de los niños, los 9 años, pero redujo la edad en que debería investigarse el discernimiento, entre los 9 y los 15 años.

El Código de 1870 conservó iguales disposiciones, complementándolas en el sentido de que en caso de haber obrado el menor de 9 a 15 años sin discernimiento, la familia lo educaría y vigilaría, pero, en su defecto, se internaría el joven en un establecimiento de beneficencia o en un orfanatorio³⁴.

El 4 de enero de 1883 se expidió una ley estableciendo reformatorios en los que se brindara una educación paternal³⁵ y en 1888 se creó el Reformatorio de Alcalá de Henares, para jóvenes delincuentes. En 1890 se creó el Asilo Toribio Durán, para menores rebeldes, depravados y delincuentes³⁶.

A pesar de todos los adelantos anteriores, en 1893 hubo un retroceso, ya que los menores fueron nuevamente enviados a la cárcel junto con los mayores de edad³⁷ y posiblemente por ello, visto el resultado negativo, el 14 de agosto de 1904 se expidió la Ley de Protección a la infancia y de Represión de la Mendicidad³⁸.

El 21 de diciembre de 1908, probablemente como consecuencia de la situación todavía prevaleciente con motivo del retroceso de 1893, tuvo que darse una ley para evitar la promiscuidad de menores con adultos delincuentes, estableciendo, además, que los menores de 15 años no deberían sufrir prisión preventiva, sino quedar con su familia o ser alojados en instituciones de beneficencia; sólo podrían ser enviados a la cárcel a falta de dichas posibilidades, pero evitando el contacto con los mayores de edad.

Único caso se definía en que el menor era enviado a la cárcel, cuando fuera reincidente³⁹.

Por fin, en 1918 se expidió un Decreto Ley creando los Tribunales Tutelares para Menores, mismo que fue revisado varias veces y modificado el 15 de julio de 1925, el 3 de febrero de 1929, el 16 de junio de 1931 y el 15 de septiembre de 1931.

³³ López Riocerezo. Op. Cit.

³⁴ Pérez de Vitoria. Op. Cit.

³⁵ Bugallo Sánchez. Op. Cit. Páginas 21 a 27.

³⁶ López Riocerezo. Op. Cit.

³⁷ Gómez Mesa. Op. Cit. Página 17.

³⁸ Raggi y Ageo. Op. Cit. Página 39.

³⁹ Iturbide Valdés. Op. Cit. Página 17.

El Código Penal de 1928 estableció la minoría de 16 años y la irresponsabilidad total hasta los 9 años de edad, sosteniendo el viejo criterio del discernimiento desde los nueve a los 16 años ⁴⁰. Además se expidió el Real Decreto sobre Tribunales de Menores, con fecha 3 de febrero de 1929, que fue convalidado el 30 de junio de 1931.

El Código Penal de 1932 estableció la irresponsabilidad de los menores hasta los 16 años y, *eliminado el criterio del discernimiento*, estableció atenuaciones, por el solo efecto de la edad, entre los 16 y 18 años. Hasta los 16 años *no importaba el alcance jurídico del acto cometido*, por lo que sólo el criterio protector privaba en las etapas anteriores a dicha edad.

Seguramente para completar la legislación protectora, con fecha 4 de agosto de 1933 ⁴¹ se dio una Ley de Vagos y Maleantes. De otra manera sus actos hubieran quedado comprendidos solamente en el Código Penal vigente.

El avance de los criterios protectores, educativos y tutelares en España se demuestra, posiblemente, con el hecho de que hay ya tribunales para menores en cada provincia ⁴².

h) FRANCIA

En el siglo XVI, San Vicente de Paul, de origen español, recogía en las calles de París a niños abandonados, delincuentes o mendigos, a quienes alojaba en la Casa de Salud de "San Lázaro".

En Francia, San Luis Rey expidió una ordenanza en 1268, en que consideraba a los niños menores de 10 años como irresponsables de los delitos que cometieran, pero desde esta edad hasta los 14 años debería dárseles una reprimenda o azotes. A partir de los 14 años quedaban sujetos a las penas comunes.

En el siglo XVI el Rey Francisco I excluyó la responsabilidad a todos los menores de edad, y se estableció un criterio proteccionista ⁴³.

Hacia 1810, el Código Penal no admitía la irresponsabilidad de los niños, dando con ello varios pasos de retroceso ⁴⁴.

En 1904, se expidió una Ley de Asistencia Pública, par tutelar a los desvalidos, entre los que se encontraban los menores, y el 22 de julio de 1912 fue dada la Ley de los Tribunales para niños y adolescentes y de libertad vigilada, que fue modificada varias veces en los años de 1913, 1921, 1927, 1929 y 1930. Según ella, hasta los 13 años el

⁴⁰ Gómez Mesa. Op. Cit.

⁴¹ Raggi y Ageo. Op. Cit.

⁴² Middendorff Wolf. Criminología de la juventud. Editorial Anel S.A. Barcelona, 1963, página 215.

⁴³ Pérez Vitoria. Op. Cit. Página 23.

⁴⁴ León Rey. Op. Cit.

tribunal civil, constituido en Cámara de Consejo y actuando privadamente, acordaba medidas tutelares; de los 13 a los 16 y de los 16 a los 18, los tribunales para niños y adolescentes, acordaban, en audiencia especial, medidas educativas en caso de haber obrado el niño sin discernimiento pero en caso contrario, acordaban aplicar penas atenuadas. Podía obtener la libertad de los menores de 13 años antes de que se resolvieran sus casos ⁴⁵y, para los mayores de 13 años, había prisión preventiva.

Los Tribunales para menores eran parte de la carrera judicial y actuaban colegiadamente, pudiendo imponer medidas de reforma para los menores de 13 años y conceder libertad vigilada, sujeta al resultado de los informes trimestrales sobre la conducta ⁴⁶.

Desde 1945 los Tribunales especializados atendían ya casos hasta los 18 años de edad, aunque se tratara de faltas, delitos o crímenes. Para resolver, se hacían estudios integrales, aunque con la intervención del Ministerio Público y el Defensor, y con el derecho de apelación, pidiendo otorgarse la libertad vigilada.

Actualmente hay tribunales para menores en cada Departamento y se cuida que los jueces de menores tengan especial formación y se perfeccionen: para ello hay un Instituto en Vaucresson, cerca de París, donde se dan cursos intensivos 15 días por año. El arbitro del juez de menores es actualmente muy extenso, porque él determina el proceso, la imposición de medidas de internado y cuándo ha de concluir la educación correccional.

i) ITALIA

En Italia ya desde 1908, se ordenó que para juzgar a los menores se tomara en cuenta su situación familiar, su persona y sus amistades, como lo ordenaba una Circular del Ministro de Justicia ⁴⁷.

Fue hasta la ley de 10 de diciembre de 1925 que se instituyó la Obra Nacional para la Protección de la Maternidad y la Infancia, que comenzó a intervenir para mejorar la situación de los menores. Tal espíritu se revela en el Código Penal de 1930, indicando que éstos fueran protegidos mediante internado en instituciones, hasta la juventud. Establecía dicho Código la absoluta irresponsabilidad hasta los 14 años, pudiendo dejarlos en libertad vigilada o darles tratamiento en un internado para su reforma; de los 14 a los 18 años habría que resolver la cuestión del discernimiento para que en caso positivo, se impusieran penas atenuadas.

Fue la Ley de Tribunales de Menores y Tratamiento de Delincuentes y Abandonados de fecha 24 de julio de 1934, donde se implantó definitivamente el sistema en su favor, pero con las excepciones relativas a los delitos políticos, en que debería intervenir el tribunal especial para la defensa del Estado.

⁴⁵ Pérez de Vitoria. Op. Cit Páginas 36 y 37.

⁴⁶ Iturbide Valdés. Op. Cit. Páginas 15 y 16

⁴⁷ Cué de Olalde. Op. Cit. Página 67.

j) ALEMANIA

En Alemania, durante los siglos XVII y XVIII todavía se aplicaba la pena de muerte a los menores de 8 años; a partir de los 10 ya era aplicada en la hoguera ⁴⁸.

El 2 de julio de 1900 se expidió la Ley Alemana de Educación Previsora, para rescatar a los menores delincuentes ⁴⁹. En 1908 se implantó el juez de menores en ciudades de importancia, como en Essen, Kiel y Dusseldorf, que lo eran de tutela y penal, ayudados por patronatos para realizar la libertad vigilada ⁵⁰. Su criterio era mixto, punitivo y tutelar, pero la Ley de Tribunales para Menores, de 16 de febrero de 1923, declaró francamente inimputables a los menores de 14 años, pudiendo ser sometidos a medidas educativas al arbitrio del juez ⁵¹.

El día 9 de julio de 1923 se expidió una Ley de Protección a la Juventud, estableciendo el Tribunal de Tutela y las oficinas necesarias para la protección de la juventud ⁵². Este Tribunal conocería de los casos de abandono ocurridos entre los 14 y los 18 años de edad.

El día 9 de agosto de 1937 se dictó una disposición poniendo secciones especiales para juzgar ciertos delitos en los tribunales ordinarios, cuando los menores hubieran intervenido ya sea como sujetos activos o como pasivos de los delitos ⁵³.

Es en 1953 cuando se dio una nueva Ley de Tribunales de Menores, sin haberse llegado a crear todavía esta Institución adecuadamente, pues todo Tribunal de primera instancia es a la vez Tribunal de Menores, debido principalmente a que aspira a la unidad de la administración de justicia ⁵⁴. Pero parece que todavía no es comprendido el problema de los menores delincuentes como asunto ajeno a la justicia común.

k) NORUEGA

En el derecho noruego primitivo, el menor que cometía homicidio era entregado como pago al grupo familiar ofendido. Los máximos castigos que llegaron a realizarse contra los niños fueron los azotes, marca con hierro candente, corte del cabello u otros, a juicio del juez ⁵⁵.

El 17 de junio de 1907 se expidió la Ley sobre tratamiento de los menores delincuentes, misma que fue modificada en 1915, en 1922 y en 1927 ⁵⁶.

⁴⁸ Raggi y Ageo. Op. Cit. Página 39.

⁴⁹ Raggi y Ageo. Op. Cit.

⁵⁰ Iturbide Valdés. Op. Cit. Páginas 14 y 15.

⁵¹ Pérez Vitoria. Op. Cit. Páginas 23 y ss.

⁵² Solana. Op. Cit. Páginas 80 y 81.

⁵³ Pérez Vitoria. Op. Cit. Páginas 33 y 34.

⁵⁴ Middendorff. Op. Cit. Página 214.

⁵⁵ Pérez Vitoria. Op. Cit. Páginas 18 a 20.

⁵⁶ Raggi y Ageo. Op. Cit.

El orden jurídico que priva es que para los menores de 14 años el Consejo de Tutela dicta un tratamiento educativo; para los niños de 14 a 18 años pueden imponerse penas y educación, o sólo medidas educativas; a partir de los 18 años y hasta los 23, el internamiento es en casas o escuelas de trabajo.

Desde 1953 funcionan, además, los comités para el bienestar de los niños (*Child Welfare Committee*), que están compuestos por cinco miembros designados por las autoridades locales y uno de ellos debe ser precisamente el juez de menores ⁵⁷.

l) **RUSIA**

Dadas las condiciones de lucha entre las dos ideologías que dominan al mundo, es de importancia entrever, siquiera, la evolución habida en Rusia. Ya en 1897 se expidió una ley relativa a jóvenes delincuentes, indicando que para juzgarlos entre los 10 y los 17 años, debería hacerse a puerta cerrada y en audiencia especial, separada de los asuntos de los adultos; que podrían ser defendidos no por abogado, sino por persona de su confianza y los padres podían tomar parte en los debates. Ello establece ya desde esa época condiciones que posteriormente han sido características de la acción de los tribunales para menores. Para el Código Penal ruso la minoría penal estaba considerada hasta los 16 años, pudiendo imponerse hasta las 14 medidas pedagógicas, pero con la opción de aplicar medidas judiciales correctivas, en caso de no sufrir efectos las anteriores.

El 14 de enero de 1918 la ley creó Comisariados de Instrucción Pública, para entender, por etapas, a los menores de 17 años, pero a partir del 26 de marzo de 1926, sólo podrían aplicar medidas médico pedagógicas, debiendo poner especial interés en los hechos cometidos por jóvenes de 14 a 16 años. Sin embargo, a partir del día 7 de abril de 1935, se comenzaron a aplicar nuevamente penas comunes y, en ciertos delitos hasta la pena de muerte.

⁵⁷ Middendorff. Op. Cit. Página 216.

CAPITULO III

EL MENOR INFRACTOR EN MÉXICO.

1.- En los pueblos prehispánicos.

La atención que reciben los menores que infringen la Ley en nuestro país, Se remonta a los pueblos prehispánicos, en los que existía una verdadera estructura social y jurídica que proveía el sustento de los menores que quedaban huérfanos. Cada niño o niña al nacer era dedicado por el sacerdote *Tonalpohuiki* a una actividad definida, basada en el libro de los destinos, y para el cual se le preparaba desde la niñez. Los hermanos y hermanas de los padres tenían la obligación de vigilar que así fuera, y a falta de éstos, los vecinos de cada pueblo tomaban el cargo de ver por los menores desvalidos.

En algunos pueblos de la zona zapoteca, perdura la costumbre de llamar "tíos" a todos los adultos del pueblo.⁵⁸

El destino estaba predeterminado y era imposible de evitar en un ambiente religioso en extremo y de una rigidez moral, las leyes castigaban con la pena de muerte a casi toda infracción al orden establecido. Pena de muerte al alcoholico, al ladrón, al asesino, al homosexual, etc., " pero también se podía ser infractor por haber nacido en determinada fecha", como ocurría en el día *Cecalli* (una casa) en que se consideraba a la persona nacida ese día con todo clase de negativas.

Los leyes eran rígidamente cumplidas por la población. Encontramos comentarios de los conquistadores al respecto de que tales leyes "eran pocas y se las sabían de memoria" queriendo restarles importancia y validez. Pero realmente, podemos ver que eran las leyes necesarias para la vida sencilla y clara de una sociedad ordenada y consiente de su existir en este suelo.

Coexistían en México dos sistemas de educación. En el *Tepochcalli*, "casa de los jóvenes", los niños y adolescentes recibían una educación esencialmente práctica, orientada hacia la vida del ciudadano medio y hacia la guerra.

Los propios maestros eran guerreros ya confirmados que se esforzaban por inculcar a sus alumnos las virtudes cívicas y militares tradicionales. Mientras se preparaban para igualar las hazañas de sus mayores, los jóvenes llevaban una vida colectiva brillante y libre. Cantaban y bailaban después de la puesta del sol y tenían por compañeras a unas jóvenes cortesanas, las *auhianim* o "alegradoras".

⁵⁸ Marín Hernández, Genia. Historia de las Instituciones de Tratamiento para Menores Infractores del D.F., CNDH. México .1991. pág.53.

En los colegios superiores anexos a los templos, llamados *Calmecac*, La vida era austera y dedicada al estudio. En ellos se preparaba a los adolescentes, bien para el sacerdocio o bien para los altos cargos del Estado.

Se les sometía a frecuentes ayunos y a trabajos arduos, estudiaban los libros sagrados, los mitos, el calendario adivinatorio y la historia de su pueblo. Se cultivaba en ellos el dominio en sí mismos, la abnegación, la devoción a los dioses y a la cosa pública.

También se les enseñaba el arte oratorio, la poesía y los buenos modales. Cada uno de estos sistemas de educación se hallaba bajo la advocación de un dios: los *tepochcalli* dependían de *Tezcatlipoca* y los *Calmecac* de *Quetzalcoatl*.

Una vez al año, durante el mes 16 *Atmoztlí*, se lanzaban unos contra otros, se hacían "novatadas" invadiendo los establecimientos y saqueando el mobiliario. A los alumnos del *Tepochcalli* se les reprochaba su lenguaje arrogante y presuntuoso, la libertad de sus vidas y sus mancebas.

La mayoría de los sacerdotes procedían de las familias nobles, pero también los hijos de los plebeyos podían tener acceso al sacerdocio, si así quedaba establecido en su horóscopo y demostraban sus capacidades. Los hijos del *Pilli* en adelante, estudiaban 20 años en el *Calmecac* y podían escoger entre el sacerdocio o el servicio al Estado. Al *Tepochcalli* podían entrar los hijos de comerciantes, cortesanos, artesanos y algunos de los *Macehuales* (siervos); salían de ahí a casarse y tomar los armas, pero los guerreros distinguidos podían llegar a las altas dignidades.

A los soberanos, en su coronación, se les leía: "*Tu vas a sostener y a atender a este pueblo como a un niño en su cuna. Sé moderado en el ejercicio de tu poder, no muestres los dientes ni las garras*". "*Hazte un corazón de anciano grave y severo*". "*No hagas nada, no digas nada con precipitación*"⁵⁹.

A cada *Teutli* (señor) se le daba servicio a su casa, le cultivaban su tierra, y este *Teutli* debía darle a sus *macehuales* sueldo y ración. Debía cuidar, ver y hablar por la gente que estaba a su cargo y defenderlo y ampararlos.

En el código de *Netzahualcoyotl*, los menores de diez años estaban exentos de castigo, después de esa edad, el juez podía fijar pena de muerte, esclavitud, confiscación de bienes o destierro.

En el Código Mendocino se describen los castigos a niños de entre 7 y 10 años. Se les daban pinchazos en el cuerpo desnudo con púas de maguey, se les hacía aspirar humo de chile asado o permanecer desnudos durante todo el día atados de pies y manos, comer durante el día sólo una tortilla y media, etc.

⁵⁹ Op. Cit. Pág.89.

Con respecto de cómo eran juzgadas las faltas y querellas de los ciudadanos, la relación de Tepeca dice lo siguiente⁶⁰:

En la manera de gobernar que tengan los naturales, (tenían)⁶¹:

testigos para averiguar el hecho, y de esta manera de proceder era de palabra por no haber otra con que poder declarar lo que decían, mas que solamente dichos pinturas poniendo los delincuentes y delitos que habían cometido con los testigos que lo vieron; y si las causas o intereses eran livianos las determinaban luego, y si graves las consultaban con el señor y con este acuerdo lo sentenciaban a muerte ejecutaban las sentencias aunque fuere que uno otro levantaba o chinchorrerías o parlerías que llevaban de esta ciudad a otras Por cabeza al señor o señores sus naturales y estos nombraban 4 jueces que llamaban Tecuihtlatoque y estos cuatro juntos en una sala sentados oyan y determinaban los demandas e querellas que antellos benyan, y muerto uno de estos jueces al señor nombraba otro en su lugar, y les duraba el oficio mientras llegados el señor y en la manera de juzgar les traban los partes litigantes pinturas de los tierras o casas sobre que litigaban, o el caso sobre que pedían justicia y esto se determinaba ordinariamente, presentes ambas partes y recibían información.

Los jóvenes que infringían la ley, eran juzgados de la misma forma que toda la población. El Doctor Rodríguez Manzanera hace un análisis cuidadoso y detallado de cómo cada etapa histórica del país ha influido en el problema de los menores infractores.

La organización social prehispánica se basaba en la familia y ésta era patriarcal; los padres tenían la patria potestad sobre los hijos, pero no tenían derecho de vida o muerte sobre ellos. La ley ordenaba que la educación familiar debería ser muy estricta. La mayoría de edad era hasta los quince años, a esta edad abandonaban el hogar para recibir educación militar o civil para los hombres, religiosa para el manejo del hogar y cuidado de los niños para las mujeres que ingresaban a otras instituciones paralelas a la de los hombres, eran educados acorde a las necesidades de la sociedad para lograr su futuro personal completo.

La edad de quince años no era excluyente de responsabilidad penal sino la de diez años. Las leyes eran obligatorias para todos, y es notable la severidad de las penas. Afirmen los cronistas e historiadores que este sistema desanimaba efectivamente a la población, siendo por esta razón muy poco frecuente la infracción de la ley. Como ejemplo citaremos algunos delitos tipificados y su pena correspondiente en la sociedad azteca; los jóvenes que se embriaguen serán condenados a la pena de muerte por garrote, los ancianos no eran castigados por este delito pues se consideraba justificada la acción por " tener fríos los huesos"⁶².

⁶⁰ Op. Cit. Pág.93.

⁶¹ Ibidem.

⁶² Op. Cit. Pág. 99.

El que injurie, golpee o amenace a la madre o al padre, será castigado con la pena de muerte y sus descendientes no podrán heredar los bienes de los abuelos, a las hijas de los señores y miembros de la nobleza que se conduzcan con maldad se les aplicará la pena de muerte; los hijos de los plebeyos se castigarán con la esclavitud; la homosexualidad se castigará con la muerte, el sujeto activo será empalado y al pasivo se le extraerán los entrañas por el orificio anal, en los hombres; en las mujeres por la pena de muerte por garrote; los hijos de nobles que vendían los bienes de sus padres se castigarán con la muerte (secretamente ahogados). "Al concluir su educación, los jóvenes se dedicaban a la actividad para la que se habían preparado, no se les permitía el ocio."⁶³

2. En la época Colonial

La conquista de los españoles fue funesta para los pueblos *náhuas*. El pillaje, la esclavitud y el despojo, fueron la secuela de los asesinatos de los jefes de toda la organización social, política económica y religiosa.

Los niños perdieron la protección con que contaban (padres, jefes y escuelas) y sobrevivieron más desgracias para ellos al aparecer las epidemias de viruela y cocolistle (1520, 1542 y 1577) traídas por los conquistadores, llegando a morir poco más de la mitad de la población; situación que los españoles aprovechaban para solicitar nuevas posesiones de tierras, por no haber muerto, en la epidemia, sus dueños. Las enfermedades afectaron principalmente a los niños y los conquistados que sobrevivían se fueron a los montes y lugares inaccesibles para protegerse, abandonando los campos de trabajo, hasta que los conquistadores los presionaban para regresar, bajo la amenaza de no salvar sus almas por no asistir a misa y morir sin confesión. Al no contar con mujeres, el conquistador español da inicio al mestizaje en el que los hijos son ilegítimos. Al venir las mujeres españolas, sus hijos serán criollos, los que generalmente, quedaban al cuidado de indígenas.

En esta época se implanta el derecho de Indias que resulta una copia del derecho español vigente-mezcla de derecho romano, germánico y canónico con influencia árabe y reglamentaria monárquica-, que establece la responsabilidad penal total a los menores de 9 años y medio de edad y semi-imputabilidad a los mayores de diez años y menores de 17, con excepciones para cada delito, y en ningún caso podría aplicarse la pena de muerte al menor de 17 años.

La prostitución era tolerada como un "mal necesario" y la mujer ya no estaba determinada por un destino propio. Se convirtió en objeto dependiendo toda su vida de un hombre: el padre, el hermano, el marido y hasta el hijo. Era tratada como menor de edad o como retrasada mental en algunos casos pues no tenía posibilidad de elegir por sí misma, ni su estado, ni su marido, no podía recibir herencia ni hacer contratos, ni estudiar en la Universidad. Dicen los biógrafos que Juana de Asbaje se tuvo que vestir de hombre para asistir a clases en la universidad.

⁶³ *Ibidem*.

Sólo podrían trabajar en labores de costura y labores domésticas o bien como pequeñas comerciantes. Si tenían suerte podían colocarse como amas de llaves. El trabajo de institutriz solo era para extranjeros. Los mexicanos no recibían educación media ni superior su enseñanza se limitaba a la lengua española y la doctrina cristiana. En el México colonial llegó a haber 6 millones de habitantes y de estos sólo 30,000 sabían leer y escribir, más que de delito se hablaba de pecado, ofensa a Dios, delito contra la fe cristiana y los buenos costumbres. Los castigos a su vez exponen a la vergüenza pública y hasta deshonrando su memoria por difamación del cadáver del sentenciado.⁶⁴

La familia quedó desorganizada, lo mismo que el orden social. Fue hasta que los frailes franciscanos fundaron colegios y casas para niños desamparados, apoyados por los pandectas reales, que decretaron los reyes desde España la protección y castigos a que se hacían acreedores los jóvenes mexicanos. Ello hace suponer que un importante número de ellos se veían obligados a la mendicidad y pillaje por el abandono en que vivían. Fueron también los franciscanos quienes trajeron un tribunal para menores.

Se establecieron las castas sociales, apareciendo el concepto de bastardía y de inferioridad social, lo que dio como resultado un creciente abandono moral, económico y social de grupos de menores que no tenían acceso a la educación, a la cultura o a la religión.

Como ya dijimos fueron los religiosos quienes trataron de dar solución al problema, y lo hicieron de un modo acorde a su pensamiento y al momento histórico: básicamente religioso.

Los preceptos a cumplir eran los de la doctrina cristiana, recogimiento, caridad y buenos costumbres para lo cual se fundaron varios colegios. Entre ellos se encuentran: el colegio de niños de la Archicofradía del Santísimo Sacramento de la Santa Iglesia Catedral fundado en 1538. El colegio llamado de Inditas, inmediato al de San Gregorio que fue fundado por el jesuita Ordeña para niñas naturales, quedó a cargo del oidor Gamboa y, pasados los años, dejó de funcionar. También el colegio de San Ignacio, conocido como el de las Vizcaínas y el convento de Corpus Cristi para principales indias caciques, fundado en 1724 por el Marqués de Valero.

Otra ley un poco anterior a esta es la del Emperador Carlos V, del 18 de diciembre de 1552, que dice "Que los virreyes de la Nueva España, que en cada año por su turno visite el Virrey actual un año y un oidor de la Real Audiencia de México el que para ello nombrare otro año, el Colegio de las niñas recogidas y ordene la doctrina y recogimiento necesario y que haya personas que miren por ellas, y se críen en toda virtud y que ocupen en lo que convenga para el servicio de Dios..."⁶⁵

⁶⁴ Op. Cit. Pág. 75.

⁶⁵ Op. Cit. Páginas 78 y ss.

Estos colegios tuvieron su origen en la ley XIX del Rey Don Felipe III de España, del 10 de junio de 1612:

Habiéndose reconocido, que en la ciudad de México de la Nueva España y sus comarcas habían muchas mestizas y huérfanas, se fundó una casa para su recogimiento, sustentación y doctrinas: Mandamos a nuestros Virreyes, que tengan mucho cuidado con ese recogimiento, rentas y limosnas que gozaré...

... para recoger y doctrinar en los Misterios de nuestra Santa Fe Católica algunas indios doncellas... y se pongan en ellas Matronas de buena vida y ejemplo... que pongan mucha atención y diligencia en enseñar a estas doncellas la lengua Española, y en ella la doctrina Cristiana y oraciones, exercitándolas en libros de buen ejemplo, y no les permitían hablar la lengua materna.⁶⁶

En 1781, Don Carlos III de España, dicta la Ley X sobre el "Destino y ocupaciones de los vagos ineptos para el servicio de las armas y Marina".

... Consejo sobre erección de casas de misericordia, y otros medios de socorrer a pobres e ineptos para el servicio militar, he resuelto:

1. Que las justicias amonestan a los padres y cuiden de que éstos, si fueren pudientes, recojan a sus hijos e hijas vagos, les den educación conveniente, aprendiendo oficio o destino útil, colocándolos con amo o maestro; en cuya forma interina se forman las casas de recolección y enseñanza caritativa, se logrará arreglar cuanto antes la política general de pobres, aportar de la mendiguez y la ociosidad a toda la juventud, atajando el progreso y fuente perenne de la vagancia.

2. Que cuando fueren huérfanos estos niños vagantes, tullidos, ancianos o miserables, vagos o viciosos los mismos padres, tomen los magistrados políticos las veces de aquéllos, y supliendo su imposibilidad de colocar con amos o maestros a los niños y niñas... los vagos de ambos sexos que por lo común existen en las ciudades y villas populosas, y con dificultad se podrá destinar útilmente a la labranza y pastores de los ganados (aquí se refiere a que deberán destinarse a los talleres los vagos de las ciudades, pero con muchas recomendaciones de orden administrativo).

Los menores abandonados y de conducta irregular eran enviados al Colegio de San Gregorio, y en forma particular al hospital de los Betlemitas, quienes enseñaban las primeras letras y eran conocidos por el rigor con que trataban a los niños; costumbre que se hizo frecuente también en las escuelas que no eran correccionales, al grado que en 1813 apareció una Ley (crecida en España).

⁶⁶ Ibidem.

... queriendo destacar de entre los españoles de ambos mundos el castigo o corrección de azotes, como contrario al pudor, a la decencia y a la dignidad de los que son o nacen y se educan para ser hombres libres y ciudadanos de la noble y heroica nación española... Por supuesto que esto no contaba para los mexicanos. En 1756 se verificó la fundación de la casa cuna, efectuada por Don Francisco Lorenzana y Bultrón, Arzobispo de México, la cual funcionó con regularidad durante toda la colonia.

En 1773, el militar Francisco de Zúñiga, mejoró el Hospital de Pobres que había fundado Don Fernando Ortiz Cortés.

... Entre tanto se ponen en corriente los fondos del hospicio de Pobres y se adopten arbitrios para sostener un establecimiento tan interesante a la moral pública, se destinaran los muchachos dispersos, que no han llegado a la edad de 16 años para aprender algún arte u oficio, bajo la dirección de los maestros que señalaré primero del exmo. Ayuntamiento, declarando desde ahora sin lugar los reclamos de los padres o parientes que los abandonen a la ociosidad y en consecuencia a los vicios.⁶⁷

3. En el siglo XIX

Los movimientos sociales, y en especial los armados, traen consigo desorganización y hasta desaparición de las instituciones. Después de consumada la Independencia hubo una tendencia a conservar las soluciones que la corona española había dado al problema que nos ocupa y en 1841, Don Manuel Eduardo Gorostiza estableció una casa correccional anexa al Hospital de Pobres, con fondos del Ayuntamiento y organizada como en la época Colonial.

Prevalcían los conceptos discriminatorios de bastardía y raza y, en muchos casos, se confundía el delito de abandono y la orfandad. Los criterios empleados seguían siendo fundamentos religiosos y más para castigar que para proteger o educar a los jóvenes.

Al triunfo de la Independencia la Inquisición dejó de funcionar, y cabe mencionar que durante esta guerra se acusó de "incidencia" a los insurgentes.

A pesar de que el país continuó en frecuentes conflictos y épocas de carencia económicas en 1861 siendo Presidente de la República Don Benito Juárez, y Ministro de Instrucción Pública Don Ignacio Ramírez, fue creado una Escuela de Sordomudos, y el Ayuntamiento de Tepeco, Pueblo, donó un edificio para establecer en él una casa de corrección y una Escuela de Artes.

⁶⁷ Op. Cit. Página 86.

En 1878 Doña Carmen Romero Rubio de Díaz fundó la Casa Amiga de la Obrera, para dar asistencia a los hijos de los trabajadores de la ciudad, la cual sostuvo durante 15 años.

En 1882 aparece la Sociedad de Beneficencia para la Instrucción y el Amparo de la Niñez Desvalida, fundado por Doña Vidal Alcocer y presidido por Don Ignacio M. Altamirano dedicado a resolver problemas educativos de la infancia.

En 1904 el Presidente Díaz emite un decreto en el que se prohibía enviar al penal de la Islas Mariás a las mujeres con hijos menores de edad (siendo ellos el sostén de la familia). El 5 de octubre de 1908 es inaugurada la Escuela Correccional de Tlalpan.

Una vez consumada la Revolución de 1910, el problema de la juventud de conducta antisocial fue resuelto poco a poco haciendo uso de las instalaciones, costumbres y leyes de las épocas anteriores. Se sabe que a la llegada de los sucesivos jefes revolucionarios, tanto en la capital como a las diversas ciudades y pueblos del país, era costumbre abrir las cárceles para liberar a los presos, ya que éstos en su mayoría eran presos políticos que las autoridades anteriores habían cerrado y que por lo común formaban inmediatamente después parte de los tropas de sus libertadores.⁶⁸

Existen datos no confirmados que la Escuela Orientación de Tlalpan también fue abierta al entrar las fuerzas revolucionarias del General Zapata a México.

Los niños adolescentes y jóvenes se hacían hombres en la guerra, muchos menores quedaron en el abandono por esa misma guerra.

Durante todo este tiempo la delincuencia nunca dejó de existir y, es al finalizar la Revolución, cuando los mexicanos se sienten temidos y omnipotentes, odiados y admirados, libres, fuertes, poderosos, desinhibidos, amos y señores, sin obstáculos (si los había se los quitaban a balazos) y se llega a sentir el placer por matar.

Al terminar la Revolución también termina la época de morir y de matar, del horror y la destrucción; y principia la época de reconstruir, pero es más fácil destruir que construir, matar que curar y, de esta forma México se enfrenta ante la terrible realidad de que sólo sabe agredir y que ahora no tiene justificación ni pretexto, debe de reprimir esta agresividad o canalizarla y hacerla productiva. Algunos la canalizan hacia la creación (pensadores e ideólogos), a otros se les facilita el obtener bienes, privilegios y puestos políticos, son poderosos y pueden agredir impunemente. Pero la gran mayoría no pudiendo controlar su agresividad, la dirige contra la familia; la mujer que ha dejado de ser soldadera pasa a ser nuevamente un ser inferior, los niños perciben un mundo hostil, en parte por lo que es y en parte porque proyecta su propia hostilidad.

⁶⁸ Op. Cit. Página 96.

El país empieza poco a poco a reconstruirse, la situación política y económica se va estabilizando y se hacen efectivas las garantías individuales, sin embargo, los antecedentes psicológicos persisten y se unen a otros que manifiestan en diversas formas, una de ellas: la delincuencia juvenil.

Desde antes del año de 1884, los menores que infringían la Ley eran enviados al exconvento de San Pedro y San Pablo que anteriormente fue el Colegio de San Gregorio, luego Escuela Vocacional y Colegio de Agricultura.

A este colegio pasaban los menores para su corrección, en los casos menos graves de infracción de la Ley, pero los delitos más graves eran llevados a la temida cárcel de Belén, en donde convivían, en la más completa promiscuidad delincuentes adultos con aquellos menores que en poco tiempo se contaminaban en forma exagerada hasta que causaron lástima a los endurecidos carceleros, quienes los segregaban en una crujía especial, dándoles uniformes verdes para distinguirlos y controlarlos mejor; razón por la cual se le llamó "Crujía de los Pericos". Esta cárcel fue calculada para 800 varones y 400 menores.

En 1923 aparece en el país el primer Tribunal para Menores, fundado en San Luis Potosí, y es hasta el 10 de diciembre de 1926 que empieza a funcionar el Tribunal para Menores en el Distrito Federal, por iniciativa del Doctor Roberto Solís Quiroga y de la Profesora y Psicóloga Guadalupe Zúñiga de González, quien fue nombrada primera Juez y Directora de este Tribunal. Fue establecido en una residencia particular de las calles de Vallarta, en donde el primer equipo de trabajo resolvió casos de menores en forma integral, demostrando que era un error que estos fueran juzgados por los Jueces Penales de adultos. Pero es hasta 1934 cuando se le reconoce capacidad legal a estos tribunales para estudiar y resolver sobre casos de homicidio, violación y hechos graves, que antes quedaban aparentemente fuera de su control.

El Tribunal para Menores de México, en contraste con los anteriores procedimientos acostumbrados hasta entonces, presente una organización distinta. Inicia, sostiene y sirve de apoyo para todos los avances en la legislación y tratamiento de la delincuencia, ya que se cumple con el artículo 18 de la Constitución Política de 1917: *La federación y los Gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de Menores Infractores.*

El 30 de marzo de 1928, fue publicado un ordenamiento, promulgándose en el año siguiente la Ley de Prevención Social de la Delincuencia infantil en el Distrito Federal y Territorios Federales, conocido como "*Ley Villa Michel*" cuya esencia, como se dice Solís Quiroga, es la siguiente⁶⁹:

⁶⁹ Op. Cit. Páginas 98 y ss.

El estado deberá encaminarse a eliminar la delincuencia infantil corrigiendo a tiempo las perturbaciones físicas y mentales de los menores, evitando un medio familiar deficiente, en la edad crítica por la que atraviesan y necesitan más que de una pena estéril y nociva; otras medidas que los restituyan al equilibrio social, tomando en cuenta las características físicas, mentales y sociales del infractor.

Esta ley declaraba que los establecimientos de Beneficencia Pública del Distrito Federal, actuarían como auxiliares en la aplicación de las medidas educativas y extendía la acción de los Tribunales a los casos de niños abandonados, menesterosos, vagos, indisciplinados o incorregibles, marcando 15 días como mínimo para que el centro de observación aplicará al menor medidas pedagógicas y guarda correccionales.

Posteriormente, por falta de espacio, el Tribunal tuvo que trasladarse a la calle de Luis González Obregón No. 23. Después vino la expropiación de los conventos y uno de ellos, el de los Padres Pasionistas en Parque Lira No. 94, sirvió de asiento para la fundación de la Escuela Hogar para Varones con cien alumnos seleccionados para tratamiento.

Simultáneamente se ocupó otro convento en Serapio Rendón No. 117, donde se fundó el 2º Tribunal para Menores, hasta que apareció una epidemia de meningitis que obligó a una cuarentena de menores y del personal que los atendía, aislándolos en el edificio de Parque Lira.

Resumiremos algunos hechos significativos en la evolución del tratamiento de los menores infractores, en el siguiente cronograma:

CRONOGRAMA

Ley de Montes (Independencia) excluía de responsabilidad penal a los menores de 10 años y de 10 a 18 estableció penas correccionales.

1871 -Código Penal estableció que el menor de 9 años no tenía responsabilidad alguna, de 9 a 14 años había que investigar si había obrado con discernimiento, a partir de los 14 era ya responsable.

1892- Porfirio Díaz compra las Islas Marías para ser destinadas a Colonia Penal para regenerar a los delincuentes más empedernidos los cuales fueron trasladados en 1906.

1906 - Se crea la correccional para mujeres en Coyoacan y Porfirio Díaz expide el decreto de que no sean enviados los menores de edad a las Islas Marías.

1907 - El Departamento Central del D.F., dirigió a la Secretario de Justicia una exposición acerca de una cárcel adecuada para menores.

1908 - Se crea la Correccional para hombres en Tlalpan.

1917 - En los Asambleas de Querétaro intervienen 14 médicos Constitucionalistas que se empeñan en crear las bases del Sistema Asistencial para la Niñez de México.

1921 - En enero de este año el periódico El Universal patrocina el primer Congreso Mexicano del Niño, con secciones de eugenesia, higiene, legislación y pedagogía, que aprobó la creación del primer Tribunal para Menores.

1923 - Se funda en San Luis Potosí el primer Tribunal para Menores en México.
- Aparece la Unión Internacional de Socorro a los Niños.

1924 - Declaración de Ginebra, la 5ª Asamblea de la Sociedad de Naciones aprueba los Derechos de los Niños de la Unión Internacional de Socorro para los Niños.

1926 - Proyecto de reforma a la Ley Orgánica de Tribunales del Fuero Común del Distrito Federal; se proponía la creación de un Tribunal Protector del Hogar y la Infancia.

1927 - Se crea el Instituto Interamericano del Niño con una Tabla de Derechos con intervención de Gabriela Mistral.

1928 - Se crea el Consejo Supremo de Prevención Social cuyo objeto era cuidar de una adecuada atención a los presos y menores infractores.

Siendo Presidente, el General Plutarco Elías Calles pone en servicio el edificio reacondicionado de la Correccional para Mujeres, pasando a ser Casa de Orientación para Mujeres. Se crea la Ley Villa Michel.

La señora Carmen de Portes Gil funda la Asociación Nacional de Protección a la infancia.

1930 - Se crea, la Escuela Hogar para Varones, en Porque Lira No. 94, conociéndose como "Casa Amarilla".

1931 - Se establece la mayoría de edad penal a los 18 años.

El Consejo Supremo de Prevención Social, que era autónomo al Departamento de Prevención Social de la Secretaría de Gobernación y también el Tribunal para Menores.

1934 - Primer Reglamento del Tribunal para Menores e Instituciones Auxiliares, se crea el Segundo Tribunal para Menores y aparece la Libertad Vigilada.

1935 - Aparecen los primeros estudios clínicos de casos especiales hechos por el Dr. Guillermo Dávila García, que comprendían una ficha de identificación, antecedentes heredo-familiares, personales y sociales, examen clínico, inspección general, exploración física, examen mental, diagnósticos somático, mental, pedagógico e integral, pronóstico y tratamiento.

1940 - La población de la "Casa Amarilla" pasa a Tlalpan por unos meses para remodelación.

- Las niñas infractoras pasan a ocupar la antigua residencia de los Condes de Regla en la calle de congreso número 20 en Tlalpan, con el nombre de escuela Hogar para Mujeres.

1941 - El 22 de abril sale a la luz pública en el Diario Oficial, la Ley Orgánica de los Tribunales de Menores y sus Instituciones Auxiliares en el Distrito Federal y Territorios Federales, así como normas, procedimientos e instrumentos jurídicos.

1942 - VII Congreso Panamericano del Niño con una "Declaración de oportunidades para el Niño".

1945 - Se crean en México los Derechos del Niño por medio de la Sociedad Mexicana de Eugenesia.

1948 - La Unión Internacional de Protección a la Infancia (UNICEF) expide su carta de Declaración de los Derechos del Niño, en Ginebra.

1956 - Se crea la Oficina Médico-Criminológica, a cuyo frente estaba la licenciada María Lavalle Urbina.

1957 - IX Congreso Panamericano del Niño con declaraciones sobre la Salud del Niño, en Caracas.

1959 - La ONU aprueba los Derechos del Niño.

1971 - El Dr. Héctor Solís Quiroga hace notar las imperfecciones de la ley de Tribunales para Menores de 1941, y propone cambios.

- Se crea la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social y se ubica en Humboldt 31- 2º piso.

1973 - Se lleva acabo en 1er. Congreso Nacional sobre el Régimen Jurídico del Menor en el Centro Médico Nacional.

1974 - El 10 de agosto se publica en el Diario Oficial la Ley que crea los Consejos Tutelares, con 69 artículos, 5 transitorios, que entra en vigor 30 días después: Creada por el Dr. Sergio García Ramírez, Lic. Victoria Adato de Iborro y Dr. Héctor Solís Quiroga.

1976 - *La Escuela Hogar para Varones se traslada a Contreras, en Camino Real de Contreras No. 6.*

- Se crea el Instituto Nacional de Ciencias Penales y la Escuela Hogar para Mujeres cede parte de su predio a esta nueva Institución, que se inaugura años más tarde.

1978 - Por primera vez se logra imponer el criterio técnico en el tratamiento de los menores infractores a raíz de la violencia en las escuelas de tratamiento.

1979 - Se declara Año Internacional del Niño.

1980 - VI Congreso de la ONU sobre Prevención del Crimen y el Tratamiento del Delincuente, en Caracas.

1982 - Se crea la Escuela para Menores Infractores con Problemas de Aprendizaje (EMIPA).

-El Dr. Jesús Mestas Adame elabora la primera propuesta de un "Tratamiento Técnico Secuencial" para menores infractores en los Escuelas de Prevención Social, del cual se derivan los actuales tratamientos que se aplican en EMIPA, la Unidad de Tratamiento para Mujeres y en la Unidad de Tratamiento para Varones.

1983 - Se crea el Programa Nacional Tutelar.

1984 - Reunión Inter-Regional de "Prevención del Crimen y Tratamiento del Delincuente en Pekín, donde se proponen Normas Mínimas.

1985 - Para mejorar la vigilancia y atención de los menores en las Escuelas de Tratamiento, se compactan éstas, unificando en Tlalpan a los varones el 16 de agosto, y en Coyoacan a las mujeres el 21 de septiembre, pasando a ser Unidades de Tratamiento. El 19 de septiembre se colapsa el edificio de Humboldt No. 31 pasando la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social a su actual domicilio en Morelos No. 70, Tlalpan, D.F., en el edificio de la anterior Escuela Hogar para Mujeres.

1985 - VII Congreso de Administración de Justicia Juvenil, conocido como Normas de Beigin, en Milan, Italia.

1986 - Se compacta el Programa Nacional Penitenciario, convirtiéndose en Programa Nacional de Prevención del Delito.

1987 - Por primera vez se crea en México un curso de especialización técnica en el Tratamiento de Menores Infractores.

1988 - En marzo se lleva a cabo la IX Reunión Nacional de Prevención del Delito.

-El 1º de mayo entra en vigor, en Baja California Sur su Ley de Normas Mínimas para Menores Infractores, siendo el primer estado que la adopta formalmente.

-En septiembre, se integran administrativamente al Consejo, Tutelar, las Unidades de Tratamiento. Promovido por la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social y auspiciado por el Instituto Nacional de Ciencias Penales; además de los cursos de capacitación para personal de custodia y de cocina.

-En noviembre, las Escuelas de Tratamiento para Menores Infractores del Distrito Federal (hasta esta fecha dependientes de la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social) pasan a depender administrativamente del Consejo tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal.

CAPÍTULO IV

EL MENOR INFRACTOR EN LOS ACTUALES SISTEMAS JURÍDICOS

1. En México

a) Legislación aplicable.

La Comisión Nacional de Derechos Humanos planteó una amplia reforma a la ley que crea el Consejo Tutelar del Distrito Federal de 1973. Este proyecto no se transformó en propuesta formal ante el Congreso. Posteriormente surgió otro documento que dio lugar a la iniciativa que promovió y obtuvo la expedición de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia común y en para toda la República en materia federal, promulgada el 19 de diciembre de 1991 y publicada el 24 de diciembre, esta vino a abrogar la Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal del 26 de diciembre de 1973, que apareció en el "Diario Oficial" del 2 de agosto de 1974.

En esencia el documento de la CNDH y la nueva ley coinciden en impugnar el criterio que había dominado en el ordenamiento anterior – y en el conjunto del derecho de Menores en México, que había sido "Tutelar", desde el triple punto de vista doctrinal, jurisprudencial y legal -: Se deshecha la idea de que el estado ejerce sobre el menor una función tutelar y se acepta en cambio la tesis de que los menores están sujetos, como los adultos a verdaderas penas.

De este cambio de perspectiva provienen las soluciones que al anteproyecto y la ley contienen en lo que atañe a diversas instituciones y actos del anteriormente llamado Justicia Tutelar para Menores Infractores, producto de una larga lucha contra las concepciones "penalistas" sobre el menor de edad que hoy reaparecen. Desde luego, estas concepciones conservan y hasta levantan el discurso protector de los menores, asociado con un discurso acerca de los derechos humanos en este mismo ámbito. Empero, los nuevos textos normativos no corresponden a las declaraciones sobre el perfil singular del menor ante el derecho.

Para la comprensión del régimen prevaleciente y del que se ha establecido, conviene que nos detengamos un momento en este punto.

Lo que ocurre es que se ponen frente a frente dos conceptos antagónicos y tal vez irreductibles acerca del menor infractor. Se trata de criterios totalmente distintos sobre lo que éste es, y entorno a la naturaleza de las atribuciones del estado cuando interviene en estos casos. De un lado se haya lo que pudiéramos llamar la "idea penal" del menor infractor, del otro, la "idea tutelar" del mismo menor.

De semejante diversidad de enfoques radical, deriva soluciones completamente diferentes: en un caso el organismo, el procedimiento y las medidas tutelares, que tienen sus propias reglas, en el extremo opuesto, el organismo, el procedimiento y las sanciones penales que tienen, asimismo, sus reglas características.

Bajo la primera de éstas perspectivas, la dominada por la "idea tutelar", se habla de menor infractor; bajo la otra, acaso se siga utilizando – de mala gana, sin mucha convicción – esa misma terminología, pero se está diciendo otra cosa: menor delincuente. Por ello este segundo discurso no puede prescindir de la invocación- que hace ufanamente- de ciertos principios típicos del derecho penal sustantivo y de la alusión a lo que algunos llaman "un procedimiento penal democrático". Independientemente de este último calificativo, salta a la vista que ya se ha dejado de hablar de procedimiento tutelar y se ha comenzado a hacerlo franca e inevitablemente de procedimiento penal. Es seguida acude, con toda naturalidad, las categorías propias de derecho penal.

El discurso iusnaturalista sobre los menores, escrito en el anteproyecto de reforma indicó lo siguiente "actualmente se somete a los menores a un régimen en el que se les privan de garantías bajo el argumento de que hay que dejarlos fuera del derecho penal". Es inadmisibles tal acierto. Las medidas consignadas en la ley constituyen sin duda, privación coactiva de bienes o derechos, entre las cuales se encuentra uno de los de mayor jerarquía: la libertad. Esta es precisamente, la característica definitoria de la normatividad penal: el establecimiento de conminaciones que implican para el infractor restricción de bienes fundamentales. La magnitud de las consecuencias jurídicas contempladas en las normas penales es justamente el factor que obliga, en un estado de derecho, a que su posible imposición esté rodeada de las más amplias garantías para el procesado.

La exposición de motivos de la iniciativa, que invoca una serie de antecedentes y alude al contexto internacional, propone dar "a los antecedentes y alude al contexto internacional, propone dar" a los menores de edad la calidad de sujetos de derecho, abandonando paternalismos infructuosos buscando tanto la adaptación social de éstos como la protección de sus derechos, con y estricto respeto a los derechos humanos (párrafo XII). Adelante expone la observación de "diversos especialistas", en el sentido de que "los derechos de los menores han estado notablemente limitados".

Este discurso pretende que toda restricción de bienes fundamentales tiene carácter de pena – conforme al sentido del derecho punitivo – y debe ajustarse por ende a los términos del proceso penal, en estricto sentido. Otra cosa – se dice – quebrantaría en estado de derecho. La "idea tutelar" se traduce en afirmaciones diferentes. En efecto, el concepto tutelar no llama penas a las medidas para menores infractores, ni tribunales penales a los consejos tutelares, ni iuspuniendi a la atribución del estado para actuar con respecto a dichos menores. Supone que en estos casos el estado asume una misión completamente distinta, a la que corresponde organismos, tratamientos y medidas diferentes. Indica que aquí el estado sustituye a los encargados legales del menor – conforme a las normas vigentes en materia de patria potestad y tutela -, y que este relevo no entraña punición.

No hay pena necesariamente, cuando se restringe un bien fundamental: la libertad. Sucede en el caso de ciertos enfermos – sigue manifestando la corriente tutelar – y a nadie se le ocurre pensar que se les esté castigando al mantenerlos internos en un centro de tratamiento. Y ocurre también precisamente, en el desempeño de la guarda legal del menor: cuando el padre o el tutor envían a sus hijos o pupilos a la escuela o restringen sus salidas o los colocan en un internado, nadie dirá que el padre o el tutor estén aplicando penas privativas o restrictivas de libertad y que deban actuar en la forma prevista, para este fin por el artículo 20 de la constitución y el código de procedimientos penales.

Esa es la tarea que el estado asume, y no otra: la de tutela, no la de punición. Es muy diferente lo que sucede en el caso de los adultos, que ya no están sujetos a patria potestad o tutela. Aquí se ha producido otra situación legal, de la que proceden, asimismo, otras consecuencias legales.

La iniciativa del ejecutivo para expedir una nueva ley llamada ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito federal en materia común y para toda la República en materia federal tiene fecha 18 de noviembre de 1991. El dictamen en la cámara de origen, que fue la de senadores, aparece suscrito, el 5 de diciembre, por los integrantes de las comisiones de justicia, derechos humanos y estudios legislativos, primera sección. El documento se presentó en la sesión del 6 de diciembre de 1991.

En el dictamen se dio cuenta con el trabajo realizado en conferencia de senadores y diputados. Asimismo, se informó sobre las reuniones del trabajo celebradas y las opiniones recibidas de diversas autoridades. Igualmente el dictamen mencionó los documentos internacionales que constituyen el contexto amplio de la iniciativa (diario de los debates del 6 de diciembre, pág. 5).

Por lo que toca al concepto general del proyecto, el dictamen asegura que el derecho ha de ser instrumento de prevención, con carácter humanitario. "En el aspecto penal – sigue diciendo, con lo que destaca la perspectiva penal de la reforma, que preside la orientación de la ley y sus desarrollos – deben combinarse en principio de seguridad social con el de prevalencia de integración física y psíquica de los infractores de la ley. Los preceptos jurídicos que indiquen sanciones deben imponerse no como respuesta violenta de los perjudicados y de la sociedad, sino como método y forma de lograr la readaptación social". En fin las comisiones consideran que la iniciativa "tiene nobles propósitos de impartir justicia apropiada a los menores infractores, confiriéndoles el íntegro respeto a sus garantías individuales y estableciéndose un procedimiento adecuado para su adaptación social" (diario de los debates, pág. 8).

Se examinó el proyecto en la sesión del senado celebrada el 9 de diciembre. Fue apoyado por la senadora Ma. Elena Chapa Hernández (PRI) que expuso antecedentes del ordenamiento y consideraciones etiológicas y estadísticas de la conducta antisocial de los menores. Por todo ellos se sostuvo "la importancia y a la necesidad de contar con una ley

humanística que asegure la inserción social del menor mediante una labor formativa "(diario de los debates pág. 4). Enseguida el senador Muñoz Ledo opinó que se estaba "devolviéndole la protección a los niños y a los jóvenes respecto de su responsabilidad penal, el carácter de garantías individuales que se había perdido en la ley anterior" (ibídem).

El dictamen de la cámara de diputados, de fecha 13 de diciembre, está suscrito por la directiva de la Comisión de Justicia. Se presentó una sesión del mismo 13 de diciembre. En él se alude al trabajo legislativo realizado y a diversos aspectos relevantes del proyecto (diario de los debates del 13 de diciembre, pág. 2681). En esta cámara el debate ocurrió el 16 de noviembre: sólo hubo discusión sobre la edad mínima para el ingreso de ámbito de validez subjetiva de la ley.

Indudablemente, uno de los temas de mayor relevancia en este orden es el de la edad para que un individuo quede sujeto a las leyes penales: ámbito subjetivo de validez de la norma penal. El problema que reviste más gravedad es el relativo a la edad superior: aún predomina en el país la referencia 18 años, pero en las últimas décadas a prosperado la idea – insuficientemente fundada – de reducir esa edad a 16 años.

La propuesta de la CNDH no abordó directamente este asunto, sino el referente a la edad inferior: la que deslinda la absoluta irresponsabilidad del sujeto que incurre en una conducta antisocial – frente a cualquier injerencia de autoridad, salvo, acaso, la sanitaria – y la responsabilidad no penal – aunque bajo las normas actuales comience a ser penal, en apreciable medida – que se ventiló ante los órganos tutelares y hoy se analiza ante los órganos judiciales penales especiales.

La edad límite inferior no se previno en la Ley del Consejo Tutelar. Quedó en la ley orgánica de la Administración Pública Federal, que determina las atribuciones de la Secretaría de Gobernación, a la que incumbe la atención de los problemas de Menores Infractores: 6 años. En la propuesta de la CNDH, con razón, que corresponde a la Ley de los Consejos Tutelares la regulación de esta materia. También se explicó la adopción de otra edad, 10 años, que habría de figurar en el artículo 2º de la ley sujeta a revisión. Este razonamiento sólo invocó, someramente, la estadística sobre edad de los infractores, sin detallarla ni buscar otros motivos de fondo. Señaló en efecto, que "no es fácil fijar ese límite (el citado límite inferior) y cualquiera que fuere sería arbitrario. Sin embargo, un innegable dato de realidad – atendido por la reforma – es el de que antes de los 10 años no es frecuente ni probable que un menor realice conductas gravemente antisociales".

En la exposición de motivos de la iniciativa presidencial se solicitó aplicar la ley "a personas mayores de 11 y menores de 18 años de edad... en virtud de que se ha considerado que el grupo de edades que se excluiría no reviste especial peligrosidad y no cuenta con plena conciencia de sus actos, por lo que dado el caso de que llegaran a cometer una conducta tipificada por las leyes penales sería motivo de medidas de asistencia social, exclusivamente". No hubo referencia estadística para conocer el alcance

demográfico del sistema propuesto, ni explicación acerca de la peligrosidad y la conciencia de los propios actos. Por lo demás, nuevamente surge la idea de "peligrosidad", que no es, por cierto, la más afín a la ideología que aparentemente sustenta el cambio de ordenamiento.

Acertadamente, la iniciativa del ejecutivo propuso derogar el artículo 119 del Código Penal, que disponía la internación correctiva de los menores de 18 años que infringiesen la ley penal. Se trataba, en realidad de un internamiento relativo, pues no sólo abarcaba la reclusión en correccionales, sino también la "reclusión a domicilio" o "en un hogar honrado". La iniciativa sugirió que la edad mínima para la subordinación de una persona a la ley propuesta fuere de 11 años y la máxima, de 18 años (artículo 4º y 6º).

En votación nominal fue aprobado el artículo 6º del proyecto en el que figura el tema de la edad por 58 votos a favor y 25 en contra.

No menos relevante que la edad es el dato sobre la antisocialidad objetiva – valga la expresión – que concurre a integrar, con aquella en concepto de menor "infractor". La ley de los consejos tutelares atenta a la idea de tutela del menor, a su vez fundada en el ejercicio supletorio de las facultades del padre o del tutor, acogió una idea muy amplia – y ciertamente discutible – acerca de esa antisocialidad objetiva. Así, el artículo 2º estatuyó que el Consejo debe de intervenir – con lo cual se establece el ámbito de validez material del derecho tutelar de menores – cuando los sujetos infrinjan las leyes penales o los reglamentos de policía y buen gobierno o "manifiesten otra forma de conducta que haga presumir fundadamente, una inclinación a causar daños, asimismo a su familia o a la sociedad, y amerite, por lo tanto, la intervención preventiva del Consejo".

Como se ve esa fórmula del artículo 2º tomó en cuenta tanto los delitos y las contravenciones o faltas – antisocialidad estipulada -, como en "estado de peligro". En la raíz de esta opción se hayan las ideas de que el menor infractor se sujeta a u régimen tutelar y de que ha salido del ámbito del derecho penal y, por ende de la aplicación del principio *nuyum crimen sine lege*.

El anteproyecto de la CNDH difiere radicalmente de aquellos puntos de vista. Insistió en el principio de legalidad y, de hecho reclamo el ingreso del menor a lo que pudiéramos llamar un derecho penal con ley especial. Para eso invocó la doctrina penal que consideró pertinente y citó, en su apoyo, el primer párrafo del artículo 16 constitucional y el artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Conviene recordar lo que establece ese precepto de la convención, instrumento de derecho internacional incorporado al orden jurídico vigente en México "no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales del momento en que se cometieron".

En aras del principio de legalidad penal, aquélla propuesta razonó el cambio en el artículo 2º, en lo que concierne al "estado de peligro". Indicó, desde luego que bajo los términos originales de este "se abre una amplia vía a la vulneración de la seguridad jurídica y transgrede el principio reconocido" en la constitución y en la convención. En anteproyecto supuso – es un supuesto general que el documento esgrime consecuente con la "idea penal" que sostiene a propósito de los menores infractores – que las medidas aplicables a los menores son castigos, y por ello dijo que "castigar a alguien por su peligrosidad... es sumamente grave".

En cuanto al manejo de la peligrosidad, el documento señaló, en primer término que existe "dificultad para la comprensión del significado de peligrosidad, que se hace depender por lo común de las condiciones personales, particularmente socioeconómicas del individuo". Sin duda, se trata de un concepto delicado que apareja riesgos. Ahora bien, la noción de peligrosidad en la ley del Consejo Tutelar no coincidía necesariamente con la que corrientemente se maneja en o para ordenamientos penales. En el campo mismo del derecho penal, esa noción tiene muy amplias aplicaciones, sea que se identifique claramente como peligrosidad o temibilidad, sea que se exprese con otro giro: por ejemplo, circunstancias peculiares o particulares del sujeto personalidad de éste etcétera. Es muy discutible finalmente, que la peligrosidad se establezca a partir de las condiciones socioeconómicas del individuo.

Nada tiene que ver con éstas, por ejemplo la personalidad psicopática.

En segundo término el documento que ahora comentamos hizo ver que el concepto de peligrosidad "atiende a las conductas que van a realizarse, y prácticamente imposible emitir juicios hipotéticos orientados a predecir el futuro". Se ha tomado en cuenta sobre todo, según parece la denominada peligrosidad sin delito – que rechazamos frontalmente como hipótesis de aplicación de penas -; no así la peligrosidad relevada por el delito cometido, que trabaja a partir de un hecho pretérito. En cuanto a los juicios hipotéticos para predecir el futuro, vale advertir que muchas instituciones del derecho penal, en amplio sentido, se conectan con la prógnosis ahora impugnada: así, la libertad provisional (en sus términos actuales, tanto la encarcelación en el ejercicio del arbitrio judicial, más haya de la garantía contenida en la fracción I del artículo 20 constitucional, como la libertad bajo protesta), la condena condicional, a libertad preparatoria, los sustitutivos de la prisión y la sentencia misma. En estos casos - y en muchos mas -, la determinación de autoridad toma en cuenta el pasado conocido y el futuro previsible, todo ello sin que se caiga en un inadmisibles derecho penal "de autor".

La conclusión que propuso el documento de la CNDH fue que "ninguna medida será aplicable sin la comisión de una conducta previamente prohibida". Esta decisión que contribuye a sustituir el derecho tutelar por un derecho penal de ley especial, y trae consigo consecuencias procesales.

El artículo 2º de la propuesta ya no incluyó las infracciones a los reglamentos de policía y buen gobierno. A ella se refirió, en cambio, el artículo 2º bis de anteproyecto. En este se fijó la competencia de los *Consejos Tutelares Auxiliares, órganos de conocimiento "de infracciones a los reglamentos de policía y buen gobierno y de conductas constitutivas de amenazas y lesiones, que no pongan en peligro la vida y tarden en sanar menos de 15 días"*. El mismo artículo 2º bis indicaba en que casos el Consejo Auxiliar remitiría el conocimiento al Consejo Tutelar (Central). Para ello adoptó como segundo párrafo el texto del artículo 48 de la ley entonces vigente. Mejor hubiera sido dejar las cosas en el lugar en que se hallaban: efectivamente, el artículo 2º contenía una norma sobre ámbito de aplicación subjetiva de la norma tutelar (en el futuro, penal especial); el 48 en cambio, recogía un mandato acerca de *distribución de competencia*.

La exposición de motivos de la iniciativa que generó la ley de 1991 se siguieron los mismos lineamientos del anteproyecto de la CNDH, expuestos en forma sumaria. Así, se dijo que "con pleno respeto al principio de legalidad se dispone claramente que ninguna medida será aplicable sin la comisión de una conducta previamente prohibida por las leyes penales, impidiendo que se sigan procedimientos por simple violaciones a disposiciones administrativas como lo prevé la ley vigente" (párrafo 20). En tal virtud quedan al garete las *infracciones a reglamentos de policía y buen gobierno: sin consecuencias jurídicas pese a la tipicidad reglamentaria y en ciertos casos legales, o sujetas al conocimiento de las mismas autoridades que actúan en el caso de los adultos*.

La ley para el Tratamiento de Menores Infractores integra en su denominación este ámbito territorial y jurisdiccional: "para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal".

Al fundar la competencia legislativa del Congreso de la Unión, el dictamen de los senadores invocó tanto el artículo 18 constitucional como las fracciones XXI del artículo 73, que atribuyen al Congreso la facultad de "definir los delitos y faltas contra la federación y fijar los castigos que por ello deban imponerse"; y VI del mismo artículo 73 de la ley suprema que confiere a ese Congreso la atribución de "legislar en todo lo relativo al Distrito Federal".

De esta mención se infieren 2 conclusiones: a) en cuanto a su materia, la nueva ley constituye, evidentemente, un *ordenamiento penal a juicio de los propios autores del dictamen*; y b) en cuanto a su ámbito material y territorial que se deben analizar conjuntamente, tiene imperio a propósito de delitos previstos por las leyes penales federales y locales del Distrito Federal, cometidos por individuos de entre 16 y 18 años.

No se trata ni se podría tratar en los términos de la división constitucional de atribuciones entre los niveles del estado mexicano, de una ley aplicable a los estados de la unión, porque el tema penal en general, no es un asunto federal.

Ahora bien, en la reciente evolución del federalismo mexicano – que ciertamente no tienen porque acomodarse en forma rígida, a cierto modelo nacional o histórico – se ha abierto paso la figura de la convención entre la federación y los estados, como método para generar soluciones nacionales en punto de gran relevancia, sin modificar la competencia legislativa de las entidades federativas. Se sostiene que a través de estos convenios los estados no declinan su soberanía o autonomía, sino las ejercitan libremente para alcanzar fines plausibles. Se hace notar que lo mismo sucede en el plano internacional, cuando los estados entran en acuerdo que desembocan en convenios de observancia obligatoria para quienes lo suscriben y aprueban. Esto ha determinado el uso de medios consensuales en campo penal. Así, por ejemplo, en materia de prevención y readaptación social, merced a la ley que establece las normas mínimas sobre la readaptación social de sentenciados y en el orden de la procuración de justicia, con apoyo en la ley orgánica de la Procuraduría General de la República, de 1983.

De tiempo atrás la legislación procesal penal federal había establecido una especie de *jurisdicción subsidiaria* de los estados para el conocimiento de conductas antisociales de menores de edad que contraviniesen leyes penales federales: en efecto, de casos conocían los órganos locales para menores infractores, y solo a falta de ellos intervenían los Tribunales Federales para Menores.

En los términos de la ley de 1991 que suprimió las anteriores estipulaciones sobre jurisdicción subsidiaria, ese sistema de conocimiento se sustentará en sendos convenios. El segundo párrafo del artículo cuarto señala: "respecto de los actos u omisiones de menores de 18 años que se encuentren tipificados en las leyes penales federales, podrán conocer los Consejos o Tribunales locales para menores del lugar donde se hubieren realizado, conforme a los convenios que al efecto celebren la federación y los gobiernos de los estados". El siguiente párrafo, tercero del artículo cuarto, evidentemente inspirado en la ley de normas mínimas – que quiso promover un sistema penitenciaria nacional – dispone: "se promoverá que en todo lo relativo al conocimiento, medidas de orientación, de protección y de tratamiento, los consejos y Tribunales para Menores de cada entidad federativa se ajusten a lo previsto en la presente ley, conforme a las reglas de competencia establecidas en la ley local respectiva". Sobre este punto la exposición de motivos de la iniciativa advirtió que se "promueve, con respecto a la competencia de los Tribunales o Consejos Tutelares de cada entidad federativa, el procedimiento para que éstos puedan conocer las conductas tipificadas por las leyes penales federales, lo que dará congruencia a lo preceptuado en la actualidad"(párrafo XIII). En el dictamen de los senadores se dijo a propósito de la ley planteada: "se trata de un nuevo ordenamiento jurídico que... permitirá que los nuevos dispositivos tengan el rango federal" (diario de los debates del 6 de diciembre, página 5), observación incorrecta porque en ningún caso tendrán vigencia nacional por sí mismos, los preceptos de la ley de 1991, que es a lo que aparentemente se refiere el dictamen. Otra cosa es que esta sirva de modelo para la legislación de los estados, que podría reproducir literalmente sus prevenciones en torno a esta delicada cuestión, vale apuntar que es atendible el tercer párrafo del artículo cuarto: sólo pretende promover la adopción del modelo federal y distrital por parte de los estados

que conservan íntegra y expedita su atribución legislativa. El segundo párrafo en cambio, plantea serias interrogantes. En efecto, aquí se trata de resolver, por convenio, la declinación de una competencia jurisdiccional que prácticamente desaparecería en aras de otro orden de competencia. De esta suerte, la figura del convenio modifica el ejercicio de las atribuciones que la propia constitución reserva a cada una de los niveles del estado. Si es admisible esta solución, también lo sería que la federación y los estados acordasen, de plano, que en lo sucesivo los tribunales de estos conocerían de todas las causas federales, o viceversa. Cuando se ha querido introducir una posibilidad de semejante hondura, a debido trabajar el constituyente permanente – no apenas funcionarios administrativos – de la reforma de la ley suprema: así aconteció por ejemplo, para que los reos sentenciados del fuero común cumplieren sus condenas en reclusorios federales, para ello se modificó el Artículo 18 constitucional.

B) TRATAMIENTO CORRECCIONAL

El procedimiento tutelar posee rasgos propios, bien diferenciados de los inherentes al proceso penal para adultos. Sus actos reflejan el concepto que se tiene acerca del menor infractor y del papel que incumbe al estado en este orden de cosas. Esta particularidad del procedimiento informó la redacción del artículo 33 de la Ley del Consejo Tutelar, que estipulaba con respecto a la integración de las normas: "el pleno, la sala o el instructor resolverán, en su caso, la forma de proceder cuando no exista expresa disposición sobre el particular, ajustándose siempre a la naturaleza de las funciones del Consejo y a los fines que éste persigue. Se procurará prescindir, siempre que sea posible y particularmente cuando el menor se halle presente, de las formalidades propias del procedimiento para adultos, acentuándose en la forma de las actuaciones, la naturaleza tutelar del órgano, exenta del propósito represivo".

Esta prevención no fue modificada en el anteproyecto de la CNDH; empero los lineamientos del procedimiento que este postula son esencialmente diversos de los que tomó en cuenta dicho artículo 33 y que dan sentido a su texto. El cambio es drástico en la ley de 1991, aquí se ingresa de plano en el enjuiciamiento ordinario; tal es el modelo; hay en suma, "deliberada judicialización" de la materia, que hasta hoy habían quedado fuera del procedimiento para menores.

Desde hace tiempo existe debate acerca de las "garantías" que debe contener el procedimiento para menores infractores evidentemente, las razones de ese debate se hayan en los distintos puntos de vista sobre el régimen íntegro de los menores infractores: el tutelar por un lado, y el penal, por otro.

En el Congreso sobre el régimen jurídico del menor (México 1973) se discutió ampliamente este asunto. Al final, dominante la perspectiva tutelar sobre la juspenalista, se aceptó, no obstante, incorporar en la ley diversas prescripciones sobre actos procesales semejantes – no idénticos, por supuesto- a los existentes en el enjuiciamiento penal de

adultos. Se hizo esto sin desconocer, en ningún momento que el régimen de menores tiene categorías propias y que demanda, por ello, garantías específicas. Quedó latente, sin embargo, la inconformidad de la corriente postergada en esa ocasión: razones doctrinales y motivos de otro carácter quedaron en receso, a la espera de nueva oportunidad.

En virtud de lo anterior, la ley de 1973 recogió prevenciones relativas a las siguientes materias, entre otras que pudieran ser calificadas, "garantizadoras": información al menor y a los encargados de éste, y declaración del propio menor (artículo 37; se asemeja a la declaración preparatoria del juicio penal); resolución básica, que fija las causas del procedimiento, único tema que en este se considerará (artículo 35; semejante al auto de formal prisión o sujeción a proceso); resolución de libertad condicional del menor; entrega a quienes puedan ejercer legalmente la custodia o internamiento en el Centro de Observación (artículo 35: trátase de equivalencias de la libertad por falta de elementos, la libertad provisional sin caución y la prisión preventiva respectivamente); y orden de presentación, escrita y fundada (artículo 38; guarda cercanía con la orden de aprehensión).

El documento de la CNDH contuvo otras formas procesales, las mismas- o prácticamente las mismas- del enjuiciamiento penal. El criterio general se halló en el multicitado párrafo de la exposición de motivos que hablaba de acoger "la totalidad de las garantías y formalidades esenciales que implica un procedimiento penal democrático"; así como en la impugnación que se hizo del sistema de 1973, atribuyéndole que la imposición de medidas por parte del Consejo Tutelar "no exige un procedimiento que cumpla con formalidades esenciales de un juicio penal". Esto – digamos nuevamente-, porque aquella ley no pretendió diseñar un juicio penal, sino un procedimiento tutelar. Así, el propuesto sistema penal para menores recogía los trazos- e incluso los detalles de su fuente -: del sistema penal para mayores.

La ley de 1991 siguió por este último cauce. Ya me referí a la declaración que se hace en la exposición de motivos acerca de la supuesta violencia que el ordenamiento anterior hacía sobre los principios de "legalidad, audiencia, defensa, asesoría jurídica, impugnación y todos aquellos otros que rigen el procedimiento" (párrafo 15). En otro punto, la misma exposición de motivos abunda en los actos procesales que incorpora la ley propuesta y luego aprobada: "notificaciones al menor de las acusaciones en su contra... derecho de éste de abstenerse de declarar y a utilizar todos los medios de defensa, careo, examen de testigos, presentación de pruebas, acceso al expediente, amén de aquellos aspectos que en conjunto conforman un procedimiento ágil y expedito, acorde con los principios de oralidad" (párrafo 23). No sobra decir que prácticamente todos estos aspectos se hallaban reconocidos en el ordenamiento anterior, aun cuando lo estuvieran dentro de un contexto procesal diferente: tutelar, no penal, pero en todo caso atento al puntual conocimiento de la verdad histórica.

Veamos ahora la regulación del procedimiento en la nueva Ley para el Tratamiento de Menores Infractores que se aparte de los lineamientos de la Ley de 1973 y coincide en buena medida aunque no totalmente, con la orientación expresa en el documento de la CNDH.

En este ordenamiento existe, sin duda, una fase de averiguación previa a la manera del sistema ordinario. Ahora bien, esa averiguación se halla distribuida entre dos autoridades, a saber: el Ministerio Público Ordinario (artículo 46) y el Fiscal o Ministerio Público Especializado al que se denomina "Comisionado", que crea la Ley comentada (artículos 35, fracción II y 46).

En algún momento la averiguación previa deviene instrucción: sucede cuando comienza la actividad del Consejero Unitario, que es una especie de juez instructor, aunque existe cierta coincidencia de atribuciones de éste con facultades del Ministerio Público Especial, esto es, del Comisionado. En efecto éste despliega actividades indagatorias como "investigar" (artículo 35, fracción II, a); "practicar las diligencias de carácter complementario que sean conducentes a la comprobación de los elementos constitutivos de las infracciones, así como las tendientes a comprobar la participación del menor en los hechos" (puesto que se trata de diligencias "complementarias" resulta evidente que el Ministerio Público Ordinario ha llevado adelante actos de averiguación previa en relación con el menor; y tomar declaración al menor, recibir testimonios, dar fe de hechos y otros actos de averiguación típicos de la autoridad persecutoria. Para acabar de perfilar la naturaleza de este Comisionado y de sus atribuciones, tómesese en cuenta que las actuaciones que practique tiene plena fuerza probatoria, exactamente igual que las desarrolladas por el Ministerio Público (artículo 57 fracción I).

Ahora bien, incumbe al Consejero Unitario, Juez instructor, radicar el asunto, abrir el expediente del caso y recabar y practicar sin demora "todas las diligencias que sean pertinentes para el esclarecimiento de los hechos" (artículo 47 y 48). El Consejero de turno ha de "iniciar el procedimiento, practicar las diligencias pertinentes, y dictar, dentro del plazo legal, la resolución que proceda" (artículo 39). La frontera entre las actividades del Comisionado y las del Consejero Instructor se halla en una referencia temporal: aquél dispone de 24 horas contadas a partir del momento en que tome conocimiento de las infracciones (en realidad delitos) atribuidas a los menores para remitir las actuaciones al Consejero artículo 46, párrafo V).

El Consejero unitario tiene, entre otras, la atribución destacada de dictar la resolución que justifica el procesamiento del menor, llamada resolución inicial (artículo 20 fracción I, y 36, fracción IX), acto de suma importancia que fue introducido en el derecho procesal tutelar por la ley de 1973 y que ha sido conservado en el derecho penal para menores por la ley de 1991. En esta, la estructura de dicha resolución coincide con la de un auto de formal prisión (artículo 50). Al dictarse este acto se abre la instrucción, y en ella se practica el diagnóstico y se emite el dictamen técnico correspondiente (artículo 51). El artículo 36 establece una serie de garantías procesales mínimas, directamente tomadas del proceso penal para adultos. En este nuevo enjuiciamiento existe –también a la manera de su modelo, el juicio penal– una audiencia de pruebas y alegatos (artículo 53). Dentro de los 5 días hábiles siguientes a ésta se emitirá la sentencia, que la ley denomina, genéricamente, "resolución definitiva" (artículo 54, párrafo III) en cuanto a las medidas cautelares de carácter personal, la ley comentada organiza el sistema de detención del

sujeto, así como la posibilidad de la libertad provisional, siguiendo, en todo caso, el modelo del proceso penal para adultos. Para que se capture al menor – acto denominado localización y presentación– es preciso que medie solicitud del Comisionado al Consejero (artículo 35, fracción II, g)), pero éste carece de facultades para acordar por sí mismo la captura, a de requerirla a la "autoridad administrativa" (artículo 49), que en la especie es, nada menos, el Ministerio Público; éste, a su vez formulará la petición correspondiente a la autoridad judicial, cuando estén satisfechos los extremos del artículo 16 constitucional (artículo 78, párrafo I). Como se ve, aquí el Ministerio Público ordinario ejercita una acción cautelar penal ante la jurisdicción, conexas a un proceso instado por otro órgano acusatorio ante diversa jurisdicción. En el Ministerio Público ordinario que solicita el mandamiento judicial es el acusador del sujeto cuya captura se pretende, ni el órgano judicial que expide la orden es el juez natural en la causa.

A estas alturas resulta manifiesto que se trata de una orden de aprehensión de un presunto delincuente, que es a lo que se refiere, precisamente el invocado artículo 16 de la Suprema Corte, y no de una disposición de naturaleza diversa, aunque eufemísticamente se le llama "orden de presentación". Del sistema tutelar solo ha quedado el nombre de la orden; el contenido de ésta, su esencia, pertenece por completo al régimen penal.

Llama grandemente la atención que la ley de 1991 haya puesto la captura del menor en manos del Tribunal Ordinario, y no en las del Tribunal Penal Especial para Menores Infractores. Esta solución permite suponer que el legislador consideró que solo de aquella manera se respetaba en la especie la garantía individual sobre privación cautelar de la libertad. Estimó, pues, que dicha garantía establecida en la Constitución no se observaría si la captura quedaba sujeta solamente al mandamiento del Consejero Unitario (que es, en el fondo un juzgador penal especializado, instructor de un verdadero proceso).

Si esto es así, la misma lógica debió sugerir que todas las otras actuaciones que tienen calidad de garantía constitucional y que la ley Suprema atribuye al juzgador ordinario, debían quedar encomendadas, asimismo a este último juzgador; así, la declaración preparatoria, la resolución inicial (auto de formal prisión), los careos constitucionales, etcétera. Lo que es aplicable a la orden de aprehensión, cualquiera que sea el eufemismo con que se le designe, ha de serlo también, en rigor a esos otros actos procesales que poseen, no menos que aquella, títulos de derechos públicos subjetivos.

El artículo 37, que faculta al Consejero Unitario para entregar al menor a sus representantes legales o encargados mientras se tramita el proceso (asunto que también reglamenta la fracción III del artículo 20, y los párrafos II y III del artículo 46), es elocuente sobre la identidad que verdaderamente existe entre el internamiento del menor y la prisión preventiva aplicable a los adultos. En efecto, dice la primera parte del segundo párrafo: "El Consejero Unitario que tome conocimiento de conductas que correspondan a aquellos ilícitos que en las leyes penales no admitan la libertad provisional bajo caución, al dictar la resolución inicial ordenará que el menor permanezca a su disposición en los

centros de diagnóstico, hasta en tanto se dicte la resolución definitiva". La citada identidad queda igualmente de manifiesto cuando el tercer párrafo del artículo 46 dispone que el Consejero liberará al menor, entregándolo a sus encargados, "cuando a la infracción corresponda a una conducta tipificada por las leyes penales... que no merezca pena privativa de libertad o que permita sanción alternativa".

No sobra recordar que la llamada resolución definitiva en el proceso contra menores infractores corresponde al Consejero Unitario (artículo 20, fracción II), que a su función el juez instructor añade la de juez cognitivo. Media una enorme distancia entre este sistema y aquel otro, vigente hasta 1991, que encomendó la resolución definitiva a un cuerpo colegiado integrado por profesionales de diversas disciplinas, varones y mujeres, que resolviesen con criterio tutelar y a la luz de los conocimientos que cada disciplina aportaba.

c) TRIBUNALES JUVENILES.

La ley vigente modificaba profundamente la integración del Consejo tutelar. Este es en mi concepto uno de los más grandes desaciertos de ésta, que llevan el sistema para menores infractores hacia el régimen penal de adultos, aunque con ciertas modalidades especiales, más de forma que de fondo.⁷⁰

En la exposición de motivos del documento de la CNDH – que habló de acoger lo que llamaba "la totalidad de las garantías y formalidades esenciales que implica un procedimiento penal democrático"- no se aludió a este cambio. Empero fue consecuente con la idea –clara, como se ve en el texto transcrito de convertir el procedimiento tutelar en proceso penal.⁷¹

Recordemos las formas acostumbradas de constituir los órganos de justicia- y sus equivalentes, como en el caso de la justicia tutelar de los menores -: judicatura profesional y permanente, jurado popular. En el caso de los menores, los correspondientes Tribunales primero y los Consejos Tutelares, más tarde, reflejaron la convicción de que estos infractores no son delincuentes propiamente, y de que se hayan sujetos, en consecuencia, a un procedimiento con rasgos característicos, entre los que domina el estudio de la personalidad, no apenas de la conducta ilícita y la atribuibilidad de esa conducta a cierto sujeto, a título de responsabilidad penal.

Colocado el menor en el centro de la escena- como lo está modernamente el delincuente adulto, hasta cierto punto, por la necesidad de individualización –pareció natural que el órgano tutelar incluyera, al lado del jurista, a otros profesionales capaces de contribuir útilmente al conocimiento y al tratamiento del menor. Así se formó una

⁷⁰ Azaola, Elena. La Institución Correccional en México "una mirada extraviada". Editorial siglo XXI. 1997. Páquina 77.

⁷¹ Memoria del Congreso Nacional en Materia de Menores Infractores. SEGOB. PGR, Gobierno del estado de Puebla. 1998.

especie de escabinado. Los tres componentes del órgano – jurista, médico y pedagogo especializado en infractores o psicólogo – intervienen en la resolución, esto es, no se trata de meros peritos, que aportan conocimientos técnicos a quien resolverá el caso, sino de titulares de la potestad de resolver.

Por otro lado, en el Derecho Tutelar ha sido natural la exigencia de que el órgano de conocimiento y decisión concurren varones y mujeres; esta pretensión es razonable si se atiende al espíritu "paternal" o "tutelar" del procedimiento especializado (rasgo que parece perturbador o anacrónico a los partidarios de la concepción penal de la justicia para menores). Así lo previno, originalmente, la Ley del Consejo Tutelar.

El anteproyecto, consecuente con su espíritu juspenalista, quiso modificar radicalmente la integración de las Salas del Consejo y solicitó añadir nuevos personajes – peritos, en este caso – a la plantilla del personal auxiliar de la justicia de menores. Así, el propuesto artículo 3 indicó que los tres integrantes de la Sala serían licenciados en Derecho. En consecuencia, entre los elementos que habían de concurrir para la capacidad procesal objetiva en abstracto de los consejeros, figuraba el de que contasen con este título profesional (proyecto de la fracción IV del artículo 6). En los términos del propuesto artículo 16, otro tanto ocurría con los Miembros del Consejo Auxiliar, "que deberán reunir los mismos requisitos exigidos para ser miembros del Consejo Tutelar".

Se omitió la norma que existía en el artículo 3 de la ley hoy abrogada, en el sentido de que habría varones y mujeres en la composición del Consejo.

La nueva ley corre por el mismo sendero. En la exposición de motivos se refiere que al Consejo Tutelar de Menores Infractores (como se ve, la idea tutelar desaparece hasta la designación del órgano; es natural, puesto que el nuevo Consejo ya no obedece a ese designio, sino sirve al antiguo concepto penal retocado), "constituirá un moderno sistema con organización lógica y jerarquizada encargado de conocer, a través de órganos unipersonales en primera instancia, de las infracciones cometidas por menores, y a través de un órgano colegiado en superior grado, de los recursos que se interpongan durante el procedimiento". El dictamen de los diputados manifiesta que "la función de estos consejos establece cimientos tutelares..." (*diario de los debates del 13 de diciembre, página 2381*), afirmación controvertible, puesto que la idea tutelar se haya excluida de esta reforma, deliberada y explícitamente. Así queda fundado un aparatoso régimen judicial a la manera del aplicable de los adultos. Se quiere contra la ideología precedente, que el sistema para menores incorpore la "figura y el estrépito del juicio"; el propósito tutelar se ha retirado, de la designación misma del nuevo órgano jurisdiccional.

Es natural que la idea juspenalista sobre Tribunal para Menores, no obstante llamarse Consejo, aparezca desde el perfil mismo el órgano jurisdiccional, que cuenta con Consejeros Unitarios (en realidad jueces instructores y cognitivos) y una estructura colegiada bajo el nombre de Sala Superior (artículo 8º). La estructura del Consejo se ha inspirado, nada menos en la justicia fiscal, que también considera la existencia de una "Sala Superior", que ha importado desde tan remota

jurisdicción en Sistema para los Menores Infractores. Obviamente, esa Sala se constituye sólo por abogados, muestra de la razón puramente jurídica del órgano y del Procedimiento. En cambio, los otros profesionales quedan instalados en el llamado Comité Técnico Interdisciplinario, con capacidad asesora y dictaminadora, no resolutoria.

Así, los profesionales no juristas han salido de la función decisoria y pasado a la antigua tarea pericial, característica del enjuiciamiento penal. En la primera propuesta de reformas, la fracción IV del artículo 4, acerca de personal auxiliar, requería: "Cinco asesores, al menos, de uno y otros sexos, los cuales deberán ser un médico especializado en problemas de la mente, un psicólogo infantil, un sociólogo, un especialista en educación de menores inadaptados e infractores y un trabajador social, preferentemente". En la ley vigente, el citado Comité Técnico interdisciplinario se integra – resuelve el artículo 21 – con un médico, un pedagogo, un licenciado en trabajo social, un psicólogo y un criminólogo, "preferentemente licenciado en Derecho", dice la fracción V de ese precepto.

Como se advierte, la participación técnica, tan relevante, y la concurrencia de varones y mujeres, tan necesaria, han dejado de existir en donde más se necesitaban: el ejercicio de la potestad resolutoria, para restar sólo en la pericial o "asesora", como sucede en el enjuiciamiento penal. Así, se ha "judicializado" el Consejo, en términos absolutamente tradicionales. Es evidente que la presencia de personas de uno y otros sexos tiene sentido cuando se trata de quienes deberán resolver, no de quienes han de emitir un juicio técnico de carácter pericial.

Otro asunto importante fue la existencia y la composición de los Consejos Auxiliares, consecuentes con las características de la antisocialidad de menores en cuanto a su diversa gravedad, y con la organización política y administrativa del Distrito Federal, los factores desempeñados por la ley vigente. Diseñados tales órganos para conocer de las infracciones más leves- competencia que mantenían en el documento de la CNDH- y estructurados conforme al criterio de división política- administrativa del Distrito Federal, como se dijo, resultó pertinente que al menos dos de sus integrantes fueran "vecinos de la jurisdicción respectiva", es decir, de la correspondiente Delegación. En la primera propuesta de reforma (artículo 16), desapareció este requisito de vecindad... los tres integrantes del Consejo Auxiliar serían designados por el Secretario de Gobernación.

En la ley actual ya no sobreviven los Consejos actuales, que pudieron subsistir inclusive bajo el concepto "penalista" de la nueva organización, como los juzgados de paz en el Distrito Federal. El artículo 6º que abrogó la Ley del Consejo Tutelar dispone que los Consejos Auxiliares existentes "conocerán de las faltas administrativas a las faltas a los reglamentos de policía y buen gobierno en que incurran los menores, en tanto se instaure en órgano competente". Sólo pueden aplicar las medidas que la compleja terminología de la Ley llama de "orientación y protección".

La idea de partes procesales, en el sentido convencional de la palabra es ajena la corte tutelar. Esto, porque también lo es al concepto de ejercicio de la potestad paterna o tutelar, que es la atribución asumida por el Consejo Tutelar para menores infractores. En este sistema no hay contienda, litigio; existe un propósito protector, no punitivo; aquél es característico del iuscorrighendi derecho que tienen los encargados legales del menor y que asume, en sustitución de aquellos el órgano tutelar.

No puede suceder lo mismo, en cambio, cuando se trata del ejercicio del iuspuendi que se concreta- por los conductos de la pretensión punitiva y la acción penal- en el enjuiciamiento penal. Tal ocurre en la propuesta juspenalista de reformas a la Ley del Consejo Tutelar, y tal ha sucedido en la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, que atiende a la misma orientación.

Entre lo que el primer anteproyecto denominó "la totalidad de las garantías y formalidades esenciales que implica un procedimiento penal democrático", figura la "separación entre los órganos que actúan en el procedimiento acusador, defensor, juzgador..." Se regresa, pues, al antiguo sistema de partes procesales; con ello vuelven a la escena el Ministerio Público y el defensor tradicional. Menos explícita es la exposición de motivos de la Iniciativa de Ley para el Tratamiento, pero igualmente rotunda es la nueva regulación. En ésta aparecen, además del Comité Interdisciplinario, la denominada Unidad de Defensa de Menores y "una unidad encargada de la prevención y tratamiento de menores, ésta última por conducto del Comisionado" (párrafo 26). Tal unidad realiza diversas funciones, entre ellas la de averiguación previa, ejercicio de la acción y acusación ante el órgano Jurisdiccional para Menores Infractores. El extraño nombre de "Comisionado" que se aplica a esta especie de fiscal o Ministerio Público especial, absolutamente insólito en el Derecho mexicano, pudiera provenir del sistema anglosajón, cuya lectura se advierte, ocasionalmente en las estipulaciones de la Nueva Ley.

Por lo que toca al Ministerio Público, hacía tiempo que se encontraba excluido del Sistema Tutelar; otro ha sido su cometido en el campo de las conductas antisociales... la persecución penal, mediante la acción respectiva, si no había persecución penal ante el Consejo, nada tenía que hacer el Ministerio Público en esos estrados. Al planearse la "repenalización" de los menores infractores y reelaborarse el Consejo y su procedimiento como sistemas penales especiales, es explicable que reaparezca el Ministerio Público.

El anteproyecto sugirió destinar al Ministerio Público el artículo 15 de la Ley del Consejo tutelar, que estuvo asignado a los promotores, que pasarían a la segunda parte del artículo 14. Se trataba francamente del Ministerio Público ordinario, dependiente de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal (cabría preguntar... ¿Por qué no también el Ministerio Público Federal, cuando el menor sea "reo federal?"). Habría un agente de aquella institución adscrito a cada sala del Consejo Tutelar, como los hay ante cada juzgado penal o Sala del Tribunal Superior.

Entre las funciones del Ministerio Público no apareció expresamente la preparación del ejercicio de la acción penal, ni este mismo ejercicio; más nítida era la prosecución de la tarea acusadora a partir del momento en que el Consejo entra a conocer el caso. Sin embargo, ha de tomarse en cuenta lo provisto por el artículo 34 del anteproyecto: el procedimiento se iniciará mediante denuncia o querrela, que "se presentará y tramitará en los términos del Código de procedimientos penales para el Distrito Federal". Esto implica, precisamente, desahogo de una averiguación previa y ejercicio de una acción penal.

Entre las facultades que el anteproyecto reconocía al Ministerio Público figuró "fundar y motivar el hecho imputado al menor" (fracción I del artículo 15: en realidad, lo que se motiva y funda es la imputación, no el hecho atribuido).

Asimismo, encomiendas probatorias (fracciones II a IV), supervisoras (fracción V), impugnativas (fracciones VI y VII) y de petición de condena, que se quiso denominar, todavía con la terminología del procedimiento tutelar: "Solicitar la imposición de la medida aplicable al menor" (fracción VIII).

En el documento de la CNDH hubo otras referencias al Ministerio Público, derivadas de la nueva actuación que tendría ante los Consejos Tutelares: así en los artículos 27 (diligencias y audiencias), 40 (pruebas en la audiencia de fondo), 42 (excitativa de justicia), 55 (alegatos en la revisión), 58 (interposición del recurso de inconformidad) y 59 (audiencia en la inconformidad).

En la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, la fiscalía *sui generis* instruida bajo el eufemístico nombre de "comisionados" dentro de la "unidad administrativa encargada de la prevención y tratamiento de menores" tiene a su cargo una función de "procuración" cuyo objeto es "proteger los derechos y los intereses legítimos de las personas afectadas por las infracciones que se atribuyan a los menores, así como los intereses de la sociedad en general" (artículo 35). Se trata, pues, de un representante social, título que se acostumbra dar al Ministerio Público ordinario, con el que coadyuva, como En el proceso penal, el ofendido por el delito. Las actividades indagatorias y acusatorias de ese comisionado o fiscal especial aparecen en los incisos a al n de la fracción II del artículo 35. Es evidente su coincidencia con las tareas asignadas al Ministerio Público ordinario para la Averiguación Previa y el Proceso Penal. Hay, inclusive, coincidencias o colisión de facultades investigadoras instructoras entre el Comisionado y el Consejo Unitario que es, en esencia, un juez instructor del Proceso Penal para Menores Infractores.

En el Proceso Penal Ordinario, en que tiene plena razón de ser el principio de "contradicción" entre partes (que lo es entre posiciones derivadas de los intereses que se enfrentan en el litigio) ante el Ministerio Público, parte formal se localiza el defensor asimismo parte formal que necesariamente asiste al inculpado. Habida cuenta que en el procedimiento tutelar no existe ese "contradictorio", por las razones antes expuestas, tampoco se plantea la intervención de un defensor en el sentido tradicional de la palabra, esta situación varía al "penalizarse" el Procedimiento Tutelar y convertirse en proceso penal, con presencia del Ministerio Público.

El régimen tutelar cuyo relevo se hizo, el problema de la "legalidad", en la actuación de Consejo se ha querido resolver por diversos medios. Uno de ellos ha sido el promotor que en buena medida se asemeja al defensor penal, aunque no se confunde con este, porque no actúa en el ámbito del proceso penal, estrictamente.

La promotoría de menores fue una de las aportaciones más importantes de la Ley del Consejo Tutelar de 1973. Bien ejercida satisfizo todos los requerimientos de la "defensa", sin necesidad de transformar el Procedimiento Tutelar en Proceso Penal. EL artículo 15 de aquel ordenamiento estableció sus amplias funciones. Intervenia a todo lo largo del procedimiento: vigilaba la fiel observancia de este, proponía pruebas, formulaba alegatos, interponía recursos, promovía la revisión de las resoluciones, funcionaba como enlace entre los encargados legales del menor y el Consejo Tutelar, visitaba los centros de observación y de tratamiento, denunciaba las detenciones indebidas. El cuerpo de promotores organismo auxiliar del Consejo (artículo 4º). Contaba desde luego, con "plena autonomía en sus actividades técnicas" (artículo 14).

El anteproyecto de reformas que aquí comentamos quiso modificar substancialmente el sistema de asistencia al menor infractor. Considerado éste como menor delincuente, y redefinido el procedimiento como proceso penal, las soluciones son las mismas del régimen penal para adultos. Esto se basa, según el documento de la CNDH, en la recepción de garantías características del citado "procedimiento penal democrático". En tal virtud se propuso establecer la alternativa conocida en el sistema de adultos: designación de defensor particular (artículo 35) o nombramiento de defensor de oficio (artículo 14 y 35). Del anterior procedimiento sólo se conservó el nombre de la figura procesal "promotor"; continente que aloja otro contenido, distinto y hasta adverso del que le dio origen.

Por lo que hace al defensor (promotor) particular, el anteproyecto del artículo 35, dentro de las normas que gobiernan al procedimiento, estipuló que "al ser presentado el menor tendrá derecho a nombrar un abogado de su confianza que fungirá como promotor". Nótese que este texto restringía la libre defensa que consagra la fracción IX del artículo 20 constitucional. Debiera aplicarse este precepto, puesto que se está instituyendo un proceso penal.

En lo que atañe al defensor (promotor) oficial, el anteproyecto estableció que la defensoría de oficio del Distrito Federal contaría con un cuerpo de promotores, a cada sala del Consejo se hallarían adscritos dos de éstos; todos dependerían del jefe de promotores. Redactadas de otra manera, las funciones de estos defensores eran prácticamente las mismas que tuvieron los promotores bajo el rubro general de "defensa jurídica del menor acusado de infringir una ley penal" (artículo 14).

La exposición de motivos de la Iniciativa de la Ley que prosperó, no detalla la tarea de los defensores en el procedimiento penal especial para menores infractores. Alude solamente a la situación previa, de menoscabo del principio de defensa, y a la Creación

de la Unidad de Defensa de Menores. Dice que "se da especial relevancia al derecho a la defensa, mismo que se prevé con gran amplitud, estableciéndose la figura del Defensor de Menores, que es asignado de oficio y en forma gratuita, así como la posibilidad de nombrar a un abogado de su confianza para que pueda asistirlo y aconsejarlo y actúe como coadyuvante del Defensor" (párrafo 22).

La Unidad de Defensa de los Menores tiene autonomía técnica. Su objeto "en el ámbito de la prevención general y especial" es la defensa de los intereses legítimos y los derechos de los menores ante el Consejo, pero también ante cualesquiera otras autoridades administrativas o judiciales en materia fiscal y común, esto último en el Distrito Federal (artículo 30). Habrá que ver cómo se concilia esta intervención con la atribuida a otras figuras de asistencia y promoción, e inclusive con la encomendada al Ministerio Público en asuntos de derecho familiar.

La ley distingue categorías en la tarea de defensa del menor. Así, existe una defensa "general", que "tiene por objeto defender y asistir a los menores, en los casos de violación de sus derechos en el ámbito de la prevención general" (artículo 32, fracción I); una defensa "procesal", cuya materia es "la asistencia y defensa de los menores en cada una de las etapas procesales" (fracción II; no se dice si en cualquier proceso o sólo en el proceso penal especial); y una defensa "de los derechos de los menores en las fases de tratamiento y de seguimiento", que tiene la finalidad expresada en la compleja terminología que caracteriza a esta ley, de proveer a la "asistencia y defensa jurídica de los menores durante las etapas de aplicación de las medidas de orientación, de protección, de tratamiento interno y externo, y en la fase de seguimiento" (fracción III).

D) SISTEMAS TUTELARES EDUCATIVOS.

Según la historia de las Instituciones de justicia para menores, la de los jueces, tribunales o cortes juveniles, contiene en el mundo diversas modalidades. En estos países sigue sirviendo a la respuesta emocional contra el delito que es la pena, en tanto que en otros han dejado de aplicarse castigos para tomar en cuenta las características personales y sociales de los menores, a quienes, de necesitarlo, se les aplica el tratamiento requerido, incluyendo las orientaciones al menor y a sus familiares. En este último caso, el internamiento ha perdido su carácter retributivo y punitivo, para convertirse en medidas concretas de protección.

En México con la existencia de Consejos Tutelares, los menores han quedado definitivamente fuera del Derecho Penal, desde 1974.

Al respecto debemos recordar que la intervención del personal de las instituciones, no siempre tiene carácter científico y técnico, debido principalmente a falta de preparación profesional y de capacitación institucional, lo que constituye un grave impedimento para alcanzar los más altos fines de recuperación social de los menores, principalmente durante la pubertad y la adolescencia, que casi nunca son comprendidas por el personal.

Aunque hay ciertas características propias del derecho de menores, esta rama, que solo está en período de formación, no siempre se integra adecuadamente cuando se desea aplicar a los de conducta irregular, debido a la interferencia de las emociones de quienes deben resolver cada caso.

Detrás de este fenómeno hay otro contrario, que es el de que muchos de los niños, adolescentes o jóvenes que han sido perseguidos por las autoridades en su primera falta, tras de una imprudente acción de la prensa, tiene fama pública de delincuentes y son conocidos ahora como reiterantes de su mala conducta, o por perversos, corrompidos, viciosos, desertes escolares, vagos o mendigos, que persigue la policía, por ser conocidos en el barrio.

Parece haberse presentado el fenómeno psicológico de la fijación que impulsa al individuo, por ejemplo, en virtud de su complejo de autoridad a repetir los actos reprobados por ella, y aún en forma de reto, ampliar los probables, asegurándose de que no serán conocidos y perseguidos.

Esos mismos actos, cuando han sido superados y aún olvidados, son aprobados por un pequeño círculo de amigos y el sujeto tiende a repetirlos, porque la primera vez tuvieron éxito.

De lo anterior parece desprenderse el hecho de que los actos perseguidos por las autoridades, debido a la represión y a las actuaciones inadecuadas, suelen repetirse, en tanto que los no perseguidos, pero sí corregidos por la familia a tiempo, no se reiteran. Portugal lo reconoció así desde 1193, en su Foral de Fortaceda, al ordenarse no perturbar la paz del menor de 17 años que hubiere tenido fallas de conducta, lo que no estaba equivocado, pues cuando el hecho no pasa desapercibido a los familiares del actor y éstos le explican que nunca deberá repetirlo si no desea consecuencias desfavorables, por lo general tienen éxito, a condición de que la intervención haya sido oportuna, como muy frecuentemente acaece. Para que las autoridades logren rescatar al menor, de su antisocialidad se requieren las siguientes características:

1. *Carácter tutelar.* Dejar de tener tendencias penales, retributivas de mal por mal, o de castigo, recordando que el niño y el adolescente son débiles frente a los adultos y aunque estudien, todavía no salen de su ignorancia; carecen de experiencias que deban adquirirse, y no son capaces de llenar sus necesidades por sí mismos.

Todos reconocemos que los niños y los adolescentes tienen capacidad limitada para la realización de responsabilidades que corran completamente a su cargo. El hecho de que haya excepciones, confirma la regla.

Por la conducta antisocial que todos hemos realizado, no tenemos ningún derecho de asombrarnos cuando un menor comete alguno de esos hechos. Y si comete otros diferentes, debemos recordar la enorme influencia que la familia y el medio

ambiente inmediato ejercen sobre el pequeño, antes de la adolescencia. Ya durante ésta, el normal rechazo que desde la pubertad se manifiesta contra los padres (en desobediencias y rebeldías), deja en la vida del menor un sentimiento de soledad que sólo tiene consuelo en la mayor amplitud de las fáciles relaciones extrafamiliares (a menudo poco selectas), que traen consecuencias no deseadas, como sería la persecución policiaca por el sólo hecho de la ingenua amistad. Contra traficantes de drogas, o con ladrones y falsificadores, pues de esas personas sólo se había tomado en consideración su simpatía o su aparente bondad.

Era reconocido, desde el Derecho Romano, que el período evolutivo de los menores de edad no terminaba sino hasta los 25 años. Sin embargo al fijar el límite entre la minoría y la mayoría de edad, diversas legislaciones lo han fijado a los 14, 15, 16, 17 18 y 21 años; lo que significa que en una de esas edades se consideran mayores y deben ser consignados a las autoridades penales y encarcelados.

En las cárceles, todos hemos visto corromperse a algunos adultos; con mayor seguridad se echarán a perder los menores; y esto sucederá con frecuencia, mientras más pequeña sea la edad en que reciban la grave y negativa contaminación carcelaria, lo que justificaría la sospecha de que el Estado desea formar mejores delincuentes para lo futuro, enviando personitas que todavía pasan por la edad formativa, a las cárceles.

Esto nos indica que si no deseamos formar este tipo de enemigos sociales, debemos dejar a los menores fuera del Derecho Penal y aumentar en la ley el período de protección, dejándolo de preferencia a los 18 años, en que no siempre tiene ya lugar fácil la contaminación delictiva.

2. *Principio de protección.* Tras el hecho histórico de que los menores inocentes fueron sujetos a las mismas penas que sus padres culpables; o de que por haber cometido hechos tipificados en las leyes penales, se les sometiera a iguales juicios y penas que a los adultos, surgieron los ejemplos de diferentes países que les atenuaron las penas; otros que impidieron perturbar su paz; otros que les impusieron medidas educativas, y algunos que ordenaron se tomara en cuenta, en primer lugar, su bienestar, como Inglaterra (1827), o se les acogiera en instituciones que los protegerían, como España.

En México, desde 1928 se hizo el primer intento de excluirlos del Código Penal y, en 1974, finalmente, se les excluyó de ese ordenamiento, creando los Consejos Tutelares en el D.F. Durante todo el tiempo transcurrido desde que se fundó el Tribunal para Menores, se ha luchado por evitar que éstos sean internados en cárceles, pero todavía ahora, en algunos puntos del país, que es federal, se les encarcela.

En la historia de los tribunales o jueces de menores, como hemos visto, se observa la tendencia clara de protegerlos en variadas formas, razón por la cual se ha designado sustitutos de los jueces, a los consejos tutelares.

México desde 1959, en el estado de Morelos, comenzó a sustituir a los jueces y tribunales para menores, por consejeros tutelares, que ordenan el diagnóstico interdisciplinario de cada caso, a efecto de darle el tratamiento adecuado y evitando, en esa forma, la corruptela de imponerles penas. Dicho tratamiento tiene un claro sentido trascendente de protección.

3. *Principio de inmediatez.* Consistente en que el consejero tome contacto directo y personal con el menor y con las víctimas, los padres, los testigos, etc.

Contra las prácticas judiciales de que un caso sea atendido indiferentemente por el juez, los mecanógrafos o los secretarios, al tratarse de menores de edad, se exige que sean atendidos precisamente por el primero (en México, por el consejero tutelar), con exclusión de toda otra persona, durante todo el trámite.

En México, además, está la figura del promotor que, tras de velar por el cumplimiento de la ley, tanto dentro como fuera del Consejo, debe tomar la representación de los padres del menor, y por lo tanto, la de éste, lo que implica una íntima relación entre ellos.

4. *Principio de privacidad.* Si se pretende corregir la primera falta de un hijo, lo mejor es hacerlo sin testigos, en la intimidad del padre o de la madre con él. Esto, que es reconocido generalmente por las familias educadas, es aplicable también como técnica entre el consejero del menor con éste y con sus familiares, la víctima, cada testigo, etc. , sin que deban levantarse actas por escrito. Esto es explicable también, porque la intervención del consejero tutelar no tiene por objeto perjudicar a nadie y no tiene por qué justificarse, como lo debe hacer un juez penal, al actuar en forma pública para penar a alguien.

Los intereses del menor, que el consejero debe proteger, son los mismos que la sociedad sostiene habitualmente, entre los cuales se encuentra el guardar secreto de los errores cometidos no sólo por el menor, sino por sus padres y parientes al educarlo, ya que las consecuencias de publicar o comentar errores, dan lugar a los daños propios de las calumnias y de las difamaciones, tan conocidos.

Las diligencias del consejero de menores no son, por ello, públicas, sino en privado; tampoco deben darse noticias a la prensa, pues el sólo publicar lo que es un secreto familiar o comentarlo libremente, da lugar a que el menor, a quien se quiere corregir, se corrompa y se dé cuenta que ya es famoso; no se percató de que es tristemente famoso. Además, la colectividad se va acostumbrando a lo reprochable, a lo anormal y con ello se insensibiliza ante los nuevos hechos, perdiendo la actitud de protección.

5. *Principio de celeridad.* Este es esencial en los procedimientos de instituciones juveniles. Se fundamenta en que, un menor sano y bien alimentado, cualquiera que sea su edad, tiene una gran capacidad para estar activo y, por lo contrario, muy pocas ocupaciones habituales.

Por otra parte aunque esté desnutrido o enfermo, el niño es muy inquieto. Dependiendo de la organización de su familia, es o no disciplinado. Y si el menor reacciona con rapidez sus cambios conductuales surgirán de igual manera, por lo cual estando alojado en los centros de recepción o de observación, se siente aún más inquieto, de pensamiento y acción muy activos, por estas razones, por su edad, el procedimiento judicial, que dura muchos meses o años, resulta inadecuado para resolver situaciones infantiles.

El procedimiento de menores, es adecuado cuando se resuelve en una primera resolución (provisional o definitiva) en las primeras horas, y en un mes aproximadamente la resolución final.

6. *Principio de concentración.* Consiste en que todo el peso del trámite de cada caso y toda resolución, se acumula bajo la responsabilidad de un consejero que debe proponer la resolución del caso, mismo que, por falta de formulaciones escritas, debe conservar en su memoria todas sus características, hasta el momento de resolverlo provisional o definitivamente. La cercanía del menor es la mejor forma de hacer que el consejero conozca totalmente del asunto, sin que se le escapen detalles o grandes rasgos.
7. *No formulismos ni formalismos.* Se comprenderá fácilmente que muchos detalles del caso no deberán conservarse por escrito, pues una vez crecido el menor, no faltaría quien se interesara por conocer su vida infantil y juvenil.

Por lo tanto, nunca podrá aparecer por escrito plenamente el caso con sus particularidades, pero tampoco se deberá cumplir formulismos que, al ser cumplidos distraerían la atención hacia la satisfacción de las formas o fórmulas exteriores y no la dejarían ir hacia la verdadera historia de cada caso y hacia la persona real del menor, en su sentido estático y dinámico.

D) PROBLEMÁTICA DE LA INIMPUTABILIDAD DEL MENOR.

En una sistemática total del derecho punitivo, . La imputabilidad debe ser estudiada en el tratado del delincuente, cuando lo permita el ordenamiento jurídico del país. Pero en cuanto al carácter del delito y presupuesto de la culpabilidad a de ser enunciada también en la parte de la infracción. Por eso no puede prescindirse de ella en una teoría del delito.

Imputar un hecho a un individuo es atribuírselo para hacerle sufrir las consecuencias es decir, para hacerle responsable de él, puesto que de tal hecho es culpable. La culpabilidad y la responsabilidad son consecuencias tan directas, tan inmediatas de la imputabilidad, que las tres ideas son a menudo consideradas como equivalentes y las tres palabras como sinónimas. Pero estos tres conceptos pueden distinguirse y precisarse. La imputabilidad afirma la existencia de una relación de causalidad psíquica entre el delito y la persona. La responsabilidad resulta de la imputabilidad, puesto que es responsable el que tiene capacidad para sufrir las consecuencias del delito, si bien, en última instancia, es una declaración que resulta del conjunto de todos los caracteres del hecho punible; la culpabilidad es un elemento característico de la infracción y de carácter normativo, puesto que no se puede hacer sufrir a un individuo las consecuencias del acto que le es imputable más que a condición de declararle culpable de él.

Para excluir del campo punitivo o hechos típicos del menor o para aplicarle ciertas medidas se han dado soluciones, siempre, como consecuencia de la noción dominante en la doctrina penal.

Así tenemos que, se ha considerado al menor como inimputable hasta cierta edad por estimársele incapaz de cometer delitos, pero siendo este un concepto negativo, se hace necesario estudiar en su acepción positiva esto es, dilucidar cuando un individuo es imputable.

Carrancá y Trujillo⁷² ha dicho que "para que la acción sea inculpada, además de antijurídica y típica ha de ser culpable". Ahora bien, sólo puede ser culpable el sujeto que sea imputable.

Imputar es poner una cosa en la cuenta de alguien, lo que no puede darse sin este alguien y para el derecho penal sólo es alguien aquél que, por sus condiciones psíquicas es sujeto de voluntariedad. Ahora bien, por voluntad se entiende en la escuela liberoarbitristas, la libertad de elegir, que con la libertad de obrar es lo que se ha llamado concurso de la voluntad (Carrara); en las escuelas deterministas, aún reconociéndose como base de la imputabilidad de conocimiento y la prebisibilidad del hecho, se entiende la conducta humana determinada por fines antisociales ajenamente, en todo al libre albedrío; cuestión abstracta que no interesa, pues lo único que importa a la sociedad humana es si la conducta causó el hecho objetivo voluntariamente o no, a fin de adecuar el tratamiento al sujeto. Será pues, imputable, todo aquel que posea al tiempo de la acción las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente por la ley, para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana.

⁷² Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano parte general. México 1980.págs226.

ESTA TESIS NO DEBE SALIR DE LA BIBLIOTECA

En otra obra este autor⁷³, precisa que es "la imputabilidad la capacidad abstractamente considerada de la persona para que pueda ser puesto en su cuenta un hecho hipotéticamente previsto como posible, por lo que será imputable todo aquel que posea al tiempo de la acción las condiciones psíquicamente exigidas, abstracta e indeterminadamente, por la ley para poder determinar su conducta normalmente; que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana".

Defendiendo el concepto de imputabilidad en la psicología, como facultad de conocer el deber nos obliga por lo tanto a considerar el aspecto negativo, es decir, los motivos de inimputabilidad.

Podemos definirlos así: Son causas de inimputabilidad la falta de desarrollo y de salud de la mente, así como los trastornos pasajeros de las facultades mentales que privan o perturban en el sujeto la facultad de conocer el deber; esto es aquellas causas en las que si bien el hecho es típico y antijurídico no se encuentra el agente en condiciones de que se le pueda atribuir el acto que perpetró.

Debe procurarse, como en orden a las causas de justificación, ensanchar el ámbito de estos motivos de inimputabilidad reconociendo su existencia, en cuantos casos esté excluida la facultad de conocer el deber y no encerrarse en el repertorio de las causas que la ley consigna.

Conforme a este criterio enunciamos en clasificación adecuada el motivo de inimputabilidad que nos atañe así ⁷⁴:

a) Falta de desarrollo mental:

La minoría se reconoce en los códigos como eximente; en el caso de nuestra legislación hasta los 18 años, así lo indica el nuestro artículo 15 fracción VII, a saber:⁷⁵

Al momento de realizar el hecho típico el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél.

Aún careciendo de la jerarquía del elemento del concepto del delito de la imputabilidad tiene relevancia en la integración del propio en razón de que, el juicio de reproche que determina la culpabilidad solamente puede realizarse respecto de un sujeto imputable. Dicho en otras palabras, sino hay imputabilidad tampoco puede haber culpabilidad y la ausencia de ésta última provoca la inexistencia del delito.

⁷³ Carrancá y Trujillo, Raúl. Las causas que excluyen la incriminación. México. 1982. Pág. 77.

⁷⁴ Jiménez de Asúa. Lecciones de Derecho Penal. Ed. Harla. México 1997. Págs. 224-226.

⁷⁵ Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia de fuero federal. Ed. Porrúa. México. 1998.

Nos ocuparemos de las causas de ausencia de imputabilidad que motivan la inimputabilidad, recordando previamente que para llegar al estudio de ellas tiene que haberse producido una conducta provocadora de un resultado típico, que también es antijurídico.

Tomando como base sustentadora el concepto que se ha proporcionado de la imputabilidad, dividiremos el estudio de las causas de inimputabilidad en tres grandes grupos. Al primero lo denominaremos inimputabilidad genérica determinada normativamente; el segundo se refiere a la inimputabilidad específica y al último lo llamaremos inimputabilidad absoluta.

Es conveniente que antes de entrar al análisis de las causas de inimputabilidad se proporcione un concepto de ella que pueda comprender las diferentes hipótesis de inimputabilidad. El concepto de inimputabilidad que dimos contiene sustancialmente tres elementos: La capacidad de autodeterminación, la facultad de conocimiento de la antijuridicidad de la conducta autodeterminada, y el reconocimiento que la ley hace de que se tienen la capacidad como la facultad que se ha mencionado. El concepto de la inimputabilidad en consecuencia, deberá abarcar los tres elementos, pero considerados en un aspecto negativo por ser precisamente la imputabilidad lo contrario de la inimputabilidad.

El concepto que creemos se ajusta mas al contenido verdadero de la inimputabilidad lo expresaremos diciendo que 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 antijuridicidad de su conducta, sea porque la ley le niega esa facultad de comprensión o porque al producirse el resultado típico era incapaz de autodeterminarse.

El anterior concepto merece algunas observaciones que servirán para justificar la sistemática impuesta al estudio de las causas de inimputabilidad. El primer comentario que resulta es el de la mención que se hace a cuando la ley niega la capacidad de comprensión. A este respecto debe decirse que la ley, en forma drástica y absoluta, establece una limitación al conocimiento de la antijuridicidad de las conductas típicas sin excepciones posibles. Siguiendo un concepto que no tiene validez universal, pero que es absolutamente legal, el legislador señala los límites que en razón del desarrollo mental concede para la valoración de la antijuridicidad de la conducta.

Cuando se dice que los menores de cierta edad no pueden cometer delitos aunque realicen conductas típicas y antijurídicas ha quedado establecido ese límite que, sin excepción alguna servirá para calificar de inimputable al sujeto que no alcance el límite precisado.

Es indudable que pueden darse casos de menores de 18 años (nos referimos a la ley mexicana) que tengan el desarrollo mental suficiente para comprender la índole antijurídica de sus conductas típicas; sin embargo, por una especial valoración, el legislador, pensando seguramente en los casos mayoritarios y no en los de excepción determinó que las personas con esas limitaciones carecen de una perfecta facultad de comprensión de lo injusto y por ello los considera anticipadamente como inimputables, no obstante la posible prueba de su capacidad de conocimiento. Por lo mismo los menores de esa edad límite no son delinquentes cuando ejecutan una conducta típica y antijurídica.

Como es de verse el menor de 18 años que realice una conducta típica y antijurídica sea cual fuere su particular desarrollo mental, queda sujeto al tratamiento especial que para efectos educativos y correctivos señala la ley para el tratamiento de menores infractores; nunca podrá darse el caso de que un individuo que anticipadamente la ley considera inimputable en forma genérica, pueda ser tratado como delincuente o persona imputable.

En otros casos el sujeto que tiene normalmente la capacidad para autodeterminarse y la facultad para comprender la antijuridicidad de su conducta, se encuentra transitoriamente afectado por alguna causa que anula la capacidad de actuación libre o la facultad de entendimiento. Durante esa etapa de afectación, el sujeto realiza una conducta que produce un resultado típico y antijurídico. Si en esa situación se satisfacen los requisitos que la ley señala, se presentará una causa de inimputabilidad específica referida al hecho y al momento en que aconteció el resultado típico. Lo específico proviene de que siendo el sujeto normal y genéricamente imputable, no lo es para un hecho particular que es el que ha motivado la necesidad de calificar si había o no inimputabilidad. Estas hipótesis las contempla la ley a través de alguna o algunas causas que provocan la inexistencia del delito; respecto de la legislación mexicana, son las fracciones II y IV del artículo 15 del Código Penal las que contienen los requisitos normativos para que opere la inimputabilidad específica de las cuales la fracción IV la referimos únicamente al miedo grave.

Debe observarse que ciertas personas carecen en forma absoluta de la facultad de comprensión de la antijuridicidad; nos referimos a aquellos enfermos de la mente que, en razón de su padecimiento, no tienen la posibilidad de distinguir la bondad o maldad de su conducta. No se trata en estos casos de la fórmula tradicional de los sistemas anglosajones de la distinción entre el bien y el mal como conceptos éticos, sino de la distinción entre lo bueno y lo malo en función de la antijuridicidad de la conducta⁷⁶.

Como es sabido, sistemas como el mexicano tiene la antijuridicidad tipificada y únicamente tiene relevancia para el Derecho Penal la conducta que produce un resultado típico y es antijurídica. Es por tanto, el conocimiento del contenido de la antijuridicidad lo que determina la imputabilidad en estos casos que se mencionaron. Ahora bien, si ha causa de falta de salud mental alguien se encuentra permanentemente incapacitado para valorar su conducta, estaremos ante la presencia de un inimputable absoluto.⁷⁷

⁷⁶ Vela Treviño Sergio, Culpabilidad o Inculpabilidad Teoría del delito. México. Páginas 46 y 47.

⁷⁷ Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia de fuero

El enfermo mental que con su conducta produce un resultado típico antijurídico no es un delincuente, pues es inimputable absoluto a quien no puede formularse el juicio de reproche relativo a la culpabilidad.

En ciertos casos de acontecimientos típicos, la ley penal establece un tratamiento especial para los sujetos autores de las conductas que los producen; excluyéndolos de la calidad de delincuentes, la ley manda la aplicación de medidas de seguridad o el sometimiento a tratamientos educativos y correctivos, pero nunca impone una pena, entendiéndose por esto último la sanción debidamente individualizada que se precisa por el órgano jurisdiccional en una sentencia condenatoria.

La razón del especial trato que dan las leyes penales a estas determinadas personas, se ubica en la ausencia de imputabilidad que genéricamente han dispuesto las normas del derecho positivo. La ley mexicana excluye la imputabilidad, o sea que valora como inimputables genéricos a los menores de edad.

En la actualidad la intervención del Derecho Penal respecto de los menores infractores es sumamente reducida, para fortuna de ellos mismos, puesto que se ha creado un cuerpo de disposiciones que permite excluirlos de la posibilidad de sufrir una pena, para someterlos a otro sistema eminentemente tutelar.

Los límites de la edad para efectos de la imputabilidad no han sido tratados en forma idéntica por los legisladores, sean nacionales (a nivel de Estados de la Federación) o extranjeros. Para el Código del Distrito Federal que es también de aplicación para delitos federales en toda la República, quedan como inimputables genéricos los que sean menores de 18 años, o sea que teniendo 18 años cumplidos o más opera la imputabilidad. El criterio del legislador para determinar los límites de la imputabilidad tiene en cuenta las especiales condiciones en que tendrá vigencia la ley que dicta, teniendo también en consideración las características normales de desarrollo mental de aquellas personas que quedan sometidas a la obligatoriedad de la ley. Por vía de ejemplo, que no son las mismas condiciones las del Distrito Federal que la del estado de Chiapas, como tampoco las personas sometidas a sus correspondientes legislaciones penales. Por ello, vemos que el artículo 128 del estado de Chiapas dice:⁷⁸

Se considera como menores, para los efectos de esta ley las personas que al delinquir no hayan cumplido quince años de edad.

El artículo 9º de la Ley de Tribunales para Menores e Incapacitados el estado de Chiapas ratifica el anterior límite de edad, lo que prueba que no existe un criterio universalmente uniforme en ese sentido, sino que el legislador actúa sus particulares apreciaciones.

federal, Ed. Porrúa, México, 1998.

⁷⁸ Código Penal para el estado de Chiapas, artículo 35.

En otros países. Además de que se puede variar el límite de edad, se crean formas especiales para tratar al menor infractor, según sea su edad. Por ejemplo, tratándose del código alemán dice Mezger: "El niño, hasta cumplir los catorce años, es incapaz de pena... el joven mayor de catorce y menor de dieciocho tiene una imputabilidad condicionada".⁷⁹ Por otra parte, Soler, al referirse a la ley argentina, dice que la influencia de la doctrina en materia de imputabilidad "no ha tenido en el Código una acogida total, pues en él se hace necesario distinguir una forma bastante radical dos grupos de menores, que son considerados por la Ley desde distintos puntos de vista.

Los menores de 14 años y los de 14 a 18 años⁸⁰, ya que a los del primer grupo se les califica como inimputables, mientras que los del segundo son tratados según un criterio intermedio en función de la objetividad del daño causado.

Para la ley mexicana, la edad inferior a 18 años es definitiva para excluir del sistema represivo a los infractores, sin que exista excepción alguna posible; el tratamiento y la aplicación de la medida podrá variar según la naturaleza del hecho cometido y las circunstancias personales del menor, como lo establece el artículo 120, pero siempre persistirá como criterio rector el de la búsqueda de la corrección educativa del menor.

Es de verse este criterio en la tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que aparece publicada con idénticos conceptos en las páginas 77 y 535 del Boletín de Información Judicial correspondiente al año 1957. La tesis citada, en su parte conducente, dice.:

<El ámbito de eficacia personal de la ley penal no incluye a los menores de 18 años (edad límite), a quienes sólo pueden aplicarse medidas tutelares y educativas...>

Sobre el discernimiento, ya sea moral, jurídico o moral y jurídico a la vez y aún social⁸¹, se ha pretendido fundamentar la imputabilidad, pero tal noción es de tal vaguedad e imprecisión, como ya apuntó Mitteres⁸² "que ni psicólogos, ni penalistas han podido llegar a un acuerdo al precisar su exacto significado.

Para Carrara la palabra discernimiento expresa en general la facultad de distinguir el bien del mal, y obrar con discernimiento quiere poner en vigor aquella facultad en el acto que realiza. Esta es una cuestión, pues, que hace referencia meramente al conocimiento sin que guarde la relación alguna con el aspecto volitivo de la actividad".

⁷⁹ E. Mezger. Tratado, tomo II págs. 63y 65.

⁸⁰ Soler, Derecho Penal argentino, tomo II, pp. 48-49.

⁸¹ Cfr. Mendoza T. José Rafael: Op Cit pág. 4 mismo sentido Carrancá y Trujillo Raúl. Derecho Penal. Pág. 227.

⁸² Citado por Vitoria Pérez Octavio. La Minoría Penal. Ed. Bosch. Barcelona España. Pág. 65.

Consecuentemente con la aposición de considerar existente a la imputabilidad ante la existencia del desarrollo psicológico, Jiménez de Asúa ⁸³ afirma que "son causas de *inimputabilidad la falta de desarrollo y salud de la mente, así como los trastornos pasajeros de las facultades mentales que privan o perturban en el sujeto la facultad de conocer el deber ser; esto es, aquellas causas en las que, si bien el hecho es típico y antijurídico, no se encuentra el agente en condiciones de que se le pueda atribuir el acto que perpetró*".

En el mismo sentido expresa Cuello Calón ⁸⁴, al decir que "cuando el agente carece de la capacidad de conocer y de querer es inimputable. Esta capacidad puede faltar cuando no se ha alcanzado aún determinado grado de madurez física y psíquica, o cuando la conciencia o la voluntad están anuladas o gravemente perturbadas de modo duradero o transitorio. Las causas de inimputabilidad son: la menor edad, la enfermedad mental, la embriaguez, el sonambulismo y en algunos casos la sordomudez".

La falta de desarrollo mental que la ley estima como relevante para producir la inimputabilidad, la mayoría de las legislaciones en nuestro país, la estiman existente hasta la llegada de los 18 años y encontrándose así subordinada la imputabilidad a un criterio cronológico taxativo, se presupone la existencia de estadios de desarrollo diferenciales el uno del otro y de los cuales el sucesivo siempre es un perfeccionamiento del que le precede.

La edad señalada de los 18 años, estimamos que no sea un límite aceptable, puesto que aproximadamente entonces comienza el llamado período de la pos-adolescencia y el individuo no es todavía un adulto, como lo reconoce Hubert ⁸⁵ al decir que "el crecimiento mental alcanza su término cuando el ser se siente plenamente adaptado al conjunto del ambiente físico, del ambiente social concreto, del ambiente social abstracto y del ambiente espiritual, en posesión de un equilibrio funcional que no arriesga más que estar comprometido: brevemente, cuando su fisonomía consciente está determinada y su carácter está constituido en su individualidad. Entonces es él un adulto, listo a todos los objetivos que la vida pide de él".

Así pues no basta que se desarrolle la inteligencia sino que se necesita sobre todo que se haya cumplido o al menos que está muy evolucionado el proceso de formación ética del individuo.

En nuestra opinión, debe desterrarse cualquier referencia a la imputabilidad, tratándose de los menores, toda vez que estimamos que se trata de un residuo de la mentalidad penal en que está, y esto indiscutible y totalmente fuera de las normas y de las doctrinas tutelares sobre la conducta y situación el menor. ⁸⁶

⁸³ Jiménez de Asúa Luis. *La Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal*. Ed. Hermes. México. Buenos Aires. 1963. Pág. 339

⁸⁴ Cuello Calón Eugenio. *Op Cit.* Pág. 44.

⁸⁵ Citado por Franchini, Aldo. *Op. Cit.* Pág. 704.

⁸⁶ Cfr. Vitoria Pérez, Octavio. *Op. Cit.* P.71: "Resulta totalmente inadecuado plantear el problema de la imputabilidad en los menores. Hoy se abren ya amplio camino las nuevas tendencias que proclaman para éstos el abandono del

Igualmente se ha pretendido reglamentar los casos de los menores cercanos cronológicamente a la mayoría de edad penal fijada por la ley.

Jiménez de Asúa⁸⁷ dice que "el paso de la salud mental a la locura y de la plena conciencia a la inconsciencia se verifica por grados sucesivos, apenas sensible, y constituye la zona intermedia de Maudsley, las formas de paso de Forel, los casos limítrofes de los alienistas alemanes. Esta misma dificultad se presenta cuando se trata del tránsito del desarrollo mental incompleto a la plena capacidad. El Derecho Penal debe tomar en cuenta estos casos; pero el problema estriba en saber como debe apreciarlos, y si es posible, entonces, hablar de "imputabilidad disminuida" o "atenuada", o si fuese preferible, en atención al estado peligroso, abandonar toda idea de castigo, aunque fuera mitigada.

Esta importantísima cuestión de los defectuosos se resolvía por la escuela clásica mediante la fórmula de la responsabilidad y de la pena atenuadas. Es decir, que puesto que se supone que la imputabilidad no es completa, se precisa tratar de medir la pena por la responsabilidad. Pero 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".⁸⁸

Vemos que se ha rechazado por el autor hispano últimamente citado la solución de la pena atenuada, lo que nos parece adecuado, no por las razones que se adujeron por la escuela clásica, sino porque existen actualmente los Tribunales para Menores, esto es, porque el propio derecho de menores quita a éstos la consideración de defectuosos imputables.

Sin embargo, al decir de Maurach "la imputabilidad disminuida" es equívoca, desafortunada. No nos hayamos ni ante un caso límite, ni ante la duda de si el autor es imputable o inimputable - éstos casos, conforme a las reglas de la prueba, excluyen la imputabilidad -, ni ante un grado intermedio entre la plena imputabilidad y la

arcaico sistema retributivo expiatorio, y la necesidad de sustitución por ordenamientos pragmáticos basados en la tutela y en la encomienda". Y Ruiz Fundes, Mariano. Op. Cit. Pág. 42: "El criterio de imputabilidad como base de una clasificación de los menores delinquentes nos parece absolutamente repudiable. Se trata -no nos cansaremos de insistir sobre esta juicio- de un residuo de la mentalidad penal en materia tan extraña a ella como es la conducta del menor, totalmente fuera, por lo demás, de las normas y de las doctrinas de esta índole. Mas adelante, al examinar la cuestión del discernimiento a la luz de la psicología del menor, hemos de refrendar esta oposición a que se apliquen a los menores los conceptos jurídico-penales".

⁸⁷ Jiménez de Asúa Luis. Op. Cit. Pág. 335.

⁸⁸ Cfr. Carrara y Trujillo, Raúl. Derecho Penal. Op. Cit. Pág. 232. "la imputabilidad disminuida". Zonas intermedias (Maudsley), formas de paso (Forel), estados limítrofes (alienistas alemanes), se ha llamado a los periodos intermedios entre la razón y la locura, entre la conciencia y la inconsciencia, entre la mayoría y la minoría de capacidad penal por la edad. -"Imputabilidad disminuida por estarlo la inteligencia y la voluntad, pena atenuada proporcionalmente a la disminución de ambas y a la de cada una (Carrara), pero la defensa social combate por absurda tal solución, con razón suficiente a nuestro juicio, que ya se somete a pena menor a los sujetos mas peligrosos o que puedan resistir menos sus impulsos perversos, puesto que el defectuoso, menos responsable, puede al mismo tiempo ser más peligroso, la imposición de una reducida comprometería el orden público".

inimputabilidad en el sentido de que el sujeto únicamente podía conocer "en parte el injusto del hecho, o de que tan solo "hasta un cierto grado" era dueño de sí; estos casos suprimen la imputabilidad. Realmente, en la imputabilidad disminuida el autor es imputable, pero para alcanzar el grado de conocimiento y dirección de un sujeto anímicamente normal, debe esforzar mucho más su voluntad".

Pero ni aún así abandonamos nuestra posición de excluir completamente al menor del campo penal para situarlo dentro de las normas tutelares del derecho de menores.

Modernamente se ha desarrollado principalmente por Maurach, la teoría de la atribuibilidad para el derecho penal general y su ausencia para los menores. Maurach, estima que necesario ⁸⁹ "descubrir un concepto de responsabilidad en sentido amplio que se adapte a los objetivos del derecho penal en mayor grado que el concepto de culpabilidad propio de la teoría tradicional, excesivamente estrecho pese a su complejidad. Lo primero será pues, encontrar un criterio de atribución personal del acto, que pueda abarcar la responsabilidad del autor tanto por la pena- que retribuye y, en consecuencia, presupone la culpabilidad- como por las medidas de seguridad y de corrección independiente de la culpabilidad. Esta general base de responsabilidad, designada aquí con el nombre de atribuibilidad, debe contener un expreso juicio de desvalor sobre el autor; no precisa, sin embargo, grabar al sujeto con el reproche del personal poder actuar de modo distinto. De ahí resulta el segundo objeto a cumplir: la atribuibilidad- que, si bien se compone de las mismas características constitutivas del juicio valoratorio designado por la teoría dominante con el nombre de "culpabilidad", muestra una distinta distribución jerárquica de estas características- debe constituir un concepto vario y progresivo. La medida de atribuibilidad puede ser diversa. La simple observación de que el autor no ha cumplido las exigencias cuya observancia puede ser reclamada con carácter general y absoluto al término medio, si bien ha lugar a la responsabilidad del sujeto por esta inobservancia, no origina sin embargo reproche ni, por lo tanto, juicio de culpabilidad alguno".

El juicio de culpabilidad no se formulará hasta que conste que el autor podía personalmente actuar de modo distinto. Dentro de la atribuibilidad, como concepto superior graduable, aparecerán separados los criterios de responsabilidad confundidos por la teoría tradicional: el incumplimiento de las exigencias dirigidas al término medio determina, como primer grado, la responsabilidad del acto. El no responder a las exigencias impuestas al autor concreto, lo que origina, como segundo grado de atribuibilidad, el juicio de reproche de culpabilidad.

Y considera ⁹⁰ que "por atribuibilidad de una acción debe entenderse el juicio de que el autor, al cometer su acción típica y antijurídica, no se ha conducido conforme a las exigencias del Derecho. La atribuibilidad, si bien constituye siempre un juicio de desvalor, no presenta necesariamente también un juicio de reproche. No se da un reproche contra todas las categorías de autores sometidos a los recursos jurídico-penales.

⁸⁹ Maurach, Reinhart, Tratado de derecho penal Tomo II. Ed. Ariel, Barcelona 1962. Pág. 119.

⁹⁰ Maurach, Reinhart. Op. Cit. Pág. 33

Tan sólo puede hacerse un reproche al sujeto de quien cabe de esperar una conducta adecuada a la norma. Esto sucede sin embargo, con todos los sujetos sometidos al Derecho. La atribuibilidad únicamente pone de relieve que el acto "debe ser atribuido (al autor) como suyo. El modo como debe de ser atribuido es cuestión distinta.

La atribuibilidad tiene su razón de ser en la convivencia humana. Representa una exigencia práctica. El ordenamiento jurídico no puede pretender que todos los hombres se comporten conforme a la norma frente a los niños una tal pretensión carecería de sentido.

El ordenamiento jurídico puede en cambio, sin dificultad alguna, valorar la conducta de todos los súbditos como expresión de su personalidad. La atribuibilidad pone de relieve que el acto concreto debe ser atribuido a su artífice como propio, y que el juicio de desvalor que por la tipicidad y antijuridicidad daba su cuño al acto, alcanza ahora también al autor. No desaparecerá pues, la atribuibilidad aún cuando el sujeto esté sustraído, por falta de madurez, a un juicio de reproche. Del grado de atribuibilidad dependen los presupuestos de las reacciones del juez penal. Concebimos pues, a la atribuibilidad como "aquella relación jurídicamente desaprobada del autor con su acto típico y antijurídico, que ofrece la base de las distintas posibilidades de reacción del juez penal".⁹¹

Así pues, tenemos que "dado el carácter individualizador de reproche de culpabilidad, este se compagina muy dificultosamente con el criterio de ficción legal igualitaria que, necesariamente, implica una supuesta culpabilidad o inimputabilidad de los menores. Justo es consignar que la citada teoría sostenida por Maurach, de la atribuibilidad como estado comprensivo de la responsabilidad y de la culpabilidad, aunque no consolidada, aquí nos ofrece una base más sólida y coherente que la de la ficción de inimputabilidad. De alcanzar esta teoría un suficiente desarrollo doctrinal, deberíamos concluir que la ficción legal a que están sometidos los menores los hace no responsables en lugar de inculpables o inimputables.

Es evidente que la legislación de menores, prescindiendo a pasos acelerados de la prueba del discernimiento, se torna menos individualizadora y excluye del derecho penal a los menores de una edad predeterminada, sin excepción.

Consecuentemente resulta más adecuado postular la no responsabilidad de los menores que su inimputabilidad, o, lo que es lo mismo su inculpabilidad.

Como los menores quedan no sólo excluidos de la pena, sino también de las medidas de seguridad penales, no se nos plantea el problema de asentar las medidas de seguridad sobre el estadio de atribuibilidad anterior a la culpabilidad, sino por el contrario es menester eliminar este estadio de responsabilidad para dejar a los menores no sólo no culpables, sino no atribuibles por no responsables. La no responsabilidad elimina la atribuibilidad desde el comienzo y, consecuentemente, deja las medidas de seguridad aplicables a los menores, fuera del derecho penal, que es como generalmente las considera las legislaciones".

⁹¹ Zaffaroni, Raúl E. Op. Cit. Revista Cit. No 33, México, julio-agosto 1969.

2. EN ALGUNOS SISTEMAS EXTRANJEROS

a) En España.

Como en el seno de derecho de menores lo tutelar tiene rango de noción fundamental y primaria, es explicable que en torno a esta noción se agudice lo que se puede denominar controversia de conceptos, tanto en el plano teórico como en el práctico. Es evidente que al establecer la ley española de forma taxativa que el ejercicio de la facultad reformadora no tendrá carácter represivo sino educativo y tutelar ⁹², la cuestión parece que queda centrada de forma clara y concreta; pero, pese a ello nos encontramos con que el significado conceptual tanto de lo educativo como de lo tutelar, se ve reducido a un mero y formal epígrafe absolutamente desprovisto de sustantividad, porque el legislador desconoció la naturaleza y el carácter de los conceptos que utilizó. De ahí que sean realmente graves los planteamientos que en derredor de tal realidad legal se suscitan si, como hasta ahora vino aconteciendo continúan sin resolverse lo que constituye uno de los problemas fundamentales y más arduos del vigente régimen legal español.

Son como es sabido rasgos distintivos del Derecho de Menores:

- a) El principio de protección integral a la persona del menor. En virtud de él, emana todo un sistema jurídico dirigido a asegurarle en el disfrute de sus necesidades subjetivos.
- b) El reconocimiento explícito de que la personalidad evolutiva de los menores, por su inmadurez natural es radicalmente diferente de la del adulto. De aquí deriva esa carencia de responsabilidad que determina su inimputabilidad penal, con todas sus consecuencias.
- c) Que el natural evolutivo de la personalidad humana durante los primeros estadios del desarrollo individual, requiere inexorablemente el aporte del medio circundante para que alcance a la necesaria integración personal y social.

Y así como la insuficiente integración personal requiere la reeducación del sujeto, mediante una dinámica y activa acción educativa se prepara a este para la vida.

Estos son los rasgos distintivos de carácter ideológico que al subsumirse por el nuevo derecho correccional de menores, comportan y sirven de fundamento a un conocimiento sistemático y coherente hasta ahora inédito, en el que la concepción tutelar referida al valor justicia adquiere su significado real y verdadero y que al trascender a la realidad que se pretende encauzar jurídicamente, para que en ella la justicia sea una realidad sustantiva, da origen a una nueva instrumentación que, en su carácter singular y privilegiado, es donde alcanza su plena dimensión jurídica.

⁹² Así se consigna en el último párrafo del artículo 9º de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores Española.

Desde esta perspectiva es posible enfocar y afrontar el planteamiento de cuantos problemas se derivan de la legalidad vigente, con indudables garantías para resolverlos. De entre éstos resalta con extraordinaria nitidez el que plantea, en el ámbito de la legislación de menores, la supervivencia conceptual del delito. Hasta ahora, y con resultados muy negativos se intentó escamotear el significado que este término tiene, con el fin de eludir las consecuencias al parecer de su obligada utilización.

El Código Penal establece que el menor de 16 años está exento de responsabilidad criminal. Cuando el menor que no haya cumplido esta edad ejecute un hecho castigado por la Ley será entregado a la jurisdicción especial de los Tribunales Tutelares de Menores⁹³. De este claro y preciso precepto resulta que siendo delitos o faltas las acciones u omisiones voluntarias penadas por la ley, y reputándose siempre voluntarias estas acciones y omisiones ha no ser que conste lo contrario⁹⁴, y al no serlo las que ejecuta un menor de 16 años, no es posible exigirle la correspondiente responsabilidad criminal, pero sí deberá ser entregado a la jurisdicción especial de los Tribunales Tutelares de Menores.

Si prescindieramos de toda normativa ulterior de carácter tutelar, inmediatamente se nos representará: de una parte la idea o concepto de delito, y, de otra su contenido, ya que al interpretar, en sus justos términos, los precedentes textos legales, no se puede eludir la noción jurídica y genérica de delito con todas sus consecuencias, excepto la sancionadora, para deducir de aquí que nos encontramos ante una relación contradictoria entre el hecho que ejecuta el menor y la ley penal.

Como quiera que la competencia de los Tribunales Tutelares de Menores se extenderá a conocer – en concordancia con el Código Penal- de las acciones u omisiones atribuidas a los menores realizadas antes de cumplir los 16 años, que el código penal o leyes especiales califiquen como delitos o faltas⁹⁵, nos encontramos ya ante una sensible diferencia de matiz muy digna de ser tomada en consideración, ya que si el término a ejecutar es sinónimo de realizar, el vocablo atribuir expresa afirmar algo de un sujeto, de donde resulta que ambas palabras no significan lo mismo y que, por tanto, en buena lógica no puede equipararse un menor que realizó o ejecutó un hecho castigado por la ley a otro al que se atribuya o se afirme que lo realizó. No obstante la diferencia señalada lo que no deja lugar a la menor duda es que desde una perspectiva tutelar no se puede eludir la concepción de delito porque expresamente la recoge la ley, y respecto a su contenido es necesario analizar sus dos elementos, tanto objetivo – formado por la acción externa del menor – como el subjetivo que en este supuesto se concreta en su inculpabilidad.

Como quiera que los hechos calificados de delitos o faltas en el código o en las leyes especiales que se atribuyan a los menores de 16 años serán apreciados por los Tribunales Tutelares, con razonada libertad de criterio, teniendo en cuenta la naturaleza de los expresados hechos en relación directa con las condiciones morales y sociales en

⁹³ Artículo 8º, 2º del Código Penal Español.

⁹⁴ Así se desprende del artículo 1º del Código Penal Español.

⁹⁵ Artículo 9º inciso a de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores Española.

que los menores las hayan ejecutados, y prescindieran en absoluto del concepto y alcance jurídico con que a los efectos de la responsabilidad se califican tales hechos como constitutivos de delitos o faltas en código penal y en las mencionadas leyes especiales ⁹⁶, resulta que nos hallamos ante un derecho penal de menor que aún teniendo ciertas analogías con el derecho penal presenta ciertas particularidades muy significativas, siendo destacar las siguientes:

- a) De los elementos esenciales del delito, únicamente se toman en consideración los positivos (la acción antijurídica; la culpabilidad deriva hacia la razón directa que exista con las condiciones morales y sociales en que los menores ejecutaron el hecho que se les atribuye; y la penalidad, transformada en medida reformadora).

Los elementos negativos del delito, es decir, las causas de justificación, otras causas de inculpabilidad ajenas a la minoría de edad y las excusas absolutorias, carecen totalmente de trascendencia jurídica.

- b) Las formas del delito. Cuanto hace referencia a su génesis y manera de manifestarse, la posible codelinuencia y la unidad o pluralidad de conductas y de hechos delictivos no se toma en consideración.

- c) El principio *in dubio pro reo* carece de virtualidad, porque se da con insinuación paternal captarse la confianza del menor a fin de que se exprese con espontánea libertad en sus contestaciones ⁹⁷ a fin de que se pueda formar un juicio exacto acerca de los hechos imputados al menor y de su participación en los mismos ⁹⁸.

Incluso, y a pesar de estas particularidades, es necesario una estimativa evidentemente jurídica que permita determinar, en cada caso concreto la exactitud del hecho delictivo. Y es, en este punto, esencialismo por las consecuencias jurídicas que de él derivan, en el que nada tienen que decir ni aportar la psicología, la sociología ni la pedagogía. En efecto, el reenvío que hace el Código penal o una ley especial de similar naturaleza obliga a que se matice mucho el hecho que se persigue, porque si el valor trascendental de la justicia se encuentra desplazado por un paternalista y no se comprueba la existencia de aquellos elementos negativos del delito que en la comisión del hecho atribuido al menor pudieran concurrir y que, de aplicársele una estricta y rigurosa justicia penal, habrían de determinar el que su acción no se calificara de antijurídica, exige el que se tomen en consideración.

Quizá pueda objetarse, al mantener tradicionales criterios paternalistas carentes de toda justificación jurídica, la necesidad, no obstante, de aplicar una medida de carácter reformador con la finalidad de *proteger* al menor; pero esta postura, al igual que cualquier interferencia que bien pudiera proceder de cualquier campo disciplinario ajeno al Derecho, habrá de rechazarse de plano, porque *sin delito no hay autor, aunque sea menor de edad*.

⁹⁶ Artículo 16 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores Española.

⁹⁷ Artículo 74 del Reglamento dictado para la aplicación de la Ley de Tribunales para Menores Española.

⁹⁸ Artículo 75 del Reglamento dictado para la aplicación de la Ley anteriormente citada.

Es necesario, como un primer paso encaminado a sustituir este Derecho penal del Menor por un nuevo Derecho correccional de Menores, que se mantenga a ultranza el *principio de legalidad*, porque constituye la más firme garantía para asegurar a los menores la satisfacción de sus *necesidades subjetivas*, ya que sin tal garantía quiebra, en su misma esencia, la pretensión de protegerle⁹⁹.

La razonada libertad de criterio en la apreciación de los hechos a que hace referencia el texto legal, al estar relacionada por la naturaleza jurídico-penal de los expresados hechos, avala la posición que se ha expuesto anteriormente.

Una vez concretada la existencia real del delito atribuido al menor, será el momento de apreciar dicho delito en relación directa con las condiciones morales y sociales en que su autor lo ejecutó, tal y como la ley exige.

Al considerar el alcance legal de esta apreciación de los condicionantes morales y sociales, comprobaremos su limitadísimo alcance, porque únicamente cuando se estimare conveniente podrá procederse al examen y reconocimiento del menor por técnicos especializados. Este informe que otros textos legales señalan como preceptivo, con el fin de llegarse a conocer realmente la personalidad del menor, se concreta en la emisión de un informe acerca de su constitución psicofisiológica y de la probable influencia de ésta en el desarrollo del entendimiento y grado de voluntariedad consciente de sus actos, en relación directa con la naturaleza del hecho que se atribuya al menor¹⁰⁰, y de otra parte, no es muy convincente el que conocida la personalidad que se examina, este conocimiento pueda servir para otorgar al menor una verdadera protección¹⁰¹.

De cuanto venimos exponiendo se desprende que las innovaciones introducidas por la legislación tutelar y que se configuran en la existencia de un Derecho Penal del Menor, son de muy corto alcance, ya que, en definitiva se limitan a sustituir la sanción penal por una medida de seguridad¹⁰².

Haciendo abstracción del problema dogmático que de la noción del delito hemos expuesto, para considerar en el alcance que el concepto de lo tutelar tiene, doctrinal y legalmente, en la actualidad, nos quedaremos consternados al comprobar su mero carácter formal ya que se concreta, en líneas generales, en el sentido estricto de la jurisdicción que de un modo permanente se ejerce sobre aquel menor a quien se aplicó una medida de carácter duradero¹⁰³.

⁹⁹ Mario Barrero Santos: Delincuencia juvenil: Tratamiento, en <<Delincuencia juvenil>>, Santiago de Compostela, 1973, páginas 172 y ss.

¹⁰⁰ El artículo 72 del Reglamento anteriormente citado establece que <<el Presidente podrá disponer, si lo estima conveniente, que se proceda al examen y reconocimiento del menor por los técnicos especializados que él mismo designe, que emitirán informe de su constitución psicofisiológica y de la probable influencia de ésta en el desarrollo del entendimiento y grado de voluntariedad consciente de sus actos, en directa relación con la naturaleza del hecho que se atribuya al menor. Este informe se consignará en el expediente>>.

¹⁰¹ Una protección fundamentada en las exigencias de la justicia tutelar y no en la ley del encaje.

¹⁰² Luis Mendizabal Osés: Incidencia de la ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social En los Tribunales Tutelares de Menores, en el número 38 de la <<Revista del Instituto de la Juventud>>, Madrid 1971, páginas 19 y ss.

¹⁰³ Gabriel M. De Ibarra y de Revilla en sus temas. Páginas 157 y ss.

La determinación de la naturaleza jurídica de un nuevo sistema correccional de menores que corresponda fielmente a los presupuestos que la *justicia tutelar* exige, suscita numerosas dificultades. No ya porque se opone un nuevo Derecho frente al Derecho penal, sino porque también se opone a esa concepción tradicional que hizo surgir el Derecho penal del Menor.

No se puede realizar un estudio jurídico encaminado a regular la convivencia intergeneracional, en un afán de armonizar los presupuestos políticos de la defensa social en función de lo que la Política de la juventud demanda, sin que, con carácter previo, se intente conocer cómo es realmente ese colectivo humano menor de edad que se intenta proteger jurídicamente. Es decir, que proteger por proteger, tal y como se viene haciendo, sin conocer las peculiaridades personalísimas del sujeto que el titular de dicha protección, carece de lógica y de sentido.

Los estudios evolutivos que, en su individualizado desarrollo personal, van determinando y diferenciando las sucesivas etapas de la vida humana deben ser objeto de preferente atención por parte del jurista, para que percatado de sus peculiaridades pueda, en cada caso, intentar comprender la conducta de los menores. Es decir, que sin conocer la personalidad evolutiva de los menores muy mal podrá poner un sistema jurídico a punto y realmente eficaz.

Como durante la minoría de edad la persona requiere el aporte de su medio circundante, es necesario también conocer qué es lo que precisa la personalidad humana que se está forjando, para que se desarrolle y vaya madurando de forma paulatina e integradamente. Cada generación nace en un tiempo determinado y se desarrolla contemporáneamente con otras ya experimentadas que deben servir de guía a las que la precedan, porque cada vida humana es de tan singular plasticidad, sobre todo durante esas faltas iniciales de su existencia, que queda troquelada, por decirlo así, en función de las influencias que reciba.

Cuando se comienza a vislumbrar esa realidad inestable y cambiante que es la vida humana, especialmente durante los primeros años, los juristas sintieron que perdían pie, y que el instrumento con que hasta entonces habían pretendido enmendar la conducta de los menores- una razonada lógica jurídica- resultaba inhábil. Frente a un sistema penal que por su inexorable rigidez se estima de inconveniente aplicación a los menores que quebrantan la ley, se inicia una reacción basada en un irracional paternalismo protector, que desconoce cómo la vida es continua fluencia, sustancial variación que se va haciendo en cada instante, no de modo uniforme, sino con notables diferencias en cada uno. Por esto, el sistema que se aplica con criterios rígidos y al que se somete a los menores que se intenta corregir, pretendiendo trasplantar meras abstracciones de índole *educativa* a la realidad institucionalizadas de un sistema así creado, no podía por menos de resultar un estrepitoso fracaso. Porque frente a la razón abstracta, de tan grandes éxitos en la matemática y en la física y de tan desastrosos resultados en las ciencias del hombre, no queda otra alternativa que la de pensar en la *razón vital*, por ser ésta únicamente fiel a la perspectiva en que se encuentra el ser humano durante las fases evolutivas de su desenvolvimiento personal, en cada instante y dócil a la movilidad constitutiva de su vida¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Julián Marías. El método histórico de las generaciones. Madrid, 1967, páginas 81 y ss.

La vida que vive cada menor, en su sentido primario y pleno, es siempre la *suya*, aún cuando en su vida, como ingredientes de ella, encuentre a otros. Vivir es algo que acontece en forma de *convivencia*, la cual es previa a sus dos posibilidades:

- a) Presencia, compañía y aporte personal de otros.
- b) Soledad, ausencia y abandono por parte de los otros.

Aquí es, precisamente, donde comienzan los problemas: en el instante mismo en que un menor, que como individuo preexiste a la sociedad, en virtud de una actividad *suya entra* en la sociedad. Si se produce mediante una interacción orientada a la conducta recíproca del menor con los demás, y como ser social, su sociabilidad –directa consecuencia de la formación recibida– se manifiesta de forma usual y adaptándose a lo que se dice, se cree y se hace, nos encontraremos ante una situación completamente regulada y normal, pero si la *entrada* del menor en la sociedad se realiza de forma no usual y se enfrenta a lo que se dice, se cree y se hace, pudiéramos definir a esta situación de irregular y anormal, siendo necesario que se corrija.

Cualquiera de estas dos situaciones es *consecuencia*, jamás *causa*, del comportamiento del menor. Su causa ha de inquirirse en su propia vida, en la forma en que convive y en función de las dos posibilidades anteriormente señaladas. Porque únicamente así podremos comprender qué es lo que se debe proteger y qué es necesario corregir.

La vida que cada menor vive, requiere inexorablemente la presencia, compañía y aporte personal de aquellos otros que hicieron su vida posible. El medio en que esta convivencia se produce *ordenadamente*, no sólo se integra por una serie estricta de relaciones que vinculan recíprocamente a padres e hijos, en defecto de éstas y supliéndolas, afrontan la guarda y educación de los menores. Y claro está, se comprende esa otra amplia gama de relaciones que traen su origen en la misma realidad familiar. De ahí que al producto en este medio esencial y primario, de forma inmediata y directa, la evolución de la personalidad de los menores, sea necesario defender el orden contra los atentados que al menoscabar su integridad ponen en grave riesgo el desarrollo integral y armónico de aquél, por ser su personalidad el bien jurídico que debe protegerse aun, cuando inmediatamente se restaure el orden familiar por él quebrantado.

Por último, ha de hacerse referencia de los atentados a la propia integridad personal, en cuanto que su persona es, por su propia dignidad, naturaleza, condición y estado, objeto de especial protección jurídica. Porque en tales supuestos nos encontraremos, también, ante los hechos que le colocan en *situación irregular*.

La exposición que antecede, referida a *la situación irregular*, refleja la posición o el estado en que se encuentra un menor frente a la ley. Mediante la generalización de los elementos que en el Derecho positivo han de conformar la existencia de una *situación irregular*, ha de establecerse un concepto detallado de lo que, en realidad, no es otra cosa que una situación *antijurídica*. Situación antijurídica de carácter singular por cuanto que viene dada en función de la personalidad del menor que en ella se encuentra.

La situación irregular presupone, por parte de los menores, *transgresiones a su propia ley*.

Al hacer referencia a la propia ley de los menores, el nuevo Derecho Correccional de Menores se enfrenta de forma sustantiva y radical a conceptos que hoy en día son usuales, tanto por parte de la doctrina como por los legisladores, por cuanto que, desde esta nueva concepción jurídica, se excluye la vigencia de la Ley Penal desde la perspectiva de la menor edad, incluso con el valor de mera remisión o reenvío. Precisamente porque para ser realmente nuevo el Derecho Correccional de Menores ha de circunscribir al menor en el ámbito de su ley.

La esencia de la situación irregular está en la oposición que un menor manifiesta a su Derecho. Nos encontramos, en consecuencia, ante una antijuridicidad específica. Antijuridicidad que requiere la imposición de una medida correctiva de índole reeducativa y que habrá de estar condicionada por la personalidad del agente menor de edad. De cuanto hemos expuesto de forma objetiva, es posible deducir los elementos que integrados comportan la situación irregular.

La situación irregular, es consecuencia, es un ente jurídico que tiene existencia con plena autonomía frente a otras figuras de similar naturaleza, porque necesariamente ha de constar con determinados elementos que la singularizan. Elementos que son de carácter *material y moral, personalísimos* (referidos a la personalidad evolutiva del menor), de *antijuridicidad y reeducativos*. Conjunto que constituye su unidad.

La *situación irregular* constituye un todo indivisible, en donde la acción externa o elemento material, y acción interna o motivaciones (entiéndase elemento moral), han de estar siempre la acción externa, como tal, de la antijuridicidad, para que entre en juego la medida reeducativa o correccional.

La reeducación o corrección es nota esencialísima en el concepto de la situación irregular, diferenciándola de otras especies parecidas que son consustanciales a otras infracciones jurídicas de distinta especie y carácter.

La teoría de la situación irregular ha de considerar, además, aquellas circunstancias justificativas que excluyen su antijuridicidad, teniendo en cuenta las de carácter subjetivo y objetivo, sin omitir aquellas otras de peligrosidad subjetiva u objetiva. Del mismo modo, es necesario tener presentes esos otros elementos formales- diferentes de los que hemos señalado como esenciales- para comprender las diferentes modalidades en que se presente la situación irregular.

Al no concebir la sociedad como una mera coexistencia de individuos, por comprenderse en ella la coordinación de los hombres entre sí, tanto para que la actividad de cada uno se desenvuelva libremente y no encuentre obstáculos en el desarrollo de la actividad de los demás, como al efecto de procurar la perfección individual mediante la combinación de las actividades individuales, mediante una progresiva síntesis social, es evidente que la coexistencia de las actividades individuales y el incremento de las mismas mediante la educación social de las nuevas generaciones, constituye un claro fin jurídico.

Para la realización de tan elevado fin, se suman las energías del cuerpo social bajo una ley de armonía, que deben mantenerlos a todos en la común aspiración al bien, también común.

El que según esta ley de armonía hayamos de reconocer que los seres humanos, durante las etapas cronológicas de su minoría de edad, no son capaces de entender ni de comprender del mismo modo que los mayores el mundo que les rodea, obliga necesariamente a enjuiciar su conducta desde su misma perspectiva, que no es otra que la de su propia ley. Por que si, como hasta ahora acontece, se persiste en negarles la realidad sustantiva y objetiva de su vigencia, serán los mayores quienes vulnerarán dolosamente aquella ley de armonía y no se alcanzará jamás el bien común.

Desde este punto de vista el Derecho Correccional de Menores firmemente asentado sobre la teoría de la situación irregular, como contradicción a esa otra situación regular que norma los actos de los menores, constituye el instrumento idóneo para que, en función del significado tutelar de la justicia se pueda otorgar a los menores lo suyo¹⁰⁵.

b) En Italia.

La legislación penal de menores en Italia, es de las más modernas y recientes (22 de septiembre de 1988). Por esta razón es de gran utilidad conocerla, pues refleja una de las tendencias legislativas sobre la materia que se está imponiendo en el mundo.

Los aspectos más importantes de dicha legislación son:

1. El Procedimiento penal se debe adecuar a la personalidad y a la necesidad educativa del menor. En este sentido el juez debe de ilustrar al acusado sobre el significado de las actuaciones y la razón ética de las decisiones.
2. La administración de justicia penal de menores está a cargo de Jueces de Investigación Preliminar, Tribunales de Menores, Corte de Apelación, Procurador General y Magistrado Fiscal.

¹⁰⁵ Alyrio Cavallieri *Diretio do menor*, Rio de Janeiro, 1976. páginas 10 y ss.

3. Están sometidos a la legislación penal de menores, los menores de 18 años y mayores de 14 que realicen hechos considerados como delito. Dicha competencia cesa cuando el procesado cumpla 25 años. Algunas resoluciones judiciales tienen segunda instancia.
4. De acuerdo al Sistema Procesal Común y al especial de menores, se determina la forma como actúa cada uno de los funcionarios encargados de la administración de justicia penal de menores.
5. El procedimiento y las consecuencias jurídicas se basan en la capacidad de culpabilidad (imputabilidad) y en los derechos especiales del menor procesado. Los menores de 14 años son inimputables y están fuera del régimen penal. La edad menor de 18 años se presume cuando exista duda no eliminable, lo mismo que la de 14 años en las mismas circunstancias y para efectos de inimputabilidad penal.
6. Al servicio de la administración de justicia penal de menores y para éstos, la legislación contempla el funcionamiento de una policía especializada y servicios administrativos para el tratamiento de los menores y la ejecución de las medidas que decreta el juez o el tribunal respectivos.
7. Los padres del menor y quienes ejercen la guarda del mismo pueden intervenir en el proceso y las respectivas notificaciones se les debe hacer bajo la pena de nulidad.
8. Fuera de la investigación sobre el hecho delictivo los respectivos funcionarios deben allegar información sobre la personalidad del menor, circunstancias socio-familiares, relevancia social del hecho y grado de responsabilidad. La información de expertos se puede recibir sin ninguna formalidad.
9. En el proceso penal contra menores es inadmisibles el ejercicio de la acción civil. La sentencia del Tribunal de menores no hace tránsito a cosa juzgada para el ejercicio de la acción civil, ni para los mismos efectos se reconoce la sentencia penal extranjera.
- 11 Durante todo el proceso es obligatorio asegurar la asistencia efectiva y psicológica del menor acusado, para lo cual se cuenta con la presencia de los padres u otra persona idónea indicada por el menor y admitida por la autoridad que conoce del caso. En situaciones especiales se puede omitir la presencia de tales personas e interés del menor o de los fines del proceso.
- 12 El procedimiento es secreto incluyendo la audiencia ante el tribunal de menores, a menos que el menor siendo mayor de 16 años solicite la celebración de audiencia pública.
- 13 El registro de los datos del menor y de decisiones importantes del proceso, están sometidos a una reglamentación especial.

- 14 Las actuaciones de las autoridades sobre la persona del menor, están condicionada a requisitos de flagrancia, presunción de autoría, clase de delito, duración de la pena privativa de la libertad del menor. Cuando, para efectos de las medidas preventivas o de seguridad, se toman términos de duración de las normas penales ordinarias, aquellos se reducen en la mitad o en dos tercios según la edad del menor.
- 15 En caso de captura se debe informar inmediatamente al Ministerio Público, a los padres o posibles custodios del menor y a los servicios administrativos de justicia para el menor, se debe procurar que el menor permanezca en lugar cercano a su familia.
- 16 Al menor sólo se le pueden aplicar las medidas contempladas en la legislación penal de menores, y al decretarlas el juez debe procurar no interrumpir el proceso educativo que este realizando el menor.
- 17 De acuerdo a los requisitos mencionados el juez puede decretar las siguientes medidas preventivas:
- a) Prescripciones o reglas de conducta.
 - b) Permanencia en casa.
 - c) Colocación en comunidad.
 - d) Custodia cautelar. Esta medida que constituye privación efectiva de la libertad sólo se puede decretar en los siguientes:
 - Por revocación de la medida de colocación en comunidad. (Institución no carcelaria) cuando en menor injustamente a incumplido con las obligaciones o prescripciones propias de esta medida y, además se procede por delitos sancionados con reclusión no inferior a 5 años.
 - Cuando se procede por delito sancionado con pena de reclusión no inferior a 12 años y, además: por exigencias de la investigación y pureza de la prueba; si el menor se ha fugado o hay peligro de que lo haga; si por las características del hecho y la personalidad del menor, existe peligro concreto de que cometa graves delitos, utilizando armas u otros medios de violencia personal, contra el régimen constitucional o delito de criminalidad organizada.
- 18 El juez puede cambiar las medidas dentro del orden de severidad en que están determinadas, pero siempre observando la gravedad del delito y demás condiciones de la legislación especial.
- 19 Exista expresa prohibición para aplicar algunas disposiciones del Código de Procedimientos Penal. Cuando tal prohibición no existe, sólo son aplicables las normas ordinarias si ello no va contra las investigaciones especiales (socio-familiares, etc.). Las necesidades educativas del menor y la asistencia afectiva y psicológica. No ha lugar a proceder contra el menor:

- I. Cuando en cualquier estado del proceso se demuestra que se trata de un menor de 14 años. El juez procede de oficio.
 - II. En la indagatoria preliminar, si se trata de hecho leve y ocasionalidad del comportamiento, el juez declara "no haber causa" (*sentenza di non luogo a procedere*) a petición del Ministerio Público, por irrelevancia del hecho y con el fin de no perjudicar la exigencia educativa del menor. De esta decisión se informa al menor. A sus padres o representantes legales y al ofendido con el delito. De la sentencia se puede recurrir en apelación.
- 20 Dispone el Derecho Penal de Menores Italiano, la posibilidad de que el juez suspenda el proceso y someta a prueba de conducta al menor por un término de 3 o 1 año, según la gravedad del delito. La decisión la toma después de escuchar a las partes y no es procedente si el acusado pidió juicio abreviado o juicio inmediato. La decisión es apelable y durante la ejecución el menor puede ser confiado a los servicios administrativos especiales y sometido a prescripciones entre las cuales se cuenta el pago o el arreglo de perjuicios civiles. La suspensión es revocable por repetidas y graves violaciones de las prescripciones impuestas. Terminado el período de suspensión. El juez, en audiencia, puede declarar la "extinción del delito" si los resultados han sido positivos: en caso contrario se reanuda el proceso.
 - 21 En la sentencia condenatoria, el juez puede sustituir la pena privativa de libertad por *semi-detención o libertad vigilada*, si se dan requisitos de duración, personalidad del menor, exigencias de trabajo, estudio, condiciones familiares y ambientales.
 - 22 Existe la audiencia preliminar en la cual el Juez puede decidir algunos asuntos no confiados al Tribunal de Menores, como sentencia de "No haber causa", perdón judicial, condena a pena monetaria o sustituta. También el Juez puede tomar providencias especiales para la protección del menor. Durante esta audiencia el Juez puede ordenar la no presencia del menor en su exclusivo interés, en la recepción de declaraciones y discusión de asuntos según las circunstancias del caso.
 - 23 La audiencia con debate ante el Tribunal de Menores es privada, a menos que el menor, siendo mayor de 16 años, solicite que sea pública. Si concurren varios acusados, todos deben de estar de acuerdo en dicha solicitud y todos ser mayores de 16 años. El Tribunal decide si es o no conveniente audiencia pública sólo en interés del menor.
 - 24 Las medidas de seguridad son consecuencias jurídicas del hecho delictivo y se aplican en los siguientes términos:
 - a) Libertad vigilada. Se aplica y ejecuta según los requisitos y naturaleza de las medidas de regla de conducta y permanencia en casa.

- b) **Reformatorio judicial.** Se aplica en los casos en que proceda custodia cautelar, por la naturaleza del hecho (delitos sancionados con reclusión superior a los 12 años) y se ejecuta de acuerdo a la mediada de colocación en comunidad.

25 También están facultados el Juez y el Tribunal de Menores para aplicar medidas provisionales de seguridad de menores, con base en un pronóstico de peligrosidad (juicio de peligrosidad).

26 La ejecución de las medidas de seguridad está a cargo del Magistrado de vigilancia de menores, para lo cual cuenta con los servicios administrativos respectivos.

27 **Conclusión.** El modelo de legislación Italiana es un avance mas en la tendencia universal del derecho penal de menores, en oposición, aunque no radical, al derecho tutelar de menores basado en la incapacidad de culpabilidad (inimputabilidad) y preponderancia de los derechos del menor sobre cualquier otro interés social. En la práctica, dicho modelo de legislación conduce a lo siguiente:

- a) Capacidad penal dentro de la menor edad (14 a 18 años).
- b) Las decisiones judiciales (medidas de seguridad o educativas) son la consecuencia del hecho delictivo realizado por el menor.
- c) Se procede penalmente contra un menor pero siempre respetando sus derechos fundamentales.
- d) El procedimiento ante los Tribunales de Menores debe respetar los siguientes principios:
- El menor tiene los mismos derechos que el procesado adulto.
 - El procedimiento no puede perjudicar al menor en su seguridad afectiva, psicológica y exigencia educativa.
 - No hay lugar a proceso a continuar el mismo, si ello carece de relevancia por la naturaleza del hecho o circunstancias del mismo, personalidad del menor y exigencias educativas.
- e) Sin las medidas preventivas o de seguridad guardan relación con el hecho delictivo por el cual se procede, se deben imponer límites a la intervención judicial y policiaca frente al menor. En estos términos se garantiza la seguridad jurídica de la persona y se proscriben la criticable libertad del Juez de Menores según el modelo paternalista tradicional.
- f) Los jueces y Tribunales de Menores no se ocupan de asuntos intrascendentes según los fines de la ley o de aquellos cuyos respectivos derechos quedan garantizados en otras ramas del derecho (inadmisibilidad de la acción civil).
- g) Todo menor, por el hecho de serlo, tiene derecho a no ser tratado como delincuente adulto y su delito debe recibir una consecuencia jurídica diferente y más benigna que la contemplada en el régimen penal común.

c) En Argentina.

En Argentina tenemos la existencia de la Ley 10.903. El primer proyecto fue presentado en el año de 1910 por el diputado Luis Agote. Este proyecto de "Tutela del Estado" fue presentado juntamente con otro que prohibía a los menores de 15 años la venta de diarios y revistas y todo oficio en la vía pública.

El proyecto establecía el patronato del Estado para los menores de 17 años en los siguientes casos:

- a) cuando estuviera abandonado moral o materialmente por los padres;
- b) cuando fuera declarado irresponsable por edad o por falta de discernimiento o hubiera cometido un hecho previsto por la ley penal, y de las circunstancias del proceso, condiciones personales o abandono moral o material fuera peligroso dejarlo a cargo de sus padres. Asimismo, cuando alguna de estas circunstancias se diera, en caso de que se ordenara la libertad de un menor procesado o para el penado luego de vencida su condena.

Es decir, se determinaba la tutela estatal para el supuesto de abandono y para los casos de comisión de un delito, no obstante su irresponsabilidad y también más allá del cumplimiento de la pena.

No creaba una jurisdicción especial para los menores, sino quien estaba encargado de resolver era el defensor de menores, sobre la base de los antecedentes obtenidos por él o que le suministrare la Jefatura de Policía o los directores de las cárceles, según el caso. Hasta tanto el defensor resolviera, el menor podía permanecer detenido en un establecimiento. La resolución era apelable ante el juez civil, y el menor permanecía detenido hasta la sentencia definitiva.

La tutela del Estado terminaría cuando el menor cumpliera 18 años, pudiendo dejarse antes sin efecto a pedido de los padres, cuando se hubiera alcanzado el objeto de aquélla a sus padres pudieran continuarla, y solo en los casos en que únicamente hubieran sido privados de la guarda.

También el defensor podía internar al menor, por tiempo indeterminado, a pedido de los padres "como medio de corrección", quedando el padre privado de la guarda hasta que el defensor considerara que el menor estaba corregido.

La restitución del menor a los padres siempre debía adoptarse previo informe de la dirección del establecimiento donde estuviera internado. El defensor también podía disponer de los menores huérfanos.

Se facultaba al poder ejecutivo para adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento de la ley respecto de los menores que se hallaran en estado de vagancia o dedicados a oficios en la vía pública, cuyo ejercicio significara abandono moral o material.

Se autorizaba la poder ejecutivo a invertir una suma de dinero para la ampliación de la colonia de Marcos Paz, y hasta tanto esto se realizara, se habilita el Lazareto de la isla Martín García, que había estado destinada a los leprosos.

Se determinaba que el poder ejecutivo daría preferencia para la colocación en sus talleres, a los menores que egresaban de los establecimientos con notas de buena conducta y aprovechamiento de la enseñanza.

El Proyecto original no preveía Tribunales de Menores, manteniendo la estructura jurisdiccional entonces vigente, esto es, los defensores de menores y los jueces civiles y penales comunes.

Tampoco innovaba en cuanto al ámbito penal, pues seguían en el fuero común y con las disposiciones del código penal vigente. Pero satisfacía los reclamos, esto es, mayores facultades de control para el estado, tanto en el caso de "abandono material o moral" como en el caso de comisión de un delito, aun más halla del límite de la pena y para los supuestos de vagancia y venta de diarios, introduciendo la determinación de la medida y ampliando las facultades de la dirección de los establecimientos, al hacerlo obligatorio el informe de ésta para la cesación e aquélla.

La finalidad del proyecto es claramente expuesta por su autor en la sesión del 8 de agosto del año citado, cuando expresó: "la capital de la República, durante los últimos 5 años, según informe que tengo de la Policía de la capital, 1.312 niños menores de 14 años han entrado a las cárceles de la nación, y de éstos, 520 son reincidentes; existen en las calles vendiendo diarios, 1,150 niños, de los cuales la mayoría no concurre a la escuela, y todas las noches la policía recoge en las calles de Buenos Aires, por no tener hogar ni profesión fija, más de 100 niños menores de 14 años de edad" ("Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados", 1910).

Se refiere a que ese mismo año la Cámara de Diputados se había ocupado de cuestiones de " Orden Social" que tanto preocupaban, que se había hablado de anarquismo, pero que la Cámara no había estudiado "la causa por que encuéntranse en éstas reuniones de anarquistas, tan gran cantidad de niños delincuentes, los que, vendiendo diarios primero y después siguiendo, por una gradación sucesiva en esta pendiente siempre progresiva del vicio, hasta el crimen, van más tarde a formar parte de esas bandas de anarquistas que han agitado a la ciudad durante el último tiempo"; que se trataba de "suprimir por medio de la ley que propongo ese verdadero cultivo del crimen que principia en las calles vendiendo diarios, y concluye en la Cárcel Penitenciaria por crímenes más o menos horrendos".

Supone que la habilitación del Lazareto de la Isla Martín García daría por resultado el alojamiento de 10.000 menores vagabundos que se hallaban en las calles de Buenos Aires "y que constituyen un contingente admirable para un desorden social", y que "provistos de elementos de trabajo, y bajo una buena vigilancia moral se convertirán en hombres buenos y sanos para el país", frase que según el diario de sesiones del día, ocasionó manifestaciones de aprobación en las bancas y en la barra.

Por propias palabras de agote a en ese discurso, se conoce que en realidad el proyecto no había sido redactado por él, sino por el Director de la cárcel de Encausados, Dr. Duffy - quien anteriormente había sido director del asilo de Reforma de menores-, y por otro diputado, Guash Leguizamón.

Este proyecto fue reiterado en años sucesivos, habiendo tenido dos veces despacho de la comisión respectiva, no llegando a considerarlo la Cámara, razón por la cual fue archivado.

Las primeras disposiciones legales específicas sobre menores se refiere únicamente al problema de la imputación penal, es decir, la imputabilidad, determinándose tres etapas:

- a) hasta los 10 años se preveía la totalidad irresponsabilidad;
- b) de los 10 a los 14 años se debía probar el discernimiento en cuyo caso se aplicaba la legislación penal del adulto, sin tomarse ninguna medida de las que después se llamó "tutelares"; y
- c) a partir de los 14 años se les aplicaba el régimen de los adultos.

A medida que se va perfilando la necesidad del control social institucionalizado de los menores, comienzan el debate en torno de este tema, fundamentalmente en lo referente al criterio del "discernimiento" y a la concepción retributiva. Se critica el hecho de que los menores de 10 a 14 años, así como los menores de 10 que habrían obrado sin discernimiento, quedaran en total libertad sin aplicárseles medida alguna.

LA JURISDICCIÓN DE MENORES EN LA REPÚBLICA DE ARGENTINA

La jurisdicción especializada en materia de minoridad se ha ido logrando a medida de que se advirtió la necesidad social de contar con tales organismos como presupuesto elemental de una política eficaz en forma a la minoridad.¹⁰⁶

Diversos estados provinciales han creado y estructurado el fuero de menores, pero en algunos de ellos las leyes de creación no se han visto complementadas con la puesta en funcionamiento de los respectivos organismos.

A partir del año 1937, en que se establece el tribunal de menores en la provincia de Buenos Aires prosiguen con dicha implementación las provincias de Mendoza (1939), San Juan (1947), Santa Fe (1949), Chaco (1956), Córdoba (1957), Salta (1961), Santiago del Estero (1968), Formosa (1969), Corrientes (1970), Catamarca (1983) y Entre Ríos (1991).

La circunstancia de que en algunos Estados provinciales se otorgue a los menores un tratamiento judicial específico, mientras que en otros el menor es juzgado por organismos no especializados, provoca una desigualdad que viene a ser elemento desvalioso para una política integral sobre la minoridad.

¹⁰⁶ Soler, Agustín. Derecho Penal Argentino, tomo III. Argentina. 1995. Página 127.

Pero al existir una ley general referida a lo que aún se denomina "régimen penal del menor" tales inconvenientes se atemperan, ya que las normas de tal régimen contienen disposiciones abiertamente procesales, que se aplican en todo el país.

Por la ley 24.050, promulgada por el Poder Ejecutivo Nacional, el 7 de enero de 1992, se estructuraron los tribunales nacionales y federales con competencia en materia penal, conforme con el nuevo Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984, BO, 9/9/81).

En esta estructura se contempla el funcionamiento de juzgados de menores, dotados con equipos interdisciplinarios para asistencia del juez, dirigido por un médico especializado en psiquiatría infanto-juvenil.

Esta orientación legislativa, si bien circunscripta al ámbito de la conducta minoris desviada, constituye un significativo avance en la dotación del organismo jurisdiccional especializado en el orden nacional.

COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE MENORES

Sistemas vigentes en la legislación comparada. Cabe hacer una esencial distinción en lo que atañe a la esfera de competencia atribuida al órgano jurisdiccional específico de menores, pues en el orden internacional e, incluso, dentro de los ordenamientos locales de un mismo país, es dado encontrar una disímil atribución de materias y una diferencia fundamental en lo que atañe a la extensión de la esfera de conocimiento del tribunal.

El problema refleja una controversia subyacente que, en este momento, se muestra como elemento negativo para el desarrollo adecuado del derecho de menores. En efecto, perduran aún aquellas opiniones que sólo contemplan esta nueva disciplina como concerniente al menor carenciado o en situación de abandono, cercenando así indebidamente el sujeto de la disciplina y, consiguientemente, poniendo límites injustificados o imprecisos a los organismos judiciales encargados de aplicar la nueva disciplina.

Se sostiene que al respecto que, en cuanto a la competencia de los tribunales de menores, existen en la legislación de los países americanos dos sistemas, integrado uno por aquellos países que les asignan una competencia restringida, referida solamente a los casos de conducta antisocial, abandono material y moral y situaciones de peligro (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, México) y el otro, de competencia amplia, que atribuyen a los tribunales de menores, además de las materias mencionadas, aquellas cuestiones que tradicionalmente pertenecen al ámbito del derecho de familia, como adopción, tenencia, guarda, tutela, patria potestad, investigación de paternidad, etc., debiendo considerarse aquellos países donde, por existir tribunales de familia, la delimitación de competencia se efectúa atendiendo tal situación ¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Sajón-Acuard- Calvento, Menores en situación irregular, en "Boletín del Instituto Interamericano del Niño", No.

d) EN ALEMANIA

1. Normas legales aplicables a menores. El Código penal alemán, la Ley Judicial Juvenil (JGG) y la Ley de Bienestar Juvenil (JWG) regulan todo lo relativo a hechos punibles realizados por menores de 21 años y mayores de 14. El primero tiene carácter subsidiario y se aplica en aquellas situaciones no contempladas en la Ley Judicial Juvenil, como son las relacionadas con presupuestos del hecho punible (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, justificación, inculpabilidad, concurso de hechos y de personas, tentativa, etc.). La Ley Judicial Juvenil regula la determinación de responsabilidad penal de los menores y las consecuencias jurídico-penales de los mismos. Y la Ley de Bienestar Juvenil se ocupa de los problemas de conducta de menores de 14 años. La última es una Ley tutelar y la segunda tiene el carácter de penal pero con finalidades más educativas que punitivas.
2. Determinación de la responsabilidad penal. Para efectos de determinar la responsabilidad y deducir las correspondientes consecuencias jurídico-penales, el Derecho Penal Alemán de Menores (JGG) distingue tres períodos en la edad evolutiva, así: hasta los 14 años; de 14 a 18 años, y de 18 a 21 años. Los menores de 14 años son absolutamente inculpables; no se les aplican normas de carácter penal y están sometidos a la Ley de Bienestar Juvenil, el Juez Tutelar bajo cuya jurisdicción están estos menores, no se ocupa de asuntos dogmáticos (presupuestos del hecho punible) y su función está comprometida con los problemas formativos y proteccionales de los menores. Además, es el ejecutor de algunas medidas educativas que decreta el Juez Juvenil (para mayores de 14 años).
3. Competencia de los jueces y tribunales juveniles. Los jueces y Tribunales Juveniles conocen de hechos punibles realizados por menores de 21 años y mayores de 14 y les aplican las consecuencias jurídico-penales que ordena la Ley Judicial Juvenil. Esta ley se aplica sin excepción a menores de 18 años y mayores de 14 años y excepcionalmente a menores adultos (18 a 21 años); en este segundo caso cuando en el proceso se demuestre que el menor adulto tiene una madurez mental y desarrollo de su personalidad que no superan a los de un menor de 18 años. La práctica judicial ha generalizado la aplicación de la Ley Judicial a los menores adultos, a pesar de que esta situación, en un principio, fue considerada como excepcional, no sabemos si por benignidad de los jueces o por un mejor conocimiento sobre características psicológicas de la edad evolutiva. Estas experiencias en un país de indiscutible influencia en las instituciones jurídico-penales de otras partes del mundo, nos sirven para comprender mejor el significado psico-social del comportamiento juvenil.

4. **Determinación de la culpabilidad.** La Ley Judicial Juvenil no se aplica, como en Derecho de Menores, por la sola razón de que el autor de un hecho punible tenga entre 14 y 18 años o sea un menor adulto. Es necesario determinar, en cada caso, si de acuerdo a su madurez mental y espiritual está en capacidad de comprender la ilicitud del hecho y determinarse conforme a derecho. En estos términos también en los menores, la culpabilidad es presupuesto de responsabilidad penal y se valora teniendo como fundamento la capacidad de comprensión y autodeterminación (imputabilidad); dicha capacidad debe siempre demostrarse tratándose de menores de 21 años y no se presume como en el adulto quien siempre es imputable a menos que se compruebe que obró dentro de circunstancias excluyentes de responsabilidad. Es, como en la escuela clásica, la demostración del discernimiento o capacidad de culpabilidad. Naturalmente la culpabilidad del menor de 21 años debe entenderse dentro de la orientación normativa predominante en el Derecho Penal Alemán y con extensión a otras latitudes.

Para el Derecho Penal Alemán de Menores, la capacidad de culpa no conduce a una plena responsabilidad penal pues ésta, en el menor de 21 años, siempre está *disminuida* y al *determinarla* el Juez lo hace con criterio diferente al que se tiene en cuenta para el hecho punible realizado por adulto. Con ello no se está afirmando una permanente inferioridad psicológica durante la edad evolutiva, sino más bien que las acciones de los menores están más comprometidas con lo instintivo que en el adulto.

Los anteriores conceptos explican suficientemente la razón por la cual en el Derecho Penal Alemán de Menores, la capacidad de culpa no se presume ni se determina con el mismo criterio aplicable al adulto. Y aunque el menor de 21 años sea declarado penalmente responsable, las correspondientes consecuencias jurídico-penales tienen una proyección educativa. En cuanto al menor de 21 años y mayor de 14 que es incapaz de obrar culpablemente, el Juez Juvenil puede ordenar las mismas medidas educativas que el Juez Tutelar.

5. **Consecuencias jurídico-penales.** Las consecuencias jurídico-penales que puede cumplir un menor culpable de hecho punible, se orientan a formar su sentido moral (proyección educativa) pero también buscan armonizar los Derechos del Menor con los de la sociedad (seguridad social). De esto resulta lo siguiente: el Juez Juvenil tiene mayor libertad que el ordinario al decretar consecuencias jurídico-penales: el sistema de consecuencias contempla desde medidas y esencialmente educativas hasta disciplinarias y propiamente penales como es la pena juvenil. Para las medidas más simples y en las educativas y en las disciplinarias, el Juez Juvenil tiene mayor libertad para su decreto y ejecución, no así en las penas juveniles que se adoptan y ejecutan con criterios próximos a los del Código Penal Ordinario. En síntesis, en el Derecho Penal Alemán de Menores observamos un sistema de consecuencias que en algunos aspectos se aproxima al Derecho Penal común y en otros al Derecho Tutelar de Menores (Ley para el Bienestar Juvenil).

Así tenemos medidas educativas, medidas disciplinarias, pena juvenil y medidas de mejoramiento y seguridad. Identifiquémoslas en forma sumaria.

6. **Medidas educativas.** Son de tres clases: Instrucciones, asistencia educativa y educación correctiva. Las aplica el Juez Juvenil en caso de hechos punibles leves o con escaso grado de culpabilidad o cuando el menor no manifiesta peligrosidad social.
 - a) **Instrucciones.** Son mandamientos judiciales orientados a intervenir la vida del menor en la familia, la escuela, la comunidad (vivir con determinada familia, tener trabajo, estudiar, evitar malas compañías, etc.). En algunos estados su ejecución está a cargo de los ayudantes de prueba (trabajadores sociales). Debe ser de breve duración y en algunos casos puede ir acompañada de tratamiento psicoterapéutico (drogadictos). La razón fundamental de esta medida es que el Juez Juvenil considera que el menor está en capacidad de superar por sí solo sus problemas formativos. En caso de incumplimiento el menor puede ser sometido a arresto juvenil.
 - b) **Asistencia educativa.** Esta medida la decreta el Juez Juvenil pero su ejecución corresponde al Juez Tutelar a quien la Ley para el Bienestar Juvenil, le permite mayor dedicación a los problemas de formación del menor. En este caso el Juez Juvenil remite al tutelar el expediente. La razón de esta medida está en que el menor no puede superar por sí solo sus dificultades formativas y necesita una ayuda. Puede prolongarse hasta la mayoría de edad (21 años). Se tiene especialmente en cuenta situaciones de peligro, daños físicos y psíquicos sufridos por el menor y posibilidades de que éste supere sus problemas con dicha medida. Su ejecución directa está a cargo del Asistente Educativo (trabajador social) bajo el control de la Oficina Juvenil. Parece que dicha medida no ha dado buenos resultados en Alemania debido a la deficiente preparación de los asistentes educativos.
 - c) **Educación correctiva obligatoria.** Esta medida también está regulada en la Ley para el Bienestar Juvenil y el responsable de su ejecución es el Juez Tutelar por remisión del juvenil. Se trata de internamientos en hogares especiales, públicos o privados (instituciones), en la propia familia o en una extraña si reúne condiciones adecuadas. La ubicación del menor está a cargo de la Oficina Juvenil. Se puede prolongar hasta la mayoría de edad y cambiarse o revocarse en cualquier tiempo. La Ley Federal (para el Bienestar Juvenil) solamente da orientaciones generales y cada Estado reglamenta la forma especial de ejecución. Sus resultados en Alemania no están suficientemente demostrados. Se tiene el antecedente de las críticas a las instituciones por sus carencias pedagógicas, la no selección de menores según sus problemas y otros.
1. **Medidas disciplinarias (JGG).** Nos son penas pero se consideran como sanciones penales y consecuencias jurídicas por un hecho punible realizado por menores de 21 años, en casos en que no se aplique pena juvenil; son de tres clases:

- a) **Amonestación.** Es una severa advertencia que hace el Juez Juvenil en forma verbal al menor en la audiencia, por haber sido declarado culpable de un hecho punible, tratándose de que tome conciencia de los perjuicios causados y en lo futuro se abstenga de volverlos a producir. Esta medida puede ir acompañada de instrucciones o reparaciones. Sus resultados son dudosos, ya que algunos menores la consideran como una absolución.
- b) **Reparaciones.** Son tareas que se imponen como sanción al menor *declarado culpable de hecho punible*. Puede consistir en la obligación de reparar los daños causados con el hecho; pedir disculpas a los perjudicados; o devolver los beneficios obtenidos con el hecho. Se prohíbe imponer a un menor obligaciones inadmisibles o que no estén de acuerdo con sus posibilidades. En caso de incumplimiento el Juez puede ordenar arresto juvenil y liberar al menor total o parcialmente de dichas obligaciones. En la práctica existe cierta confusión entre esta medida y las instrucciones.
- c) **Arresto Juvenil.** Es la privación de la libertad de un menor en un establecimiento penal juvenil. Existen tres clases de arresto juvenil:
1. **Arresto en tiempo libre.** Es la privación de la libertad del menor durante el tiempo que no este trabajando o estudiando. Puede consistir en una o varias unidades de tiempo, hasta 4 fines de semana. Se cumple en habitaciones especiales de los Tribunales Municipales y se busca influir positivamente en la formación del menor. Por eso no se le considera pena juvenil. El rigor de otros tiempos ha cambiado (aislamiento total) y hoy los menores cuando cumplen dicha medida se dedican a actividades colectivas bajo control. No se debe decretar a menores que comparecen por primera vez ante la justicia, ni por faltas leves. Es una medida que busca frenar los desafueros propios de la adolescencia (desatención, prepotencia, autoafirmación, aventurismo).
 2. **Arresto breve.** Es la privación de la libertad en forma continua y por tiempo breve con duración de 2 a 6 días. También se cumple en habitaciones especiales de los Tribunales especiales y, como la anterior medida su fin es formativo.
 3. **Arresto prolongado.** Se cumple es establecimientos especiales bajo el control de la Administración de Justicia. Dura de 1 a 4 semanas, su ejecución está bajo la dirección del Juez Juvenil del lugar. Se busca fortalecer el sentido de responsabilidad del menor, y aunque no tiene el carácter de pena, el arrestado debe tener conciencia de que sufre la consecuencia de haber violado la Ley. En casos especiales, el arresto prolongado se puede cumplir en hogares de educación si el menor ya se encuentra allí bajo control de las autoridades.

El arresto Juvenil en cualquiera de sus 3 modalidades se considera como una de las medidas disciplinarias más importantes en el Derecho Penal Alemán de Menores pero ocupa lugar inferior al de las medidas de reparación y amonestación.

1. Penal Juvenil. Consiste en la privación de la libertad en un establecimiento penal juvenil. Es la única verdadera pena juvenil y tiene muchas semejanzas con las penas privativas de la libertad del Código Penal Ordinario, pero la Ley Judicial Juvenil no la considera únicamente aflictiva y expiatoria sino principalmente formativa. Su decreto y ejecución tiene las siguientes características:
 - a) No se debe decretar cuando pueda producir efectos dañinos en el menor.
 - b) Se decreta cuando el Juez Juvenil, según la culpa demostrada en el hecho o las inclinaciones destructivas del menor, considere que las medidas educativas y disciplinarias no son suficientes. La culpa, como ya se dijo, se valora el grado de madurez mental y espiritual.
 - c) Las inclinaciones destructivas las valora el Juez Juvenil sobre los hechos o situaciones que muestran al menor con graves problemas de adaptación social (carácter, formación, medio social).
 - d) La pena juvenil se considera en dos aspectos: como preventiva y con el fin de corregir deficiencias de formación de la personalidad. Es la pena juvenil por "Inclinaciones Destructivas" y que disminuyen la culpabilidad del menor, y de la pena juvenil expiatoria o pena juvenil por culpa. Esta distinción entre las dos motivaciones de la pena juvenil ha creado difíciles problemas en la jurisprudencia alemana.
 - e) La pena juvenil es de carácter subsidiario o como último recurso cuando las medidas educativas y disciplinarias no han beneficiado al menor o con ellas es poco probable su reforma. Esto ha dado lugar a pensar que en muchos casos la pena juvenil resulta tardía.
 - f) La duración de la pena juvenil es de 6 meses a 5 años si se trata de delitos y hasta de 10 años cuando el hecho punible se considera un crimen según el Código Penal Alemán. Cuando su duración es superior a un año o se trata de pena juvenil indeterminada, corresponde decretarla al Tribunal Juvenil: en los demás casos, al Juez Juvenil. Para su decreto y ejecución no se aplican las escalas propias del Derecho penal general.
 - g) Existen tres clases de penas juveniles.
 1. Pena juvenil de cumplimiento efectivo. Es la pena por culpa, y si esta se determina según el grado de madurez mental y espiritual, es de suponer que su aplicación más frecuente es en caso de menores adultos. El significado de cumplimiento efectivo es relativo, ya que toda pena juvenil puede ser acortada cuando ha producido se "influencia educativa" en el menor. El tiempo necesario para que se produzca dicha influencia no se puede señalar *a priori*, pero el Juez Juvenil, teniendo en cuenta los criterios de la Ley Judicial

Juvenil, debe determinar el tiempo de duración; puede ser acortada pero jamás prolongada, aún con el riesgo de que el tiempo de cumplimiento efectivo sea insuficiente para influir educativamente en el menor (principios de seguridad jurídica).

2. *Pena juvenil de duración indeterminada.* Esta pena puede tener una duración hasta de 4 años. La indeterminación también es relativa pues se fija entre un máximo y un mínimo cuya diferencia no sea un máximo de 2 años. Esta clase de pena no se tiene en cuenta el grado de culpabilidad ni la motivación como sucede con la modalidad anterior sino "*las inclinaciones destructivas*" del menor por una deficiente formación de su personalidad. Para efectos de cosa juzgada, una vez que el Juez declara cumplida la pena de duración indeterminada, se convierte en determinada. También se puede suspender su ejecución y someter al menor a prueba durante el tiempo que falte para su cumplimiento.

En síntesis, la pena juvenil de duración indeterminada se aplica en los casos de "culpabilidad caracteriológica", a menores que realizan hechos punibles graves y quienes por su deficiente formación o características especiales del medio social respectivo, no pueden ser influenciados por una medida de educación correctiva. Dicha pena no tiene carácter expiatorio, como la anterior; se suspende o se da por terminada cuando el menor ha sido positivamente influenciado.

3. *Pena juvenil de ejecución condicional.* La pena juvenil de ejecución condicional tiene similitud con la que se decreta según el Código Penal Ordinario, ya que los criterios se valoran en la naturaleza del hecho, personalidad del autor y condiciones de vida anterior. Es obligatorio aplicarla cuando se trata de penas de dos años. Durante el período de prueba, el menor puede ser sometido a medidas educativas y disciplinarias. La vigilancia de las obligaciones está a cargo del Ayudante Oficial de Prueba (trabajador social). En el fondo, la pena juvenil de ejecución condicional es una medida de Libertad Vigilada con asistencia educativa al menor. Si éste no cumple con las obligaciones se revoca la libertad, haciendo efectiva la pena: en casos especiales se puede prolongar el tiempo de ejecución condicional o período de prueba.

- a) *Suspensión de la pena juvenil.* En algunos casos el Juez deja en suspenso la aplicación de pena juvenil y somete al menor a un período de prueba, no inferior a un año, ni mayor de dos. Las obligaciones durante el período de prueba y las características de ejecución y vigilada son iguales a las de la conducta de ejecución condicional. El Juez deja en suspenso la

aplicación a la convicción de que el hecho realizado por el menor esté relacionado con inclinaciones destructivas. Prácticamente la suspensión tiene por objeto comprobar o no tales inclinaciones. Si no se comprueban "la declaración de culpabilidad será cancelada". Si lo contrario, el Juez decretará una pena juvenil ordenando su ejecución.

1. Medidas de Corrección y Seguridad. Están contempladas en la Ley Juvenil y en el Código Penal Ordinario. No tienen el carácter de disciplinarias, educativas o punitivas, sino de "mejoramiento y seguridad" las que aplica el Juez Juvenil son:
 - Internación psiquiátrica.
 - Deshabitación (drogadictos).
 - Vigilancia del comportamiento.
 - Prohibición de conducir.

Conviene agregar que la Ley de Faltas (contravenciones) señala la forma como se sanciona a los menores infractores.

e) ESTADOS UNIDOS

En los Estados Unidos de Norteamérica el estado de Massachusetts fue el primero en crear una Escuela Reformatoria, en Wetsboro, y en 1863, además¹⁰⁸ creo una sección en los tribunales para juzgar a los menores de edad. Del resultado de estas primeras experiencias surgió en 1868 la creación de la libertad vigilada para ellos¹⁰⁹ con el nombre de Probation. El mismo estado puso en vigor, en 1869, una ley para designar un agente visitador para los hogares de los niños objeto de problemas penales, debiendo representarlos judicialmente y procurar que fueran colocados en casa o en instituciones que sirvieran a sus intereses y otra de 1870 para establecer las audiencias especiales para menores, separados de los adultos.

En 1889, la Bar Association Women's Club de Chicago, basándose en los resultados obtenidos en Massachusetts, presentó la iniciativa para la creación de un tribunal especial para menores que utilizara el sistema de prueba (probation).¹¹⁰

En 1891 el juez de la Corte Superior del Condado de Cook, Chicago, Mr. Harvey H. Hurd, presentó otro proyecto ante la legislatura del estado de Illinois, para crear la *Juvenile Court*. Hubo fuerte oposición y el proyecto fue declarado *inconstitucional* por lo que no pudo convertirse en ley, quedando en suspenso la idea.

¹⁰⁸ Raggi y Ageo. Op cit., p.49

¹⁰⁹ Ceniceros y Garrido. La delincuencia infantil. Ediciones Botas. 1936. p. 15

¹¹⁰ Pérez Vitoria. Op cit. pp 83 y 84.

En 1898 el penalista Frederic W. Wines dio una serie de conferencias e hizo activa propaganda en el Estado de Illinois, poniendo de manifiesto los perjuicios y los contraproducentes resultados de la aplicación de penas a menores y la necesidad de la inmediata reforma del tratamiento siguiendo su ejemplo, diversas asociaciones de abogados y de educadores crearon un movimiento de opinión que provocó la aprobación del proyecto de ley, entrando en vigor el 21 de abril de 1899, bajo el nombre de "Ley que reglamenta el tratamiento y control de menores abandonados, descuidados y delincuentes". Fue el 19 de julio de 1899 cuando se fundó el primer tribunal para menores con la denominación de Children's Court of Cook Country como una rama de la Corte de Circuito.

La ley establecía la excluyente de responsabilidad criminal para los menores de 10 años, los mayores de esta edad iban a la cárcel a disposición de la Children's Court, que tenía un local especializado. Se limitó notoriamente la publicidad de los casos y continuó existiendo ahora como institución fundamental, la libertad vigilada.¹¹¹

En 1901 se creó el segundo tribunal para menores en Denver, ¹¹²estado de Colorado, interviniendo un juez que, por sus luchas públicas en favor de la niñez y la juventud, llegó a ser famoso y muy combatido Ben B. Lindsey.

En el propio año de 1901, el 14 de mayo, Philadelphia creó su Juvenile Court ¹¹³ pero la Suprema Corte declaró inconstitucional su Ley, porque no se obedecían disposiciones de la ley fundamental en el sentido de que el menor fuera juzgado y porque se le negaba el derecho a la apelación.¹¹⁴

La Juvenile Court de New York fue fundada en 1902, estando llamada ésta a desempeñar un brillante papel histórico por sus múltiples investigaciones por la colaboración que ha logrado tener de las fuerzas más importantes de la gran ciudad y por el espíritu de comprensión y humanitarismo que ha puesto en su labor. Al iniciar sus trabajos sólo se ocupaba de delitos leves, debidos al mal ejemplo recibido por el menor, y se le amonestaba durante, el juez desarrollaba especial vigilancia sobre él, cuando le ordenaba que concurriera a la escuela.¹¹⁵

A partir de 1908 en el estado de Utah estableció el primer sistema de Cortes Juveniles, al fundar una central y otras regionales o municipales. El segundo estado que hizo esto fue Connecticut en 1941, para atender en forma más directa e inmediata los problemas de los menores que, dada la extensión territorial, hubieran tenido que ser remitidos hasta la capital, con todos los inconvenientes de investigación, prueba y dilaciones en el procedimiento, que eso significa.

¹¹¹ Peña Hernández. Op. cit pp. 29, 31 y 32.

¹¹² Raggi y Ageo. Op cit. p 11

¹¹³ Iturbide Valdés. Op. cit p. 11

¹¹⁴ León Reyes, Jose Antonio. Los menores ante el código penal colombiano. Imoprenta Nacional. Bogotá Colombia. 1989. p. 11

¹¹⁵ Peña Hernández. Op. cit pp. 29 y 33

Hacia 1910, treinta y ocho estados de la Unión Americana tenían ya sus tribunales para menores, pero todavía recientemente los hechos graves de los menores peligrosos pasaban a los tribunales ordinarios en muchos de ellos. Hacia 1940 todavía carecían de cortes juveniles los estados de Maine y Wyoming.¹¹⁶

Wolf Middendorff hizo la observación, de que en los Estados Unidos no hay un tipo unitario de cortes juveniles, pues en tanto que hay algunas que casi no difieren de los tribunales penales, en cambio hay otras altamente especializadas como la de New York y con los tribunales de familia, que abarcan problemas de alimentos, adopción, divorcio y toman conocimiento de problemas de corrupción o de criminalidad de los menores y de los hechos cometidos por los adultos contra ellos.

La dificultad de dar resoluciones adecuadas en tan difícil materia como es la conducta juvenil desviada y la posibilidad de que con una resolución se hecha a perder la vida de un muchacho, dio lugar a múltiples consultas entre los jueces, la oposición social a la libertad concedida a un joven homicida, aun sabiéndose que era bajo vigilancia, y la tendencia a la venganza *contra el dañador* y a la indiferencia ante la suerte que pueda correr, hicieron difícil la misión de los jueces, y se provocaron visitas mutuas, correspondencia, relación directa, etc., lo que sirvió para preparar el camino para una nueva evolución en esta materia.

¹¹⁶ Middendorff. Op. cit. p. 215 a 217.

CONCLUSIONES

1. En los pueblos prehispánicos, existía una verdadera estructura social y jurídica que proveía el sustento de los menores; las leyes eran rígidamente cumplidas por la población, eran obligatorias para todos, y es notable la severidad de las penas, con este sistema se desanimaba efectivamente a la población, siendo por esta razón muy poco frecuente la infracción de la ley.
2. Las condiciones anómalas que influyen en el seno familiar de un menor son sin duda un factor radical e importante en su conducta irregular e infractora.
3. El estudio de la conducta antisocial del menor no se ha realizado a través de todas las épocas y diferentes latitudes, por ello se han establecido criterios que van desde penas infamantes, hasta el sentido de readaptación social, así como sistemas educativos.
4. Toda cultura establece determinadas finalidades que los miembros del grupo social deben alcanzar, y determina los medios que han de utilizar para la consecución de dichas finalidades, pero puede acontecer que se exagera la importancia de los objetivos o finalidades o que los medios disponibles de carácter institucional no sean los más adecuados para alcanzarlos, es entonces cuando los individuos se ven presionados por su posición en la estructura social establecida a asumir formas de conducta desviada para conseguir los fines que han llegado a considerar como valiosos.
5. En la actualidad se rechaza la tesis de que la conducta infractora de un menor sólo pueda ser explicada con la intervención de un solo factor o causa, sino que su explicación solamente es factible por la intervención de pluralidad de factores.
6. A partir del ideal constitucional de lograr el desarrollo armónico de todas las facultades del ser humano, que incida a su vez en su desarrollo integral, se han llevado a cabo acciones coordinadas en las áreas educativa, formativa y terapéutica que conforman un programa de tratamiento integral.
7. Para que podamos considerar a un tratamiento integral para menores infractores como tal, debe contener aspectos biológicos, psicológicos, sociales, técnicos y culturales de la vida del menor, que esté estructurado en etapas con metas claras y precisas acorde a lo dispuesto por el Consejo Tutelar.

8. En la antigüedad, la situación ha sido ampliamente tratada pero en el régimen de derecho privado, cabe destacar que desde el punto de vista penal o correccional (como hoy se le denomina), el menor durante numerosos siglos no fue protegido, ni amparado, ni tutelado, para los efectos de punición, no se distinguió de la forma igualitaria cuando los delitos eran cometidos por niños jóvenes o adultos, haciendo caer a todos ellos en el ámbito de derecho penal.

9. Al estudiar la historia antigua, necesitamos referirnos a la necesidad del conocimiento de creencias para conocer sus instituciones; la religión indudablemente ha sido el principio constitutivo de la familia antigua, estableciendo instituciones sólidas, y bases para el desarrollo social, y por ende del comportamiento de sus integrantes, entre ellos por supuesto los menores.

10. Durante mucho tiempo se ha seguido la ley del menor esfuerzo, haciendo lo más fácil y barato, perseguir a los menores infractores y aumentar las edades y las penas, en estas últimas fechas cuando se ha pretendido investigar científicamente las causas de la delincuencia juvenil, pero los sistemas preventivos y el auténtico tratamiento contra ellas se han descuidado.

11. Se debe fortalecer la lucha contra la delincuencia juvenil, pero no mediante sistemas represivos, sino mediante una mayor organización, así como programas preventivos y educativos aplicados a los adultos y menores, para evitar se incurran en conductas antisociales.

12. No hay pena necesariamente cuando se restringe un bien fundamental: la libertad, esta es la tarea que el estado asume, es decir la de tutela y no la de punición.

13. La escuela es sin duda una muestra de actitud preventiva, hemos visto que a mayor escolaridad menor índice de menores infractores y de uso de drogas, es por ello que se debe de dar una mayor importancia a los sistemas educativos como prevención de desórdenes sociales y actitudes de infracción de la ley.

14. La inimputabilidad la consideramos como la falta de desarrollo y de salud de la mente, así como los trastornos pasajeros de las facultades mentales que privan o perturben en el sujeto la facultad de conocer el deber; esto es aquellas causas en las que si bien el hecho es típico y antijurídico no se encuentra el agente en condiciones de que se le pueda atribuir el acto que perpetró conforme al sentido de la facultad de comprensión o porque al producirse el resultado típico era incapaz de autodeterminarse.

15. Con la nueva ley de menores se les está expropiando a las minorías el derecho que tienen de aplicar su justicia tradicional y particular, violándose también el artículo 133 de la Constitución Política, ya que no se están respetando los tratados internacionales, que son parte de la misma, por lo que la ley para Menores Infractores se enmarca en un modelo dogmático penal, hecho para los adultos y no en una estructura teórica pensada para menores infractores, lo cual constituye un atropello a los principios generales de técnica y de sistemática jurídicas, además de violar la misma Convención sobre los Derechos del Niño, que ahora forma parte de la constitucionalidad mexicana.
16. Los estados pueden aplicar la Ley de Menores local existente en materia común, pero tendrán que ajustarse en materia federal a la nueva ley modificando su estructura administrativa y burocrática, ya que todo el procedimiento que instaura dicha ley obliga a contar en cada Entidad Federativa con la organización interna que haga factible la aplicación del procedimiento en materia federal, debido a que hasta la aparición de la nueva Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, de fecha 24 de diciembre de 1991, esta materia era manejada dentro del fuero común, ya que las Entidades Federativas contaban con una ley de carácter local, sin embargo, ahora se aclara el espectro y se diferencian los dos fueros, aunque la competencia para conocer la materia federal se otorga a los Consejos o Tribunales locales para Menores del lugar que se hubieran realizado los actos u omisiones que se les imputan, de acuerdo a convenios que celebren la Federación y los gobiernos de los Estados.
17. Para la aplicación de la Ley en toda la República, se prevé que los Tribunales o Consejos Tutelares de Menores del país deberán ahora aplicar y hacer regir las instituciones procesales y de ejecución de ellas establecidas, lo que implica la intervención de las autoridades estatales en su aplicación, para lo cual se prevé la celebración de convenios de colaboración entre las autoridades federales y locales
18. La Ley para el Tratamiento de Menores Infractores contradice lo que establecen los artículos 20.3 y 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño, respecto de la protección de las minorías, porque en ninguna parte estipula que las minorías étnicas mexicanas aplicarán a los menores el derecho indígena que les pertenece. De manera que en los casos en que el menor forme parte de una minoría étnica, religiosa o lingüística, se le va a aplicar esta nueva ley, hecha para menores mestizos y de cultura occidental.

BIBLIOGRAFÍA

Abouhamad Hobaica, Chilby.

Anotaciones y comentarios de Derecho Romano I.

Editorial Sucre, Caracas, 1986.

Abouhamad Hobaica, Chilby.

El menor en el mundo de su ley No. 6 Colección de estudios jurídicos.

Editorial jurídica venezolana.

2ª edición, Caracas, 1988

Angarita Trujillo, Carlos.

La situación irregular.

Editorial Edime, Madrid, 1965.

Azaola, Elena.

La Institución Correccional en México "Una mirada extraviada."

Editorial Siglo XXI. México 1997.

Bonger W. A.

Introducción a la criminología.

Fondo de Cultura Económica.

México. 1984.

Bugallo Sánchez José.

Los reformatorios de niños.

Editorial Castro S.A. Madrid. 1997

Carrancá y Trujillo, Raúl.

Derecho Penal Mexicano parte general.

México. 1980.

Carrancá y Trujillo Raúl.

Las causas que excluyen la incriminación.
México. 1982.

Cavallieri, Alyrio.

Direito do menor.
Rio de Janeiro. 1976.

Coulanges de, Fustel

La ciudad Antigua, traducción de Eusebio de Gorbea.
2ª edición, México, 1951.

Qué Olalde, María de la Luz.

El problema de la educación de los menores infractores.
México, 1956.

E. Mezger.

Tratado de Derecho Penal, tomo II.
Alemania. 1978.

Gómez Mesa, Antonio.

Organización y Funcionamiento de un Tribunal Tutelar para Menores.
Editorial Bailly Bailliere S.A. ,
Madrid. 1935.

Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Diccionario Jurídico Tomo VI, 2ª reimpresión.
Editorial Porrúa. 1997.

Iturbide Valdéz, Andrés.

La implantación de Tribunales para Menores en todo el país.
México. 1937.

Jiménez de Asúa, Luis.

La ley y el delito, principios de derecho penal.
Editorial Hermes. México. 1963.

Jiménez de Asúa, Luis.

Lecciones de Derecho Penal.
Editorial Harla. México. 1997.

Pérez de Vitoria, Octavio.

La minoría penal.
Editorial Bosh, Barcelona, 1940.

León Reyes, José Antonio.

Los menores ante el código penal colombiano.
Imprenta Nacional, Bogotá, 1939.

López Riocerezo, José María.

Delincuencia Juvenil.
Editorial Victoriano Suárez, Madrid. 1960.

Mallo M, Mario.

Código Penal Antiguo.
Buenos Aires, 1990.

Marías, Julián.

El método histórico de las generaciones.

Madrid. 1967.

Marín Hernández, Genia.

Historia de las Instituciones de Tratamiento para Menores Infractores en el Distrito Federal.

Comisión Nacional de Derechos Humanos.

México. 1991.

Mario Barrero, Santos.

Delincuencia juvenil.

Santiago de Compostela. 1973.

Martínez Lavalle, Arnulfo.

La etiología de la conducta criminosa y los factores de la delincuencia.

Revista Jurídica Veracruzana, Tomo 8 No. 4,

Diciembre de 1977.

Maurach, Reinhart.

Tratado de derecho penal tomo II.

Editorial Ariel, Barcelona. 1962.

Mendizabal Osés, Luis.

Incidencia de la ley de peligrosidad y rehabilitación social en los Tribunales Tutelares de Menores.

Madrid. 1971.

Mendoza T., José Rafael.

Derecho Penal.

España. 1966.

Middendorff Wolf.

Criminología de la Juventud.

Editorial Ariel S.A. Barcelona. 1963.

Peña Hernández, José.

La delincuencia de los menores.

México. 1973.

Pérez de Vitoria, Octavio.

La minoría penal.

Editorial Bosh, Barcelona, 1995.

Ruiz Funes, Mariano.

Criminalidad de los menores.

Imprenta Universitaria. México.

1953.

Ruiz Funes, Mariano.

Etiología de los menores.

Imprenta Universitaria. México.

1965.

Sajón-Acuard, Calvento.

Menores en situación irregular.

Brasil, 1978.

Soler, Agustín.

Derecho Penal Argentino, tomo III.

Argentina. 1995.

Solís Quiroga, Héctor.
Justicia de Menores.
Cuadernos del I.N.A.C.I.P.E..
México 1983.

Tedesco, J.C. y Parra, R.
Marginalidad urbana y educación formal.
UNESCO, 1981.

Vela Treviño, Sergio.
Culpabilidad o Inculpabilidad. Teoría del delito.
México. 1997.

Zúñiga González, V.
La educación escolar de los hijos de los migrantes rurales movilidad profesional y clase social.
Tesis de doctorado, París, 1993.

Memoria del Congreso Nacional en Materia de Menores Infractores.
Ciudad de Puebla, México. 1998.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos.
Editorial Porrúa. 1998.

Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal.
Editorial Sista. 1998.

Código Penal Para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal.
Editorial Sista. 1998.

Reglamento para la aplicación de la Ley de Tribunales para Menores Española.
Madrid, España. 1997.

Convención sobre los derechos del niño.
Diario Oficial de la Federación de fecha 26 de enero de 1990.