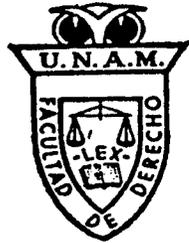


00761



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO



FACULTAD DE DERECHO

DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO.

"LOS MENORES INFRACTORES EN MÉXICO"

TESIS QUE PARA OBTENER EL GRADO DE
MAESTRA EN DERECHO PRESENTA :

ELBA CRUZ Y CRUZ

DIRECTOR:
DR. ELÍAS POLANCO BRAGA

CIUDAD UNIVERSITARIA.

2005

m346576



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.

SUMARIO

| | |
|--|-----|
| Presentación. | 3 |
| I.- Introducción | 5 |
| II.- La edad penal | 7 |
| III.- Legislación mexicana en materia de menores infractores | 28 |
| IV.- Jurisprudencia en México. | 69 |
| V.- Otros sistemas en el Derecho penal comparado | 88 |
| VI.- Legislación española de la materia. | 111 |
| VII.- Consideraciones finales | 147 |
| Bibliografía | 152 |

346576

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: ELBA CRUZ T. CRUZ

FECHA: 4-VIII-05

FIRMA: 

Nelly Rodríguez Marzco

19/Oct/04

Presentación.

Bajo la dirección atinada del Dr. Elías Polanco Braga he elaborado un trabajo denominado "Los Menores Infractores en México".

El Doctor Polanco, además de ser experto en la materia, me hizo sugerencias fundamentales que me ayudaron a reflexionar sobre aspectos torales.

El tema de la edad siempre será motivo de discusión; algunos especialistas se mantienen con la idea tradicional de que los menores de edad son hasta los dieciocho años; por el contrario, otros distinguidos jurispernalistas han propuesto, y de hecho sus ideas han sido oídas dando lugar a disposiciones de cumplimiento obligatorio, por las cuales la minoría de edad se pierde a los 16 o 17 años. ¿Cuál de estos criterios es el correcto? Dificilmente podrá darse unanimidad, lo cierto es que debemos entender que el problema de la criminalidad en los menores no radica en su edad, si así fuera, todo sería muy sencillo y podríamos aceptar que la mayoría de edad se alcanza a partir de los 16 años; pero ¿qué sucedería entonces si jóvenes y niños de quince, catorce y hasta menor edad, cometen delitos? Llegaríamos al absurdo de seguir disminuyendo peligrosamente la edad penal.

Insistimos, el problema no está en la edad, sino en el manejo adecuado de los menores de edad; los jóvenes deben tener un derecho penal propio, lo suficientemente eficaz por el cual se logre su readaptación social; el menor de edad es material de fácil reestructuración, moldeable, pero para ello, y eso es lo importante, se reclaman personas capaces que puedan tratar a los menores infractores.

Estas ideas que nos ha inculcado nuestro mentor y guía, Dr. Elías Polanco, son las que de manera esencial privilegiamos en este trabajo, que tiende precisamente a presentarse para optar por el grado de Maestra en Derecho Penal.

Nuestro agradecimiento por el apoyo invaluable al Dr. Elías Polanco Braga, de igual manera al Dr. Ruperto Patiño Manffer, quien en su calidad de Jefe de la División de Estudios de Posgrado estimula de manera generosa y productiva a quienes habiendo concluido su Maestría se reciban con toda la rapidez que el caso reclama.

Ciudad Universitaria, marzo del 2005.

Lic. Elba Cruz y Cruz.

1.- INTRODUCCIÓN

De inicio, afirmo que la edad penal que se considere adecuada para juzgar a los menores, no es el punto relevante; lo que debe ponderarse con el mayor conocimiento y cautelas son la prevención y el tratamiento que requieren los ilícitos cometidos por los niños y jóvenes, así como las sanciones que se les apliquen, cuyas bases exigen ser pedagógicas, tutelares y de readaptación social.

La misma Organización de las Naciones Unidas nos menciona:

“La determinación de una edad cronológica fija como punto a partir del cual se espera de todos los niños un sentido de responsabilidad adulta, incluso dentro de un marco cultural específico, es necesariamente una medida arbitraria, aunque quizá necesaria para que la estructura legal proteja a los niños de menor edad de la plena aplicación de la ley penal y de las sanciones que conlleva”¹

En México desde tiempos remotos, se ha descartado aplicarles la represión ordinaria, establecida para los delincuentes comunes y corrientes. Don *Miguel de Lardizábal y Uribe* (1714) propugnó por una legislación específica, con espíritu humanitario y protector, deslindada de la penalización para los adultos. También se preocupó por la mendicidad en el menor, juzgándola problema correlativo; al respecto expresaba: “Si no se ponen los medios necesarios, para dar indistintamente a todos los niños una educación correspondiente a su clase de cualquiera que sea, jamás se extinguirá la mendicidad infantil”.

Lardizábal fue injustamente ignorado, no obstante haber sido uno de los más preclaros criminalistas del Siglo XVIII.

¹ ONU. VI CONGRESO. A/Cons. 87/5, Caracas, 1980 pag. 24

Actualmente, en México vivimos un ciclo nefasto, flagelados por el consumo de drogas, la literatura obscena y la corrupción; estos factores apocalípticos son caldo de cultivo para la delincuencia juvenil, en consecuencia, no fructificarán los tribunales de menores y las instituciones de readaptación, si no cuentan con los recursos materiales y el personal técnico especializado, imprescindibles para su cabal funcionamiento.

De los datos estadísticos existentes, se infiere que la delincuencia de menores se origina entre los 14 y los 21 años y destaca la circunstancia de que la conducta delictiva de los mayores, en numerosas ocasiones es una prolongación de actividades ilícitas perpetradas en edad temprana.

Las guerras, la injusta distribución de la riqueza pública y la mayor complejidad de las relaciones sociales, confieren a la delincuencia juvenil nuevos matices, lo cual exige buscar una represión previsoras e idónea, porque la experiencia ha evidenciado que la penalidad por sí sola, no mejora al infractor.

La política contra la delincuencia juvenil, implica un programa de prevención, a través de una labor de conjunto, dando unidad de acción a todos los organismos encargados en mayor o menor grado, de proteger a los infantes, así como de impedir la reincidencia de manifestaciones antisociales juveniles.

También debe reconocerse que la generosidad, la indulgencia, el tacto y la delicadeza de los sentimientos, influyen en la reacción de la sociedad contra las infracciones de los menores, imprimiendo a su tutela las características de una institución superior.

II.- LA EDAD PENAL

La edad es un factor de gran importancia en el ámbito del Derecho Penal; se dice que el hombre puede ser considerado responsable de sus actos, cuando es capaz de distinguir el bien del mal, y como la edad penal imprime carácter al desenvolvimiento no sólo físico, sino intelectual y moral del individuo, de ahí su significación en el campo del Derecho Penal.

Sobre este punto, el penalista mexicano *Eduardo López Betancourt* afirma: "Las disposiciones contenidas en los textos legales penales como los Códigos sólo se aplican a los mayores de 18 años. Los menores de edad están sujetos a reglas distintas, por ello cuando un menor de edad comete un ilícito se le somete a un sistema exclusivo para jóvenes infractores"².

Hablar de la edad penal, en el caso de México particularmente, es remitirnos antes que nada a dar dos conceptos de orden genérico, que ayudarán a explicar este tema y su importancia dentro del ámbito de aplicación de sanciones, ya sean administrativas, pecunarias, de prisión, etc.

Hemos de aludir a la delimitación de los básicos conceptos de *imputabilidad* e *inimputabilidad*.

Para que pueda ser culpable un sujeto, se exige con prioridad que sea imputable, es decir, que en la realización de su conducta típica intervienen el conocimiento y la voluntad de cometer un acto ilícito descrito por la ley penal. Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de entender y de querer. La

² LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Manual de Derecho Positivo Mexicano*. Ed. Trillas, 4ª edición, México, 1998. pag 160

imputabilidad es la capacidad de obrar, de realizar actos referidos al Derecho punitivo, que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción. En pocas palabras, podemos definir la imputabilidad como la capacidad de entender y de querer, en el campo del Derecho Penal.

La inimputabilidad es la incapacidad de querer y de entender, constituye el aspecto negativo de la imputabilidad. Las causas de la inimputabilidad son todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la defectuosidad.

El Diccionario Jurídico Mexicano define a la imputabilidad como: "La capacidad, condicionada por la madurez y salud mentales, de comprender el carácter antijurídico de la propia acción u omisión y de determinarse de acuerdo a esa comprensión"³.

Asimismo, *Luis Jiménez de Asúa* expone que: "La imputabilidad criminal no es cosa distinta de la imputabilidad moral, sino esta misma aplicada en concreto al autor de un delito y puede definirse, con el padre Jerónimo Montes, como el *conjunto de condiciones necesarias para que el hecho punible pueda y deba ser atribuido a quien voluntariamente lo ejecutó, como a su causa eficiente y libre*"⁴.

Llamaremos "edad penal" a la edad en que un sujeto se encuentra en condiciones absolutas de imputabilidad (biológicamente), lo cual lo hace responsable de enfrentar un proceso guiado por los diferentes Códigos Penales, de los diversos Estados de la República, así como en el ámbito federal.

³ Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo V; Ed. Porrúa, S.A., México 1985, pag. 51

⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito*. 3ª edición, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1990, pag. 326.

En México, llamamos menores infractores, “a todo menor o joven al que se le ha impugnado la comisión de un delito o se le ha considerado culpable de la comisión de un delito”⁵

El término de *delincuencia juvenil*, surgió en Inglaterra en el año de 1815, por el caso de cinco niños condenados a muerte.

Para explicar lo que debe significar este término, cabe mencionar lo que escribe *Rodríguez Manzanera*:

“a) La delincuencia juvenil debe definirse de acuerdo con lo que se considera como delito por el derecho penal vigente del país en cuestión. Es decir, delincuente juvenil sería aquel que cometiera las conductas tipificadas en las leyes penales.

b) El término “delincuencia juvenil” debe abarcar tanto las infracciones a la ley penal, como cierto tipo de conductas parasociales que, aunque no constituyen una conducta tipificada por la ley penal, son consideradas como antisociales y, por lo tanto, indeseables. El término “delincuencia juvenil” escapa, por lo tanto, a los límites estrictamente jurídicos.

c) La interpretación que debe darse al término “delincuencia juvenil” debe ser lo más extensa posible y abarcar no solamente a los menores que hayan violado la ley penal, sino también a aquellos que cometan otro tipo de conductas antisociales y, además, a todos aquellos menores que necesiten cuidado y protección, como podría ser el caso de abandonados, huérfanos, menores en extrema miseria, etc. Es decir, que el término “delincuencia juvenil”, debe aplicarse a todo menor desviado, en vías de desviación, o en peligro de desviarse.”⁶

Nos dice *Beristáin*, que “la noción de delito juvenil adquiere nuevas facetas. Aparece como resultado de una relación dialéctica entre la acción del joven influido por la estructura por una parte, y la etiquetación de los controles sociales por otra. Lógicamente,

⁵ TAMÉS PEÑA, Beatriz. *Los Derechos del niño, Un Compendio de Instrumentos Internacionales*. Editado por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1995, p. 135

⁶ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. *Criminalidad de Menores*. Ed. Porrúa, México, 1987, pag. 343

cuanto menor sea la edad del individuo, menor será su actividad delictiva; en cambio mayor su pasividad de etiquetación”⁷

En los últimos años, la delincuencia de menores ha ido en aumento, cada vez es más frecuente encontrarnos con casos de jóvenes de entre 16 y 18 años, que participan en delitos considerados como graves dentro de los Códigos Penales de los diferentes Estados en México (homicidio, asalto a mano armada, asociación delictuosa, etc.); lo que ha llevado a pensar en disminuir la edad penal para la aplicación del Código Penal.

En México, la Barra Mexicana de Abogados y la Confederación Nacional en Seguridad y Justicia de México, propusieron al presidente Vicente Fox y al Congreso de la Unión, la disminución de la edad de responsabilidad de 18 a 16 años, y que la pena de muerte se aplique -por decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mediante el voto secreto de sus integrantes- a narcotraficantes, delincuentes de cuello blanco, secuestradores, aeropiratas y todos los que cometan delitos graves.

La petición fue rechazada, pero hay que recordar que ésta fue hecha para el ámbito federal, y debemos advertir que en los diversos Estados de la República no sucede lo mismo, ya que hay divergencia de opiniones y de “rebajas” de la edad penal dentro de los mismos Códigos. Para visualizar tales afirmaciones, se presentan el siguiente cuadro estadístico:

| Código Penal del Estado de: | Artículo. | Edad Penal descrita. |
|-----------------------------|-----------|----------------------|
| Tamaulipas | 13 | 16 años |
| Tabasco | 5 | 17 años |
| Veracruz | 6 | 18 años |
| Chiapas | 10 | 18 años |
| Nuevo León | 12 | 18 años |

⁷ BERISTÁIN, Antonio. *La delincuencia e Inadaptación Juvenil ante Algunos Criminólogos Críticos y Algunos Moralistas Postconciliares*. Revista Interamericana de Sociología, año VI, vol. V, no. 18. México, 1976, p. 79.

| | | |
|------------------|---------------------------|--------------|
| Aguascalientes | 12 | 18 años |
| Morelos | 13 | 18 años |
| Querétaro | 13 | 18 años |
| Oaxaca | 136 | 16 años |
| Michoacán | 16 | 16 a 18 años |
| Campeche | 17 | 18 años |
| Nayarit | 20 | 16 años |
| Chihuahua | 20 | 18 años |
| Puebla | 21 (Constitución estatal) | 18 años |
| Estado de México | 3 | 18 años |
| Durango | 4 | 16 años |
| Jalisco | 4 | 18 años |
| Coahuila | 6 | 16 años |
| Colima | 6 | 18 años |
| San Luis Potosí | 7 | 16 años |
| Guerrero | 8 | 18 años |
| Guanajuato | 8 | 18 años |
| Hidalgo | 8 | 18 años |
| Sinaloa | 8 | 18 años |
| Baja California | 9 | 18 años |
| Quintana Roo | 9 | 16 años |

Es interesante ver como el cuadro de información muestra que en los 26 Estados de la República de los cuales se obtuvieron estos datos, 7 de ellos establecen una edad penal de 16 años, uno cuenta con una edad de 17 años, y el resto con la edad promedio de 18 años.

Es pertinente citar las palabras del Dr. Fernando Castellanos Tena al respecto: "Comúnmente se afirma que en nuestro medio los menores de 18 años son inimputables, y por lo mismo. cuando realizan comportamientos típicos del Derecho Penal no se configuran

los delitos respectivos, sin embargo, desde el punto de vista lógico y doctrinario, nada se opone a que una persona de 17 años, por ejemplo, posea un adecuado desarrollo mental y no sufra enfermedad alguna que altere sus facultades; en este caso, al existir la salud y el desarrollo mentales, sin duda el sujeto es plenamente capaz”⁸.

Me atrevería a decir, sin temor a equivocarme, que tal afirmación puede darse desde los 16 años. edad en la cual considero, un sujeto es capaz de saber la acción y la consecuencia de los actos que realiza, sean ilícitos o lícitos. Tal aseveración se podría respaldar con el precepto legal del Estado de Michoacán, que a la letra, en su artículo 16, dispone:

“Son causas de inimputabilidad:

I.- La condición de persona menor de 16 años.

Cuando se trate de persona entre 16 y 18 años, su calidad de inimputable dependerá del estudio científico de su personalidad...”

Es interesante discutir que a un individuo se le puede determinar su imputabilidad o su inimputabilidad, en base a un estudio científico efectuado en su persona, circunstancia que sería correcta para saber en qué caso se impondría un castigo proporcional al sujeto, de acuerdo a su información psicológica y de salud; es decir, en qué casos aplicar el Código Penal para adultos, o las diversas Leyes para Menores Infractores, de cada Estado.

Al respecto, es significativa la consideración jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con referencia a los inimputables, cuando se pronuncia en el siguiente sentido:

“Inimputabilidad de los menores infractores.

Si en el momento en que sucedieron los hechos, el inculpaado era menor de edad, y por ello no puede ser castigado conforme al artículo 4o. del Código Punitivo del Estado de

⁸ CASTELLANOS TENA, Fernando. **Lineamientos Elementales de Derecho Penal**. 32ª edición. Editorial Porrúa. México, 1993.

México, ya que para que el menor de edad sea juzgado, por este ordenamiento, es presupuesto sine qua non sea culpable y para ello es necesario que primero sea imputable; es decir, para que conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo debe tener capacidad de entender y de querer, y un menor carece de esta capacidad, por ello resulta inimputable, y toda vez que la imputabilidad es un presupuesto necesario para la culpabilidad elemento del delito, faltando ésta, la conducta asumida no puede ser considerada como tal, por lo que el menor se encuentra exento de la aplicabilidad de las normas penales, pues la corrección de su conducta se encuentra sujeta a instituciones especiales como el Consejo Tutelar para Menores, por lo tanto si el inculpado al desplegar la conducta definida como delito era menor de edad, debe decirse que no existe el presupuesto jurídico necesario para que las leyes penales le sean aplicables y para que un juez de instancia tenga jurisdicción para juzgarlo, ni aún cuando en la fecha en que fue librada la orden de aprehensión que se impugna, éste hubiera cumplido la mayoría de edad, en virtud de lo que debe tomarse en cuenta es la edad del activo en el momento de la comisión de sus actos, no en la época posterior a su realización”.

*SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL
SEGUNDO CIRCUITO.*

II.2o.P.A.262 P

Amparo en revisión 230/94. Oscar Salgado Arriaga. 13 de octubre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Manuel Vega Sánchez. Secretaria: Luisa García Romero.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Octava Época. Tomo XV-II Febrero. Tesis: II.2o.P.A.262 P Página: 370. Tesis Aislada.

Dentro del tema de la edad penal, se encuentran los menores infractores, y dentro de esta minoría de edad, se presentan dos problemas, el de establecer el límite inferior de la minoría de edad y el límite mayor de la misma. Numerosos autores se preocupan en discutir si la minoría de edad acaba al cumplir los 16 o 18 años de edad; para establecer el límite

inferior de esa minoría, los jurispensalistas debemos poner mucha atención, para poder estatuir una estructura legal.

El propio maestro mexicano *López Betancourt*, en una de sus conocidas obras clásicas, nos dice:

“Respecto a los menores, están fuera del Derecho Penal y sujetos a una acción tutelar por parte del Estado. El artículo 119 del Código Penal antes de su derogación, establecía, que los menores de 18 años que cometen infracciones a las leyes penales serán internados por el tiempo que sea necesario para su corrección educativa. Así también fueron derogados los artículos del 120 al 122 del Código Penal. Con la ley del Consejo Tutelar para Menores, creada en 1974, surge una nueva etapa en la labor de lograr la educación y readaptación de menores infractores”⁹.

En el mismo sentido, nos señala *Orellana Wiarco*:

“El menor de edad podrá llevar a cabo actos u omisiones típicos, pero no culpables, pues para que se le pueda reprochar su conducta, a título doloso o culposo el menor deberá tener la capacidad de entender y querer su conducta, de tal suerte que no se puede formular el reproche que entraña la culpabilidad por falta de base o sustentación mencionada. Lo anterior nos lleva a concluir que el menor no es, ni puede ser delincuente, simple y sencillamente porque su conducta no puede llegar a integrar todos los elementos del delito, pues es un sujeto inimputable y ésta es condición esencial para que pueda integrarse el elemento culpabilidad”¹⁰

La determinación de una edad cronológica fija, como punto a partir del cual se espera de todos los niños un sentido de responsabilidad adulta, incluso dentro de un marco cultural específico, es necesariamente una medida arbitraria, aunque quizá imprescindible,

⁹ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Teoría del Delito*. Ed. Porrúa, 9ª edición. México, 2001, pags. 196-197.

¹⁰ ORELLANA WIARCO, Octavio A. *Manual de Criminología*. Ed. Porrúa. 6ª edición, México 1997. pag. 303.

para que la estructura legal proteja a los niños de menor edad, de la plena aplicación de la ley penal y de las sanciones que conlleva.

Por su parte, el maestro español *Miguel Polaino Navarrete*, al respecto, expresa:

“La minoría de edad penal constituye una causa de exclusión de la responsabilidad criminal, como tal reconocida de modo constante en la legislación penal, a partir del proceso histórico de la codificación comparada, perceptible en el marco de las legislaciones punitivas europeas desarrolladas a lo largo del siglo XIX, abarcando continuadamente su mantenimiento de vigencia hasta el momento actual”¹¹.

Existe ahí una edad abajo de la cual se es absolutamente inimputable, no puede existir el más mínimo juicio de reproche, no puede haber reacción penal ni forma alguna de juicio o intervención.

El maestro *López Betancourt*, en relación a la relevante cuestión de la capacidad psicológica de los menores, puntualiza:

“Respecto a los menores de edad, podemos decir son totalmente capaces y no se les puede considerar inimputables como a un enajenado mental, lo que sucede es que están sujetos a un régimen diverso, al igual que lo están los militares; ése régimen, es el de los menores de edad”¹².

El problema de la “corrección” en atención al menor, considerado inimputable, debe quedar absolutamente en manos de la familia, y únicamente ante la carencia absoluta de ésta, podría pensarse en la intervención de institución pública o privada.

¹¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Estudios Penales*. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense. Sección Delegada de la Universidad de Córdoba. Servicio de Publicaciones, Universidad de Córdoba, 1998. Pag. 277

¹² LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Teoría del Delito*. Ed. Porrúa, 9ª edición, México, 2001. pag 197.

La edad de total irresponsabilidad, ha variado según las épocas y los pueblos; en el Imperio Romano era hasta los 7 años, en que el infas (niño) era equiparado al furious (loco total).

En algunas civilizaciones como India y Egipto, fue la de los 8 años, edad en que se debía asistir a la escuela; en tanto que en Esparta y Atenas, se consideró la de 7 años.

En la Edad Media, el Derecho Germánico impone los 8 años, en tanto que las Partidas amplían hasta los 10 años y medio.

El Derecho Anglosajón fijó también 7 años, edad en que se presume carecían de dolo.

La tradición románica de los 7 años (número, además, cabalístico) reforzada por la tradición cristiana y principalmente la católica (edad para hacer la primera comunión), es la que ha prevalecido y ha sido adoptada por el mayor número de países.

Cabe mencionar, que durante el Bajo Imperio Romano, se dio también una corriente en la cual se pretendió equiparar plenamente al menor con el adulto; hablamos del *Malitia Supplet Aetatem*; esto quedó definitivamente atrás con las tendencias pietistas de la ilustración, que definen claramente que el menor y el adulto que actúan contra el orden penal no son equiparables, por lo que debe existir un derecho propio de los menores, basado en la reeducación y no en una penalidad atenuada.

En México, existe una ley de la Administración Pública Federal, en la cual se faculta a la Secretaría de Gobernación (Art. 27, fracción XXVI) para establecer un Consejo Tutelar para Mayores de 6 años, lo que implica que los menores de esa edad, salen de toda jurisdicción, pero como veremos más adelante, cada estado de la República Mexicana establece un límite inferior a la minoría de edad diferente, que va de los 6 años hasta los 14. Se estatuye tal edad, porque la misma es la edad en la que el niño empieza la escuela y es el final del primer ciclo de vida, llamado de la primera infancia.

Sin embargo, es interesante observar que en la ciudad de México, en materia de faltas de policía y tránsito, es establecida la edad de 12 años. El artículo 41 del Reglamento de Tribunales calificados del Distrito Federal dispone textualmente:

“A los menores de 12 años de edad se les considera inimputables y sólo se podrían aplicar sanciones a sus padres o representantes legítimos, por la negligencia en el cuidado de la conducta, o en la atención de la educación del propio menor, dentro de la gravedad que revista el incumplimiento de sus deberes”.

No existe en la República Mexicana unificación en cuanto al límite inferior de la minoría de edad; tenemos que es de 6 años en Tamaulipas; de 7 años en Aguascalientes; de 8 años en San Luis Potosí y Tabasco; 10 años en Coahuila; 11 años en Baja California, Campeche, Chiapas, Chihuahua, Distrito Federal, Estado de México, Guanajuato, Michoacán, Morelos, Nayarit, Oaxaca, Querétaro, Sonora y Tlaxcala; de 12 años en Baja California Sur, Durango, Jalisco, Nuevo León, Yucatán y Zacatecas; de 14 años en Guerrero; y no está indicada en la legislación de Colima, Hidalgo, Puebla, Quintana Roo, Sinaloa, Veracruz.

Consideramos que, así como se ha discutido ampliamente la necesidad limitrofe unificada para la mayoría de edad penal, así es necesario igualar la edad inferior, en toda la República, y lo ideal sería a nivel internacional.

Otro relevante problema es el relativo al planteamiento del límite superior de la minoría de edad, y la discusión principia desde la pregunta sobre si realmente debe existir ese límite.

En relación a esta disyuntiva, el maestro *Miguel Polaino Navarrete*, refiriéndose al ámbito del Derecho Penal español, expresa:

“En efecto, del marco extremadamente restrictivo de la minoría de edad cifrado en el Código Penal de 1822 en siete años, límite por debajo del cual se proclamaba la plena irresponsabilidad de toda realización jurídica típica, con admisión de un amplio margen de edad comprendida entre los siete y diecisiete años, en que se apreciaba una relativa exclusión de la responsabilidad criminal, condicionada por los criterios de discernimiento y de malicia, alternativamente presente en la actitud personal del sujeto, se pasa, en el sistema de los Códigos Penales de 1848 y de 1870, al establecimiento del límite de nueve años, determinante de la barrera de plena irresponsabilidad penal, y se circunscribe la esfera de la parcial relevancia penal de la minoría de edad como circunstancia atenuante al margen de edad comprendido entre 9 y 15 años, en que el sujeto actuase con discernimiento, reconociéndose asimismo la atenuación genérica hasta el cumplimiento de la edad de 18 años”¹³.

Más adelante, el citado jurista peninsular continúa diciendo:

“En el presente siglo, un Real Decreto, de 14 de noviembre de 1925, elevó la minoría de edad penal a los 16 años, acogiendo el Código Penal de 1928 el criterio normativo de que sólo eran responsables los mayores de 9 años y menores de 16 que hubieran actuado con discernimiento. Los Códigos Penales de 1932 y de 1944 fijan la edad de 16 años como límite de la minoría de edad penal, por debajo de la cual, sin exigencia de ninguna prueba de discernimiento, se excluye la responsabilidad criminal, previéndose un límite reducido de 16 a 18 años que opera como una circunstancia atenuante de la responsabilidad penal”¹⁴.

Las soluciones han sido heterogéneas a través de la historia, por ejemplo, los 14 años en Fenicia; los 12 o los 15, según la región en Grecia; los 16 o los 24 según la casta,

¹³ POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Estudios Penales*. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense. Sección Delegada de la Universidad de Córdoba. Servicio de Publicaciones, Universidad de Córdoba, 1998, pág. 283.

¹⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Estudios Penales*. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense. Sección Delegada de la Universidad de Córdoba. Servicio de Publicaciones, Universidad de Córdoba, 1998, pág. 283.

en la India, etc., la época imperial romana distinguió infans (7 años), impúberes (12 años en la mujer y 14 en el hombre) y menores (hasta los 25 años).

A los impúberes se les sancionaba según el discernimiento y a los menores en forma atenuada.

Esta doble regulación se va a conservar en varias legislaciones y el límite de 14 años lo encontramos en la Edad Media, en el Derecho Germánico, y en las Partidas; en el Derecho Anglosajón, la solución para los impúberes es, generalmente, la presunción de falta de capacidad, aunque es una presunción *juris tantum*, es decir, que admite prueba en contrario.

Es común encontrar la prohibición expresa de la aplicación de ciertas penas (muerte, galeras, etc.) y de ciertos aspectos procesales (torturas, ordalías, duelo sacro, etc.) para los impúberes.

La fijación de los 14 años obedece a la entrada de la pubertad; en casi todas las culturas, se encuentran ceremonias y ritos puberales y es indudable que dicha edad representa el inicio de un nuevo ciclo biológico, psicológico y social.

En cuanto a la segunda etapa de los menores, gira alrededor de la pubertad, es muy variable y en algunos pueblos no existe, es decir, para algunas culturas el sujeto al llegar a la edad pubescente es ya un mayor de edad, con todas las obligaciones del caso.

En otras culturas se fijó la edad de los 16 a 25 años y durante esta época el sujeto es penalmente responsable; sin embargo, la pena que se le aplica es totalmente atenuada, en razón de la edad.

La tendencia posterior en los siglos XVIII y XIX va a ser el dar un sólo límite superior, dejando la solución al "discernimiento", término que se fue haciendo cada vez más incierto y ha recibido serias críticas.

Alrededor del "discernimiento" se fueron exponiendo diversas opiniones; los psicólogos identifican el discernimiento con la razón, la inteligencia, la voluntad y la comprensión, con todo el trasfondo de diferencias existentes entre unas y otras actividades psíquicas; los eticistas aseguran que el discernimiento es la capacidad de distinguir entre el bien y el mal, lo justo y lo injusto, lo honesto de lo deshonesto, lo ilícito de lo lícito, lo moral de lo inmoral, a pesar de las complejidades que tras tales valoraciones se ocultan. también existen las opiniones legalistas, que identifican el discernimiento con el cumplimiento o infracción del derecho, con su práctica o falta en contra de él, con el saber que el acto está prohibido por la ley o el conocer su punibilidad, originalmente su legalidad; los sociólogos, identifican el discernimiento con la previa experiencia de la aplicación de castigos a otros infractores, o de la existencia de gendarmes y cárceles.

Hay quien combina la posición legalista con la psicologista, al identificar el discernimiento con el dolo.

En este sentido, dos han sido los criterios tradicionales para apreciar en el supuesto la imputabilidad: el psicológico, consistente en la apreciación pericial o judicial del discernimiento y el biológico, por el que la ley promueve la inimputabilidad hasta cierto límite de edad.

Estos criterios aparecen a menudo combinados, tanto en la doctrina como en las legislaciones.

Francisco Carrara, en su "Programa de Derecho Criminal", fiel a los principios de libre albedrío y de la imputabilidad moral del hombre -sobre los cuales construye su armoniosa doctrina penal-, al referirse a las causas que perturban la inteligencia e influyen sobre la imputación, menciona en primer lugar la edad.

Subraya el más notable de los penalistas de la Escuela clásica:

“Para saber cuando y como la edad modifica la imputación a causa de la inteligencia del agente, es menester combinar los principios de la ciencia con la observación de los fenómenos de la naturaleza humana. Los primeros nos enseñan que el hombre no puede ser responsable de las propias acciones, sino en cuanto es capaz de distinguir el bien del mal. La segunda nos muestra que el entendimiento del hombre, aunque en el primer momento de su nacimiento disponga de un completo poder para desarrollarse, sin embargo no llega sino por grados a la efectividad de su pleno funcionamiento”¹⁵

Siguiendo este criterio exclusivamente jurídico, divide la edad en 4 periodos para los efectos penales:

- a) Periodo de irresponsabilidad absoluta. Comprende la infancia propiamente dicha (del nacimiento hasta los 7 años) y la impubertad próxima a la infancia (de los 7 a los 12 años), en los cuales se presume que el sujeto no conoce de discernimiento; consecuencia de ello es la inimputabilidad del agente.
- b) Periodo de responsabilidad condicional y menos plena. Abarca la impubertad proxima a la minoridad (de 12 a 14 años) y la minoridad (de 14 a 18 años cumplidos). En este periodo, la capacidad para delinquir se presume *juris tantum*. Consecuencia de ello, es que al agente se lo somete a juicio, en el cual se determinara si obró con discernimiento o sin él. En este ultimo supuesto se le absuelve, pero en el primero se le condena, aunque con menor intensidad que al adulto.
- c) Periodo de la mayor edad (desde los 18 años cumplidos en adelante). En este periodo, la inteligencia ha alcanzado su madurez.
- d) Periodo de la vejez. Para algunos criminalistas, debe consistir una circunstancia atenuante, pero es conocido que Carrara estima como un error esta consideración.

¹⁵ CARRARA, Francesco. **Programa de Derecho Criminal**. 7ª edición, Ed. Temis, Bogotá, 1967. vol. I, pag. 156.

Con el advenimiento de la escuela positiva, que trasladó el objeto de observación del campo del delito, al delincuente, se produjo una transformación profunda en el criterio de apreciación de la criminalidad juvenil. Empezó a difundirse el principio de que el menor que delinque es, por regla general, una víctima del abandono moral y material de las personas encargadas de su educación. Por consiguiente, es un problema preponderantemente social, y si a título de ausencia de discernimiento, el juez exime de pena al menor que ha delinquido y no procura remover las causas que lo llevaron a obrar, queda en pie el problema y con él las consecuencias inherentes.

Para los clásicos, el problema consistía en establecer si el agente había obrado con discernimiento o sin él. Según el resultado se le condenaba o se le absolvía, pero sin ir más allá. Los positivistas, en cambio, estudiaron las causas de la criminalidad juvenil, que atribuyeron en gran parte al ambiente social, y propugnaron una extirpación mediante procedimiento de orden educativo y tutelar.

En el Derecho positivo mexicano, se ha regulado de la siguiente manera:

1. Código Penal de 1871.

Estableció como base para definir la responsabilidad de los menores de edad, el discernimiento, declarando al menor de 9 años excluido de toda responsabilidad, al comprendido entre los 9 y 14 años lo cataloga en situación dudosa, dejando al acusador la carga de la prueba del discernimiento del menor. Al menor de 18 y mayor de 14 lo considera responsable con discernimiento, aunque con pena dividida.

En este punto, cabe añadir lo que menciona *Roberto Tocaven*:

“El antecedente más antiguo que poseemos nos remonta al año de 1871, donde el Código vigente de acuerdo con los postulados de la Escuela Clásica, tenía como base para fijar la responsabilidad infantil, la edad y el discernimiento; declarando como exento de

éste al menor de 9 años; en situación dudosa que se aclararía a través de un dictamen al menor entre los 9 y los 14 años; y con plena responsabilidad al menor de 14 a 18 que se decía poseía ya discernimiento y por lo tanto, dentro de este Código se le consideraba con capacidad para comprender la trascendencia de los actos ejecutados"¹⁶.

En esa época, se establecieron casas de reclusión para los menores, a quienes se les imponían penas atenuadas

Después de 1871, hasta 1928, se presentaron varios proyectos en el tema de los menores infractores, en las siguientes fechas:

A) En 1908, se hace un estudio en base a los lineamientos de la legislación de Estados Unidos de Norteamérica.

B) En 1912, conservando el criterio de 1871, se realiza otro estudio donde se destaca el discernimiento como fundamento para precisar la edad penal. La pena impuesta es disminuida a la mitad y los dos tercios de la correspondiente al adulto.

C) En 1920 se formuló otro proyecto, proponiendo la creación de un Tribunal Protector del Hogar y de la Infancia; dicho organismo tendría por finalidad proteger a las familias y los derechos de los menores; atendería los casos de menores que cometieran delitos.

D) En 1926 se fundó el Tribunal para Menores del Distrito Federal, ingresando el primer menor necesitado de tratamiento, el 10 de enero de 1927; asimismo, se promulgó el Reglamento para la Edificación de los Infractores Menores de Edad en el Distrito Federal, el cual hace hincapié en la necesidad de auxiliar y poner oportunamente a salvo de las numerosas fuentes de perversión, que se originaban en nuestra deficiente organización social, a los sujetos menores de 16 años.

¹⁶ TOCAVEN, Roberto. **Menores Infractores**. Ed. Porrúa, México, 1993, pág. 18.

Quedaban bajo la autoridad del Tribunal para Menores, las faltas administrativas y de policía, así como las señaladas por el Código Penal, que no fuesen propiamente delitos cometidos por menores de 16 años.

Le concedía al Tribunal las atribuciones siguientes: calificar a los menores que incurriesen en penas, que debiese aplicar el Gobierno del Distrito Federal; reducir o conmutar las sanciones previamente impuestas a los menores, mediante su solicitud; estudiar los casos de los menores, cuando hubiesen sido declarados absueltos por haber obrado sin discernimiento; conocer los casos de vagancia y mendicidad de niños menores de 8 años, siempre que no fueran de la competencia de las autoridades judiciales; auxiliar a los Tribunales del orden común en los procesos contra menores, previo requerimiento para ello; resolver las solicitudes de padres y tutores, en los casos de menores "incoregibles"; tener a su cargo la responsabilidad de los establecimientos correccionales del Distrito Federal, proponiendo, de acuerdo con la Junta Federal de Protección a la Infancia, todas las medidas que estimara necesarias para su debida protección.

El Tribunal quedaba constituido por tres Jueces: un médico, un profesor normalista y un experto en estudios psicológicos, los cuales resolvían auxiliados por un departamento técnico que hacía los estudios médico psicológico, pedagógico y social de los menores; se contaba con un cuerpo de delegados de protección a la infancia. Los Jueces podían amonestar, devolver al menor a su hogar mediante vigilancia, someterlo a tratamiento médico, cuando era necesario, y enviarlo a un establecimiento correccional o a un asilo, valorando su estado de salud física y mental.

2. En 1928 se expide la "Ley sobre la Prevención Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal y Territorios".

Esta Ley substraía a los menores de 15 años del Código Penal, lo cual representó un avance, primordialmente, en cuanto a que en su articulado prevenía que la policía y los Jueces del orden común, no deberían tener más intervención respecto de los menores, que enviarlos al Tribunal competente.

Mantenia su primitiva organizaci3n, solo aumentando una sala, compuesta como la primera, por un Juez m3dico, un Juez profesor y un Juez psic3logo, requiriendo ser uno de ellos mujer. Dichos Jueces deberian dictar las medidas, despu3s de la observaci3n del menor y de su estudio en los aspectos: m3dico, psic3logo, pedag3gico y social, para determinar las medidas protectoras o educativas a imponer.

3. C3digo Penal de 1929.

No hacfa distincion en cuanto a responsabilidad o imputabilidad de los menores, considerando que todos son imputables. La unica diferencia con el adulto era que los menores de 16 aros tenfan un cat3logo de penas diferente. Dedicaba el capitulo VI del titulo segundo, a la aplicaci3n de sanciones a los menores de 16 aros.

4. C3digo Penal de 1931.

Al igual que el de 1871, mantuvo a los menores de edad en un articulado, pero present3 aciertos como el elevar la minorfa de edad a los 18 aros, y establecer medidas aplicables a los menores, "para su correcci3n educativa".

Es hasta este aro, cuando los Tribunales para Menores subordinados al Gobierno Local de la ciudad de M3xico, pasan a depender del Gobierno Federal.

5. C3digo Federal de Procedimientos Penales de 1934.

Al promulgarse este C3digo, se concedi3 a los Tribunales Locales para Menores la jurisdicci3n y la competencia necesarias, para conocer de las infracciones del orden federal cometidas por menores de edad.

Previamente, la Procuradurfa General de la Rep3blica habfa resuelto no consignar a los menores, ante los Jueces del Distrito Federal, sino a los Tribunales para Menores. De

esta forma se trataba de tener el control de la delincuencia juvenil, tanto del orden común como federal

En el mismo año se redactó el primer Reglamento de los Tribunales para Menores y sus Instituciones Auxiliares. En 1939 se estableció un segundo reglamento, que substituyó al primero.

6 Ley Orgánica y Normas de Procedimiento de los Tribunales para Menores y sus Instituciones Auxiliares en el Distrito y Territorios Federales, de 1941.

Esta Ley derogó lo dispuesto por el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal y Territorios Federales.

6 Ley de Secretaría y Departamento de Estado, de 1958.

Establece en el Distrito Federal, un Consejo Tutelar para Menores Infractores de más de 6 años, e Instituciones auxiliares.

8 En 1973 se promulga la Ley de Consejo Tutelar para Menores Infractores en el Distrito Federal y Territorios, derogándose la Ley Orgánica de 1941.

Sobre esta ley, que si bien es cierto tiene algunas mejoras, no se adecua a las reglas internacionales; cabe mencionar las palabras del maestro *Porte Petit*:

“Esta ley representa en relación con la anterior, un avance indiscutible al procurar lograr en una forma más eficiente y científica la reforma del menor, para que pueda cumplir con sus propias responsabilidades en el futuro”¹⁷.

¹⁷ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Programa de Derecho Penal. Parte General. Ed. Trillas. México 1990, p. 579

9. En 1991, entra en vigor la Ley Federal para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en materia Federal.

Esta Ley, que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores, y confirma la edad de 18 años como límite para su intervención, es la que actualmente prevalece.

España, que ha sido luz y ejemplo para el ámbito jurídico, en especial en el campo legislativo, cuenta con una nueva Ley, de hace poco tiempo y configuración totalmente innovadora en su propio sistema. Estimamos interesantes, sobre este asunto, las ideas que, mucho antes de promulgarse la nueva ley, expresara en el año de 1985 el maestro *Miguel Polaino Navarrete*, en los siguientes términos:

“La legislación tutelar de menores no deberá ya más estar orientada a la satisfacción de las exigencias de Justicia penal material, circunscritas a la esfera sancionadora represiva, ni aun al ámbito de prevención general y especial, sino que ha de ser esencialmente orientada a una exacta provisión del tratamiento individualizador más adecuado a la personalidad del sujeto inimputable por minoría de edad.

En su virtud, la futura legislación tutelar de menores, como punto de partida, tiene que prescindir de los pretendidos fundamentos categoriales que persistentemente se obstina en mantener la legislación “tutelar” aún vigente, en un alarde de imperfección técnica y de obsolescencia normativa que se inspira en la instauración y defensa del binomio represión-educación, que positivamente proclama, en términos alternativos unilaterales, al margen de las exigencias positivas y constitucionales del ordenamiento jurídico- penal”¹⁸.

¹⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Estudios Penales*. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense. Sección Delegada de la Universidad de Córdoba. Servicio de Publicaciones, Universidad de Córdoba, 1998, págs. 304- 305.

III.- LEGISLACIÓN MEXICANA EN MATERIA DE MENORES INFRACTORES

Explicaremos brevemente las grandes diferencias existentes entre los dos modelos que en materia de menores, se han desarrollado en la historia independiente de México: el modelo tutelar y el modelo garantista, siguiendo para ello el interesante análisis de Elena Azaola¹⁹. Hasta principios del siglo pasado, dominaba en nuestro país la tendencia dentro de los códigos penales, de imponer a los menores de edad una pena menor, "atenuada" en comparación con la que recibiría si tuviese la mayoría de edad. No existía, un derecho especial para menores, los niños no eran "materia" sobre la cual debía dictarse una nueva legislación. Al término de la lucha revolucionaria, surgieron en nuestro país múltiples grupos que influidos por las ideas en boga desde hace décadas en el mundo occidental, pugnaban porque el menor recibiera un trato especial. El desarrollo de un saber teórico sobre la infancia, en especial en los últimos años del siglo XIX, tuvo como principal consecuencia el que "la sociedad confinó el período de la infancia a un sistema cerrado y reglamentado, distinto al mundo del adulto. Así, en todas partes, después de la época del 'descubrimiento de la infancia', siguió la de la infancia enferma, delincuente, o en múltiples formas, desviada. El legislador (como el médico, el psicólogo o el maestro) comienza a interesarse en administrar la vida del niño, en prescribir lo que puede y lo que debe, lo que no puede y no debe hacer. En este modo, la programación que resulta del saber teórico sobre el niño es puesta al servicio de la administración, de los intereses del Estado, el saber teórico reaparece bajo los rasgos de un poder administrativo que, en adelante, estará facultado para reglamentar sobre las necesidades del niño (las que debería tener), así como sobre el grado de desarrollo que, científicamente, tendría derecho a esperarse de él".

Los niños y adolescentes quedaron fuera de los tribunales para adultos, y también de sus prisiones. Los internados y correccionales pasaron a ser de interés público,

¹⁹ Cfr. Azaola G., Elena. *Posibilidades y límites de dos modelos de justicia para menores. En Memoria del coloquio multidisciplinario sobre menores, diagnóstico y propuestas.* UNAM-III. México, 1996, pp. 19-20

transfiriéndose su control de órdenes religiosas y patronatos de beneficencia, a aparatos del Estado. "Educar a estos niños en una cierta manera o 'corregirlos', nunca más sería una 'obra de caridad' o de filantropía, sino de 'justicia' impartida por el Estado. De este modo, si a principios de siglo [1900] existían unos cuantos establecimientos correccionales en el país, hoy en día cada estado de la República cuenta con sus leyes e instituciones propias para menores infractores."²⁰

En un primer momento, se crean instituciones específicas para los menores. La creación de una "justicia especial para menores", se fundamenta en el señalamiento de que los tribunales y prisiones ordinarios para adultos no son un lugar adecuado para los menores, por lo que hay que crear nuevas instancias, con los requerimientos necesarios acorde a la minoridad de los sujetos. Posteriormente, con el replanteamiento de los objetivos estatales respecto a los menores, los tribunales son reemplazados por Consejos Tutelares; se afirma ahora que se ha "abandonado el derecho penal y sustraído a los menores de este territorio para incorporarlos al derecho tutelar. En éste no se habla de pena, sino de 'tratamiento', no de corrección sino de 'readaptación social', no de reclusión sino de 'internamiento' y no de liberación sino de 'externación' o 'reintegración social'."²¹

Este cambio en los conceptos fundamentales del modelo de respuesta estatal ante la conducta infractora de los menores, obedece, según afirma Azaola, a una concepción que "tiende a promover la imagen de un Estado protector, aun cuando en la práctica oscilara entre un modelo penal y uno asistencial. En el nivel discursivo, el acento en los Consejos Tutelares está dado por una concepción no punitiva que tiende a justificar la actuación del Estado sobre los menores con argumentos 'técnicos' y 'científicos', que no por serlo -en alguna medida al menos- dejarían de ser, al mismo tiempo, razones de poder."²²

²⁰ Azaola G., Elena. **Posibilidades y límites de dos modelos de justicia para menores.** En *Memoria del coloquio multidisciplinario sobre menores, diagnóstico y propuestas.* UNAM-III. México, 1996, p. 21

²¹ Azaola G., Elena. **Posibilidades y límites de dos modelos de justicia para menores.** En *Memoria del coloquio multidisciplinario sobre menores, diagnóstico y propuestas.* UNAM-III. México, 1996, p. 22

²² Azaola G., Elena. **Posibilidades y límites de dos modelos de justicia para menores.** En *Memoria del coloquio multidisciplinario sobre menores, diagnóstico y propuestas.* UNAM-III. México, 1996, p. 22

Paradójicamente, esta política de supuesta defensa del menor, acabó colocándolo en una posición notablemente desventajosa con relación al adulto que es sujeto a proceso penal. El derecho tutelar de menores, adquirió el carácter de un auténtico régimen de excepción, en el cual el Estado, como parte omnipresente, acabó por confiscar al menor buena parte de sus derechos. Las instituciones tutelares contaban con facultades suficientes para hacerse cargo tanto de los menores que hubieran cometido una infracción penal, como de los que, a su juicio, se consideraban en 'estado de peligro', sometiéndolos a un mismo procedimiento y 'tratamiento'. "Como resultado de un esquema donde el Estado se había colocado a sí mismo y asumía en un sólo órgano dependiente del Ejecutivo tanto las funciones de procurador, como las de defensor y juzgador, pero también las de protector y las de encargado de imponer, ejecutar y supervisar las sanciones, se había llegado al punto en que los menores habían perdido todos los derechos de cualquier persona sujeta a un procedimiento penal."²³

Durante los años en que estuvo en plenitud la aplicación del sistema tutelar, fue común la detención y privación de menores, sin ningún requisito legal estricto (como orden de aprehensión). Los padres podían solicitar el internamiento de sus hijos por rebeldía, sin que éstos se enteraran quien o de que se les acusaba. El procedimiento carecía de formalidades, no era necesario comprobar con certeza la comisión de un delito por parte del menor, atendiendo al ambiguo criterio del "estado de peligro", según el cual, buscando evitar la futura incursión criminal del menor, debía someterse a tratamiento ante el menor indicio de conducta irregular.

Con la firma por parte de nuestro país de numerosos tratados internacionales sobre la materia que cuestionaban seriamente el modelo tutelar, se modificó la concepción estatal sobre la situación del menor infractor. Ahora, era necesario implantar un nuevo esquema, que buscara como objetivo primario, la devolución de las garantías que los menores habían perdido como consecuencia de la ambigüedad del sistema tutelar. A este nuevo modelo se le ha conocido como garantista.

²³ Azaola G., Elena. **Posibilidades y límites de dos modelos de justicia para menores.** En *Memoria del coloquio multidisciplinario sobre menores, diagnóstico y propuestas*. UNAM-III. México, 1996, p. 24

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Nueva Justicia de Menores (Reglas de Beijing, 1985), las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad, 1988) y la Convención sobre los Derechos del Niño (adoptada por México en 1991); establecen, entre otros, los principios de que para que un menor pueda ser privado de su libertad, es indispensable sea sometido a un procedimiento por el cual se le compruebe la comisión de un acto expresamente prohibido por la ley penal; teniendo derecho a defenderse y a impugnar las resoluciones, debiendo salvaguardarse todos sus derechos humanos, no pudiendo sufrir ni torturas ni maltratos de ninguna especie.

El auge del sistema garantista no ha estado a salvo de comentarios negativos; así, mientras para algunos constituye una auténtica panacea, para otros, “a nivel estrictamente jurídico ofrece ventajas en relación con el anterior... [pero] se trata de un retroceso que prácticamente ha devuelto a los menores al dominio, a la lógica del derecho penal, ámbito del que el derecho tutelar pensaba haberles rescatado para siempre.”²⁴

Continuando con su análisis, se avoca ahora Elena Azaola al estudio del modelo garantista, el cual, afirma, aún está muy lejos de haber resuelto importantes problemas, como lo es, el desentrañamiento de lo que ha de entenderse por “justicia para menores”, al mantenerse una noción estrecha, pobre de contenido y reducida del término.

Con referencia a la nueva legislación²⁵ garantista, menciona que además de ciertos “problemas de orden jurídico (como la falta de autonomía de los defensores de menores, la falta de procedimientos de supervisión y vigilancia de la actuación del Consejo por parte de órganos externos y el empleo que promueve la nueva ley, con el carácter de supletorios, de los códigos penales y de procedimientos penales, entre otros)” hay dos aspectos primordiales que cuestionan el espíritu garantista y el avance en la defensa de los derechos

²⁴ Azaola G., Elena. **Posibilidades y límites de dos modelos de justicia para menores.** En *Memoria del coloquio multidisciplinario sobre menores, diagnóstico y propuestas*. UNAM-III. México, 1996, p. 25

²⁵ Se refiere a la *Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en Materia Federal* de 1991, la cual analizaremos más adelante.

de los menores que la ley supone; en primer lugar, "la ausencia de ordenamientos y espacios institucionales paralelos tanto para los menores de 11 años que hubieran cometido alguna infracción como para los mayores de esa edad y menores de 18 que, sin haber cometido alguna infracción o habiéndola cometido pero sin que ésta ameritara la prescripción de algún tratamiento, requerirían, sin embargo, de asistencia y protección", y en segundo lugar, cuestiona "la creación(...) en el Distrito Federal, casi paralela a la nueva ley, de una especie de replica de los penales de alta seguridad para adultos que viene a ser el Centro de Atención Especial Quiroz Cuarón ("*Almolyita*", como la denominara un periodista)", en donde se reciben a los menores que han cometido infracciones graves, de manera reiterativa, a quienes se les supone con bajo grado de adaptación social, y son "tratados y estigmatizados como sujetos "*de alta peligrosidad*" y reciben un trato similar al de los adultos en dicha condición, es decir, se les mantiene la mayor parte del tiempo en aislamiento y se les sujeta a severas medidas disciplinarias cuya eficacia no ha sido demostrada, además de que violan numerosos principios establecidos en los instrumentos internacionales a que hemos hecho referencia".²⁶

El Derecho de menores rige en el ordenamiento jurídico la protección integral del menor de edad, hasta que forme en plenitud su personalidad, y requiere en el ordenamiento social todo un sistema de medidas tutelares que realice esta pretensión a través de la educación concebida en función de ofrecerle las mejores oportunidades de vida y acceso a los valores, para que en definitiva pueda participar en un plano de igualdad.

Cabe añadir lo que menciona *Roberto Tocaven*:

"El derecho de menores es un sistema de normas de conducta para aquellos cuya personalidad está formándose y no han alcanzado la mayoría de edad y que involucra su educación y protección para que alcance el desarrollo integral de su personalidad, mas no por ello dejándolo fuera del derecho cuando realiza actos antijurídicos.

²⁶ Azaola G., Elena. **Posibilidades y límites de dos modelos de justicia para menores.** En *Memoria del coloquio multidisciplinario sobre menores, diagnóstico y propuestas.* UNAM-III. México, 1996, p. 27

En esta dimensión del Derecho de Menores, el derecho correccional de menores adquiere su pleno significado y donde lo tutelar tienen una conceptualización nueva y dinámica porque no pretende sustraer al menor del cumplimiento de la ley, sino por el contrario, situarlo en el mundo de su propia ley para armonizar a través de la nueva norma de conducta los intereses de la sociedad y este grupo mayoritario que está retardando el desarrollo por desajuste a la normatividad vigente expresado en antisocialidad y antijuridicidad²⁷.

Las medidas tradicionalmente conocidas se determinan en devolver al menor al control de su familia, colocarlo en el hogar de terceros, internarlo en un establecimiento de rehabilitación, o someterlo a un régimen de libertad vigilada.

Casi toda la doctrina es unánime, al considerar hasta donde sea posible, debe evitarse la interacción del menor para que no se desvincule de su medio familiar y social; surge así la libertad vigilada como la medida más eficaz porque no retarda el proceso de la integración.

Como es sabido, la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, constituye el instrumento internacional de mayor impacto político y social a nivel mundial, con gran influencia, para procurar una mayor protección y defensa de los derechos humanos de la niñez, en el ámbito interno de los Estados Partes, que han ratificado dicho instrumento internacional.

Cabe recordar que en esta Convención, se definen precisa y detalladamente derechos de carácter individual y social de los menores de edad, tales como el derecho a la vida, al desarrollo, a la protección de acuerdo a la edad, a expresar sus sentimientos e ideas con la seguridad de que serán tomados en cuenta, garantías durante los procedimientos cuando se vean afectados por la comisión de las conductas antisociales, y, el derecho a la educación, salud, cultura y recreación, entre otros.

²⁷ TOCAVEN GARCÍA, Roberto. *Elementos de la criminología infanto-juvenil*. Ed. Porrúa, México, 1991 pag. 147

México ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño, el 21 de septiembre de 1990, propiciando con ello el compromiso de adecuar la legislación nacional a los postulados de la citada codificación internacional, como fue el caso, de la ya mencionada "Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en Materia Federal".

Las garantías de seguridad jurídica de los menores, que la propia Convención estatuye en sus artículos 37 y 40, son de singular trascendencia, porque procuran eliminar la discriminación que ha prevalecido desde hace muchos años en los distintos países -entre ellos México- donde a los menores de edad, con el argumento de no ser sujetos de derecho penal, no les asisten las garantías y formalidades esenciales que conlleva todo el procedimiento penal, tales como: el derecho de defensa, la libre proposición de pruebas, la separación entre los órganos que actúan en el procedimiento -acusador, defensa, autoridad dictaminadora- la posibilidad de interponer recursos, y la determinación de la detención preventiva, únicamente a través de un mandamiento escrito, fundado y motivado.

Si dichas garantías procesales señaladas no han tenido vigencia en México, ha sido primordialmente por la falta de interés gubernamental. Así como por las disposiciones legales obsoletas; hay casos de excepción a lo señalado, así nos lo precisa la Dra. *Mireille Roccatti*, destacada estudiosa de estos temas:

Sin embargo, el Estado de México destaca al adoptar una Ley de Prevención Social y Tratamiento de Menores que cambia su arraigado sistema tutelar por el garantista, e incluye cambios importantes al establecer las garantías procesales que los menores deben tener frente a las autoridades y órganos que intervienen en su orientación, protección, asistencia y tratamiento, así como en la determinación de los actos que faciliten su reintegración social²⁸.

²⁸ ROCCATTI, Mireille / LARA, Evangelina. *Justicia Juvenil en el Estado de México y análisis comparativo con los Sistemas de tratamiento de Menores de la República Mexicana*. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México. México, 1996. pag. 46.

La Ley de Prevención Social y Tratamientos de Menores a que se refiere la doctora Roccatti, señala en su artículo 37 los siguientes derechos del menor durante la etapa procesal:

Que se presuma inocente, hasta en tanto no se acredite lo contrario.

Que se dé aviso de su situación a sus padres o tutores en el menor tiempo posible.

Nombrar a un defensor de su confianza o, en su caso, designarle uno de oficio.

La asistencia gratuita de un intérprete, cuando el menor no hable el español.

Ser informado del nombre de su acusador la naturaleza de los hechos que se le atribuyen y a abstenerse a declarar.

Que se le faciliten todos los datos que solicite y que tengan relación con los hechos y se le reciban las pruebas que ofrezca relacionadas con el caso.

Ser careado con las personas que declaren en su contra.

Que se le dicte resolución técnico- jurídica por la que se determine su situación dentro de las veinticuatro horas siguientes al momento en que haya sido puesto a disposición de los Consejos de Menores o de las Preceptorías Juveniles, y a que se le ponga en libertad si dicha resolución no se dicta dentro del término señalado.

Interponer, cuando así lo desee, por conducto de su defensor, sus padres o tutores, los recursos de revisión y apelación.

Dentro de todas las fallas, hay que destacar que México realiza grandes esfuerzos para adecuar su legislación interna en esta materia, al referido instrumento internacional. Es cierto que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su parte dogmática consagra los derechos de todos los mexicanos, incluyendo a los niños; sin embargo, tratándose de garantías procesales de carácter penal, éstas se reconocen únicamente para los mayores de 18 años de edad; excepto en el Estado de México.

En materia federal, se ha considerado que el menor de edad no comete delitos, pues no tiene la capacidad de saber lo que está mal y por lo tanto no es posible aplicarle una pena; empero, tampoco podemos dejarlo en libertad cuando ha demostrado que tiene una tendencia hacia las conductas antisociales.

Nos dice *Tocaven*:

“Es nuestra firme convicción que el menor en el sentido penal no merece castigo y que tanto por sus características biopsicosociales, como por las causas mismas de la antisocialidad, debe, de acuerdo a su edad cronológica, ser sometido a un régimen asistencial o a un jurídico especial”²⁹.

Por lo anterior, lo aplicable al caso es la medida de seguridad, la cual será determinada por el Consejo Tutelar para menores, organismo que, como veremos más adelante, tiene por objeto promover la readaptación de los menores mediante el estudio de la personalidad, medidas correctivas de protección y vigilancia del tratamiento.

Se aplica entonces la “Ley para el tratamiento de menores infractores, para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal”.

Esta Ley fue expedida el 19 de diciembre de 1991 y puesta en vigor el 19 de febrero de 1992; su ejercicio, como lo refiere su artículo 1º, tiene por objeto reglamentar la función del Estado en protección de los derechos de los menores, así como en la adaptación social de aquellos cuya conducta se encuentra tipificada en las leyes penales federales y del Distrito Federal; tendrá aplicación en el Distrito Federal en materia común y en toda la República en materia federal.

Son severas las críticas que muchos autores han proferido respecto a este ordenamiento, sobre todo desde el punto de vista de que el estado, *ha dejado de tutelar a los menores, para someterlos a un proceso penal*. Es el conflicto existente entre las dos corrientes principales en este ámbito; sobre ello nos dice García Ramírez:

“Existe a propósito de la acción del estado sobre los menores infractores. Por un lado hay una corriente tutelar, representada por la ley de 1973, que constituye un

²⁹ TOCAVEN, Roberto. **Menores Infractores**. Ed. Porrúa, México, 1993, pág. 57.

procedimiento especial en organismos distintos de los tribunales represivos ordinarios en los que no cabe la figura y el estrépito de juicio y mediante los cuales se adoptan medidas médicas y pedagógicas. Por otro lado, hay la corriente penalista, representada por la ley de 1991. se abandona el concepto de 'tutela' y se llega a un auténtico enjuiciamiento penal. Debe quedar claro la coincidencia, acorde con la mejor tradición mexicana (...) la tesis de que la disminución de la edad ara el ingreso al mundo del Derecho Penal no resuelve el problema de las infracciones cometidas por los jóvenes”³⁰.

El ordenamiento fija su competencia, para los mayores de 11 años y menores de 18, señalando que los menores de 11 años serán sujetos de asistencia social por parte de las instituciones de los sectores público, social y privado, que se ocupen de esta materia. Subrayando que la competencia del Consejo, será atendiendo la edad que haya tenido el sujeto infractor, en la fecha de la comisión de la infracción que se le atribuye, independientemente de que al ser detenido y puesto a su competencia, haya alcanzado la mayoría de edad.

Las características de este órgano encargado de reorientar el comportamiento del menor deben girar en torno a reeducar al infractor, para que logre con el tratamiento el desarrollo integral de su personalidad. Como menciona *Roberto Tocaven*:

“Los menores de edad necesitan especial protección en razón de su incapacidad, esta situación otorga el órgano jurisdiccional, facultades tutelares especiales para que en la interpretación y aplicación de la norma, prevalezca el interés del menor de edad. A toda actividad de la Institución se le impregna de un significado eminentemente tuitivo, porque el proceso de menores surge como un medio destinado a hacer realidad la protección que dentro del ordenamiento jurídico se reconoce al menor de edad. Entonces, ya no se trata de un tribunal ordinario especial en razón de la materia que tiene competencia para conocer, sino de una jurisdicción especializada en razón del bien jurídico que debe proteger”³¹

³⁰ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *El sistema penal mexicano*. México, 1993, pag. 153-156

³¹ TOCAVEN GARCÍA, Roberto. *Elementos de la criminología infanto-juvenil*. Ed. Porrúa, México, 1991 pag. 148

La mencionada Ley se divide en un título preliminar y seis títulos, que contienen:

Título Primero - "Del Consejo de Menores".

Regula su integración, organización y atribuciones, así como los órganos que lo integran y sus atribuciones, y la Unidad de Defensa de Menores.

Se crea el Consejo de Menores, como órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, el cual contará con autonomía técnica y tendrá a su cargo la aplicación de las disposiciones de la Ley.

El Consejo de Menores detenta las siguientes atribuciones:

Aplicar las disposiciones contenidas en la Ley, con total autonomía.

Desahogar el procedimiento y dictar las resoluciones que contengan las medidas de orientación y protección, que establece la Ley en materia de menores infractores.

Vigilar el cumplimiento de la legalidad en el procedimiento, y respecto a los derechos de los menores sujetos a la Ley.

Los órganos del Consejo de Menores son:

- a) Un Presidente del Consejo.
- b) Una Sala Superior.
- c) Un Secretario General de Acuerdos, de la Sala Superior.
- d) Los Consejeros unitarios que determine el presupuesto.
- e) Un Comité Técnico Interdisciplinario.
- f) Los Secretarios de acuerdo de los Consejos unitarios.
- g) Los Actuarios.
- h) Hasta tres Consejeros supernumerarios.
- i) La Unidad de Defensa de Menores.
- j) Las unidades técnicas y administrativas que se determinen.

a) Presidente del Consejo de Menores.- El titular de dicho cargo habrá de ser Licenciado en Derecho. Tanto el Presidente del Consejo como los Consejeros de la Sala Superior, serán nombrados por el titular del Ejecutivo Federal, a propuesta del Secretario de Gobernación; durarán en su cargo seis años y podrán ser designados por períodos subsiguientes.

Entre las atribuciones del Presidente, figuran especialmente las siguientes:

Representar al Consejo y presidir la Sala Superior.

Recibir y tramitar ante la autoridad competente, las quejas sobre las irregularidades en que incurran los servidores públicos del Consejo.

Proponer a la Sala Superior, los acuerdos que juzgue conducentes para el mejor desempeño de las funciones del Consejo.

Proponer al Secretario de Gobernación, la designación, y en su caso, la remoción por causa justificada, de los miembros y Presidente del Comité Técnico Interdisciplinario y del titular de la Unidad de Defensa de Menores.

Establecer los mecanismos, para el cumplimiento de las atribuciones de la Unidad de Defensa de Menores y vigilar su buen funcionamiento.

b) Sala Superior.- Se integra por:

1.- Tres licenciados en Derecho, uno de los cuales será el Presidente del Consejo, y presidirá la Sala Superior.

2.- El personal técnico y administrativo que se autorice conforme al presupuesto.

Algunas de sus atribuciones son:

Fijar y aplicar las tesis y los precedentes conforme a lo previsto por la Ley.

Conocer y resolver los recursos que se interpongan en contra de las resoluciones inicial y definitiva, según lo dispuesto en la Ley.

Conocer y resolver las excitativas, para que los Consejeros Unitarios emitan las resoluciones que correspondan, de acuerdo con las prevenciones de este ordenamiento legal.

Calificar los impedimentos, excusas y recusaciones respecto de los Consejeros de la propia Sala Superior y de los Consejeros Unitarios y, en su caso, designar al Consejero que deba sustituirlos.

Dictar las medidas necesarias, para el despacho pronto y expedito de los asuntos de su competencia.

d) Secretario General de Acuerdos de la Sala Superior.

Sus funciones son:

Acordar con el Presidente de la Sala Superior los asuntos de su competencia.

Llevar el turno de los asuntos que deba conocer la Sala Superior.

Firmar conjuntamente con el Presidente de la Sala Superior, las actas y resoluciones y dar fe de las mismas.

Documentar las actuaciones y expedir las constancias, que el Presidente de la Sala Superior determine.

Librar licitaciones y notificaciones en los procedimientos que se tramiten ante la Sala Superior.

e) Consejos Técnicos.

Se encargarán de:

Resolver la situación jurídica del menor dentro del plazo de cuarenta y ocho horas, o en su caso, dentro de la ampliación solicitada, la que no podrá exceder de otras cuarenta y ocho horas, y emitir por escrito la resolución inicial que corresponda.

Instruir el procedimiento y emitir la resolución definitiva, en la cual hará el examen exhaustivo del caso, valorará las pruebas y determinará si los hechos son o no constitutivos de la infracción atribuida al menor, y si quedó o no plenamente comprobada, su participación en la comisión de la misma, estipulando las medidas que requieran aplicarse, de conformidad con el dictamen del Comité Técnico Interdisciplinario.

Entregar al menor a sus representante legales o encargados, cuando en la resolución inicial se declare que no ha lugar a proceder, o bien, si se trata de infracciones imprudenciales, que correspondan a ilícitos que en las leyes penales admitan la libertad provisional bajo caución. En éstos dos últimos casos, se continuará el procedimiento en todas sus etapas, quedando obligados los representantes legales o encargados, a presentar al menor, en los términos que lo señale el Consejero Unitario, cuando para ello sean requeridos, así como a otorgar las garantías que al efecto se ordenen.

Recibir y turnar a la Sala Superior, los recursos que se interpongan en otra de las resoluciones que emitan los mismos Consejeros Unitarios.

Conciliar a las partes, sobre el pago de la reparación del daño.

f) Comité Técnico Interdisciplinario.

Se integra con los siguientes miembros:

- 1.- Un médico
- 2.- Un pedagogo
- 3.- Un licenciado en Trabajo Social.
- 4.-Un psicólogo.
- 5.- Un criminólogo, preferentemente licenciado en Derecho. Asimismo, contará con el personal técnico y administrativo que se requiera.

Este consejo interdisciplinario resulta elemental, pues como nos señala *Tocaven García*. "la especialización de derecho de menores está exigiendo una mayor preparación en el conocimiento de las ciencias del hombre para analizar cada problema con la comprensión más cabal, que sólo se consigue a través de otras disciplinas y que es decisivo

cuando se tiene la trascendental responsabilidad de legislar o juzgar materias referidas a los menores de edad”³².

Las funciones del consejo interdisciplinario son:

Solicitar al área técnica el diagnóstico biopsicosocial del menor, y formular el dictamen técnico que corresponda, respecto de las medidas de orientación, de protección y de tratamiento, conducentes a la adaptación social del menor.

Conocer el desarrollo y el resultado de las medidas de orientación, de protección y de tratamiento, y emitir el dictamen técnico correspondiente, para efectos de evaluación prevista en este ordenamiento.

g) Secretarios de Acuerdos de los Consejeros Unitarios.

Entre sus atribuciones, figuran las siguientes:

Acordar con el Consejo Unitario los asuntos de su competencia.

Documentar las actas, diligencias, acuerdos y toda clase de resoluciones que se expidan, o dicten por el Consejero.

Integrar, tramitar y remitir las actuaciones a las autoridades correspondientes, en los casos de incompetencia.

Requerir a las autoridades las actuaciones y elementos necesarios, para la integración de los expedientes que se instruyan.

Remitir al Comité Técnico Interdisciplinario, el expediente instruido al menor para los efectos legales conducentes.

h) Actuarios.

Les competen las siguientes facultades:

³² TOCAVEN GARCÍA, Roberto. *Elementos de la criminología infanto-juvenil*. Ed. Porrúa, México, 1991 pag. 148

Notificar los acuerdos y resoluciones en la forma y términos establecidos en la Ley
Practicar las diligencias que les encomienden los Consejeros
Suplir en sus faltas temporales a los Secretarios de Acuerdos, previa determinación del Consejero Unitario.

i) Consejeros Supernumerarios.

Asumen las siguientes funciones, que incumben a su cargo:

Suplir las ausencias de los Consejeros Numerarios.

Realizar las comisiones que les asigne el Presidente del Consejo.

j) Unidad de Defensa de Menores.

Es técnicamente autónoma y tiene por objeto el ámbito de la prevención general y especial, la defensa de los intereses legítimos y de los derechos de los menores, ante el Consejo, o cualquier otra autoridad administrativa o judicial en materia federal, y en el Distrito Federal en materia común.

El titular de la Unidad será designado por el Presidente del Consejo de Menores.

La Unidad de Defensa de Menores estará a cargo de un titular y contará con el número de defensores, así como con el personal técnico y administrativo que determine el presupuesto; sus funciones estarán establecidas en el Manual que al efecto se expida, conforme a lo siguiente:

La defensa general tiene como objetivo, defender y asistir a los menores, en los casos de violación de sus derechos en el ámbito de la prevención general.

La defensa procesal tiene como finalidad, la asistencia y defensa de los menores, en cada una de las etapas procesales.

La defensa de los derechos de los menores en las fases del tratamiento y de seguimiento, tiene por objeto 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.

Título Segundo.- “De la Unidad encargada de la Prevención y tratamiento de Menores”.

Su objeto es llevar a cabo las funciones de prevención general y especial, así como las conducentes a alcanzar la adaptación social de los menores infractores.

Para efectos de esta Ley, se entiende por prevención general el conjunto de actividades dirigidas a evitar la realización de conductas constitutivas de infracciones a las leyes penales. y por prevención especial, el tratamiento individualizado que se proporciona a los menores que han infringido dichas disposiciones, para impedir su reiteración.

Título Tercero.- “Del Procedimiento”.

Durante el procedimiento, dice la Ley, todo menor será tratado con humanidad y respeto, conforme a las necesidades inherentes a su edad y a sus condiciones personales; enlista una serie de garantías mínimas que gozará durante el procedimiento:

Mientras no se compruebe plenamente su participación en la comisión de la infracción que se le atribuya, gozará de la presunción de ser ajeno a los hechos constitutivos de la misma.

Tendrá derecho a designar a sus expensas, por sí o por sus representantes legales o encargados, a un licenciado en Derecho de su confianza, en el legal ejercicio de su

profesión, para que lo asista jurídicamente durante el procedimiento, así como en la aplicación de las medidas de orientación, de protección o de tratamiento en externación y en internación

Una vez que quede a disposición del Consejo, y dentro de las veinticuatro horas siguientes, se le hará saber en forma clara y sencilla, en presencia de su defensor, el nombre de la persona o personas que hayan declarado en su contra, y la naturaleza y causa de la infracción que se le atribuya, así como su derecho a no declarar, rindiendo en este acto, en su caso, su declaración inicial.

Se recibirán los testimonios y demás pruebas que ofrezca y que tengan relación con el caso, auxiliándose para obtener la comparecencia de los testigos y recabar todos aquellos elementos de convicción que se estimen esenciales, para el cabal esclarecimiento de los hechos.

La resolución inicial, por la que se determinará su situación jurídica respecto de los hechos con que se le relacione, deberá dictarse dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al momento en que el menor haya sido puesto a disposición del Consejo, sin perjuicio de que este plazo se amplíe por cuarenta y ocho horas más, únicamente si así lo solicitare el menor o los encargados de su defensa. En esta última circunstancia, la ampliación del plazo, se hará de inmediato del conocimiento del funcionario que tenga a su disposición al menor, para los efectos de su custodia.

El procedimiento (como lo señala el artículo 7º de esta ley) comprende las siguientes etapas:

Integración de la investigación de infracciones.

Resolución inicial.

Instrucción y diagnóstico.

Dictamen Técnico.

Resolución definitiva.

Aplicación de las medidas de orientación, protección y tratamiento.

Evaluación de la aplicación de las medidas de orientación, protección y tratamiento.

Conclusión de tratamiento.

Seguimiento técnico ulterior.

1.- Integración de la investigación de infracciones

El capítulo II del Título Tercero de la Ley en referencia, menciona en los artículos 46 al 48, las características de esta etapa.

Cuando en una averiguación previa seguida ante el Ministerio Público, se atribuya a un menor la comisión de una infracción que corresponda a un ilícito tipificado por las leyes penales a que se refiere el artículo 1º. de la Ley en comento, dicho representante social lo pondrá de inmediato, en las instalaciones de la unidad administrativa encargada de la prevención y tratamiento de menores, a disposición del Comisionado en turno, para que éste practique las diligencias, para comprobar la participación del menor en la comisión de la infracción.

Cuando se trate de conductas no intencionales o culposas, el Ministerio Público o el Comisionado entregarán de inmediato al menor a sus representantes legales o encargados, fijando en el mismo acto la garantía correspondiente, para el pago de la reparación de los daños y perjuicios ocasionados. Los representantes legales o encargados, quedarán obligados a presentar al menor ante el Comisionado cuando para ello sean requeridos.

Igual acuerdo se adoptará, cuando la infracción corresponda a una conducta tipificada por las leyes penales citadas en el artículo 1º. de esta Ley, que no merezcan pena privativa de libertad o que permitan sanción alternativa.

Si el menor no hubiere sido presentado, el agente del Ministerio Público que tome conocimiento de los hechos, remitirá todas las actuaciones practicadas al Comisionado en turno

El Comisionado, dentro de las veinticuatro horas siguientes a aquellas en que tome conocimiento de las infracciones atribuidas a los menores, turnará las actuaciones al Consejero Unitario, para que resuelva dentro del plazo de la ley, lo que conforme a derecho proceda.

El Consejero Unitario al recibir las actuaciones por parte del Comisionado, en relación a hechos constitutivos de infracciones, que correspondan a un ilícito tipificado por las leyes penales a que se refiere el artículo 1º de la ley referida, radicará de inmediato el asunto y abrirá el expediente del caso.

El Consejero Unitario recabará y practicará sin demora, todas las diligencias que sean pertinentes para el esclarecimiento de los hechos.

Cuando el menor no haya sido presentado ante el Consejo Unitario, éste solicitará a las autoridades administrativas competentes, su localización, comparecencia o presentación, en términos de Ley.

La resolución inicial, que se dictará dentro del plazo previsto en esta Ley, deberá reunir los siguientes requisitos:

Lugar, fecha y hora en que se emita.

Los elementos que, en su caso, integren la infracción que corresponda al ilícito tipificado en las leyes penales.

Los elementos que determinen o no, la presente participación del menor en la comisión de la infracción.

El tiempo, lugar y circunstancia de los hechos.

Los fundamentos legales, así como las razones y las causas por las cuales se considere, que quedó o no acreditada la infracción o infracciones, y la probable participación del menor en su comisión.

La sujeción del menor al procedimiento y la práctica del diagnóstico correspondiente, o en su caso, la declaración de que no hay lugar a la sujeción del mismo al procedimiento, con las reservas de la ley.

Las determinaciones de carácter administrativo que procedan.

El nombre y la firma del Consejero Unitario que la emita y del Secretario de Acuerdos, quien dará fe.

Emitida la resolución inicial de sujeción del menor al procedimiento, quedará abierta la instrucción, dentro de la cual se practicará el diagnóstico y se manifestará el dictamen técnico correspondiente. Dicha etapa tendrá una duración máxima de quince días hábiles, contados a partir del día siguiente al que se haya hecho la notificación de dicha resolución.

El defensor del menor y el Comisionado, contarán hasta con cinco días hábiles, a partir de la fecha en que surta efectos la notificación de la resolución inicial, para ofrecer por escrito las pruebas correspondientes.

Asimismo, dentro del plazo antes señalado, el Consejero Unitario podrá recabar, de oficio, las pruebas y acordar la práctica de las diligencias que considere pertinentes, para el esclarecimiento de los hechos.

La audiencia de pruebas y alegatos, tendrá verificativo dentro de los diez días hábiles, contados a partir de la fecha en que haya concluido el plazo para el ofrecimiento de pruebas. La audiencia se desarrollará sin interrupción en un sólo día, salvo cuando sea imprescindible suspenderla para concluir el desahogo de las pruebas, o por otras causas que lo ameriten, a juicio del instructor. En este caso, se citará para continuarla, al siguiente día hábil.

Una vez desahogadas todas las pruebas, formulados los alegatos y recibido el dictamen técnico, quedará cerrada la instrucción.

Los alegatos deberán formularse por escrito y sin perjuicio de ello, se concederá a cada parte, por una sola vez, media hora para exponerlos oralmente.

La resolución definitiva, deberá emitirse dentro de los cinco días hábiles siguientes y notificarse de inmediato al menor, a sus legítimos representantes o a sus encargados, al defensor del menor y al Comisionado.

En el procedimiento ante los órganos del Consejo, son admisibles todos los medios de prueba, salvo los prohibidos por el Código Federal de Procedimientos Penales; por lo que para conocer la verdad sobre los hechos, podrán aquellos valerse de cualquier elemento o documento que tenga relación con los mismos.

Los órganos del Consejo podrán decretar hasta antes de dictar resolución definitiva, la práctica o ampliación de cualquier diligencia probatoria, siempre que sea conducente para el conocimiento de la verdad sobre la existencia de la infracción, y la plena participación del menor en su comisión. En la práctica de estas diligencias, el órgano del conocimiento actuará como estime procedente para obtener el mejor resultado de ellas, sin lesionar los derechos fundamentales del menor y los intereses legítimos de la sociedad, otorgándole participación tanto al defensor del menor, como al Comisionado.

La valoración de las pruebas se hará de acuerdo con las siguientes reglas:

En la fase inicial del procedimiento, harán prueba plena las actuaciones practicadas por el Ministerio Público y por el Comisionado, por lo que se refiere a la comprobación de los elementos de la infracción. La aceptación del menor de los hechos que se le atribuyan, por sí sola, así como cuando se reciba sin la presencia del defensor del menor, no producirá efecto legal alguno.

Las actuaciones y diligencias practicadas por los órganos del Consejo, harán prueba plena.

Los documentos públicos tendrán valor probatorio pleno, en lo que atañe a los hechos afirmados por el funcionario público que los emita.

El valor de las pruebas pericial y testimonial, así como los demás elementos de convicción, queda a la prudente apreciación del Consejero o Consejeros del conocimiento.

En la valoración de las pruebas se aplicarán las reglas de la lógica jurídica y las máximas de la experiencia, por lo que el órgano del conocimiento, deberá en su resolución, exponer cuidadosamente los motivos y los fundamentos de la valoración realizada.

2.- *Resolución inicial.*

Este aspecto es atribución del Consejero Unitario, quien en un plazo de cuarenta y ocho horas o, en su caso, dentro de la ampliación solicitada, la que no podrá exceder de otras cuarenta y ocho horas deberá manifestar por escrito la resolución correspondiente.

De acuerdo al artículo 50 de la Ley en su fracción IV, las modalidades de la resolución son:

La sujeción del menor al procedimiento y la práctica del diagnóstico correspondiente.

La declaración de que no hay lugar a la sujeción al procedimiento, con las reservas de la ley.

Emitida la resolución inicial de la sujeción del menor al procedimiento, quedara abierta la instrucción, dentro de la cual se practicará el diagnóstico y se formulará el dictamen técnico correspondiente. Esta etapa tendrá una duración máxima de quince días hábiles, a partir del día siguiente al que se haya hecho la notificación de dicha resolución.

En el caso que el fallo inicial declare que no hay lugar a la sujeción al procedimiento, el Consejero Unitario entregará al menor a sus representantes legales o encargados.

Cuando se trate de infracciones imprudenciales o que correspondan a los ilícitos que en las leyes penales admitan libertad provisional bajo caución, se continuará el procedimiento en todas sus etapas, quedando obligados los representantes legales o encargados, a presentar al menor en los términos que lo ordene el Consejero Unitario, así como a otorgar las garantías que al efecto se señalen.

3.- *Instrucción y diagnóstico.*

Como ya se ha manifestado, con la resolución de sujeción del menor al procedimiento, queda abierta la instrucción del proceso, sometiéndose al menor a un diagnóstico.

Para efectos de la explicación de esta etapa, se entiende por diagnóstico el resultado de las investigaciones técnicas interdisciplinarias, que permitan conocer la estructura biopsicosocial del menor.

El diagnóstico tiene por objeto, conocer la etiología de la conducta infractora y dictaminar, con fundamento en el resultado de los estudios e investigaciones

interdisciplinarias que lleven al conocimiento de la estructura biopsicosocial del menor, cuales deberán ser las medidas conducentes a la adaptación social del susodicho menor.

Los encargados de efectuar los estudios interdisciplinarios para emitir el diagnóstico, serán los profesionales adscritos a la unidad administrativa encargada de la prevención y tratamiento de menores. Para tal efecto, se practicarán los estudios médicos, psicológico, pedagógico y social, sin perjuicio de los demás que, en su caso, se requieran.

En aquellas circunstancias en que los estudios de diagnóstico se practiquen estando el menor bajo la guarda o custodia de sus legítimos representantes o sus encargados, éstos en coordinación con el defensor, tendrán la obligación de presentarlo en el lugar, día y hora que se les fijen, por la unidad administrativa encargada de la prevención y tratamiento de menores.

Los estudios y su importancia son los siguientes:

a) La investigación social, encargada de estudiar y aportar datos sobre las características sociológicas que rodean al menor y a los hechos que lo condujeron a la irregularidad de conducta.

b) El estudio médico que proporciona la evaluación de la realidad física del menor, así como la atención oportuna y eficaz de cualquier anomalía; su importancia no solamente estriba en dictaminar las causas somato-físicas de la conducta infractora, sino en proporcionar un acercamiento a la realidad del potencial físico, tanto para explicar su conducta como para planear su rehabilitación.

c) La valoración psicológica, encargada de aportar el análisis psicológico, psiquiátrico y neurológico de cada menor infractor, a fin de proporcionar a los Consejeros, una visión de la estructura de la personalidad, su desenvolvimiento conductal, el nivel intelectual, así como de descartar y delimitar en su caso, la existencia de lesiones neurológicas que influyan o propicien la distorsión de la conducta del menor.

d) El análisis pedagógico que precisa las características educativas del sujeto estudiado, no sólo en su nivel de conocimientos actuales, sino en el de sus aptitudes, intereses, limitaciones y carencias, así como en inclinaciones vocacionales, que son base firme para la dirección readaptativa o rehabilitadora, que el Consejero Unitario imprima en su resolución.

4.- *Dictamen técnico.*

Este instrumento en su emisión es una de las atribuciones del Comité Técnico Interdisciplinario, basado en el diagnóstico biopsicosocial del menor, proporcionado por el área técnica de la institución.

El dictamen técnico deberá reunir los siguientes requisitos, como lo establece la Ley en referencia, en su artículo 60:

- a) Lugar, fecha y hora en que se emita.
- b) Una relación sucinta de los estudios biopsicosociales que se le hayan practicado al menor.
- c) Las consideraciones mínimas que han de estimarse, para individualizar la aplicación de las medidas que procedan, según el grado de desadaptación social del menor, y que son las que a continuación se señalan:

La naturaleza y gravedad de los hechos que se atribuyan a el menor, así como las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión de comisión de los mismos.

Nombre, edad, grado de escolaridad, estado civil, religión, costumbres, nivel socioeconómico y cultural y la conducta precedente del menor.

Los motivos que impulsaron su conducta y las condiciones especiales en que se encontraba en el momento de la realización de los hechos.

Los vínculos de parentesco, de amistad o nacidos de otras relaciones sociales, con las personas presuntamente ofendidas, así como las características personales de las mismas

d) Los puntos conclusivos, en los cuales se determinará la aplicación de las medidas de protección, de orientación y tratamiento, así como la duración mínima de tratamiento interno, conforme a lo previsto en la Ley en comento.

e) El nombre y la firma de los integrantes del Comité Técnico Interdisciplinario.

5.- *Resolución definitiva*

Este acto, una vez desahogadas todas las pruebas, formulados alegatos y recibido el dictamen técnico, cierra la instrucción, y como parte de las atribuciones del Consejero Unitario se emite o debe emitirse dentro de los 5 días hábiles siguientes, y notificarse de inmediato al legítimo representante o encargado del menor, a su defensor y al Comisionado.

La resolución definitiva deberá reunir los siguientes requisitos:

- a) Lugar, fecha y hora en que se emita.
- b) Datos personales del menor.
- c) Una relación concisa de los hechos que hayan originado el procedimiento, y de las pruebas y alegatos.
- d) Los considerandos, los motivos y fundamentos legales que la sustenten.

e) Los puntos resolutive, en los cuales se determinará si quedó o no acreditada la existencia de la infracción y la plena participación del menor en su comisión, en cuyo caso se individualizará la aplicación de las medidas conducentes a la adaptación social del menor, tomando en consideración el dictamen técnico emitido al efecto. Cuando se declare que no quedó comprobada la infracción o la plena participación del menor, se ordenará que sea entregado a sus representantes legales o encargados, y a falta de ellos, a una institución de asistencia de menores, preferentemente del Estado.

f) El nombre y la firma del Consejero que la emita y los del Secretario de Acuerdos, quien dará fe.

A esta altura del procedimiento cabe relatar, que como se señala y explica en el capítulo III de este Título, artículos 63 al 72 de la Ley en referencia, que contra las resoluciones inicial, definitiva y la que modifique o dé por terminado el tratamiento interno, procederá el recurso de apelación. Las resoluciones que se dicten al evaluar el desarrollo del tratamiento, no serán recurribles. Las que ordenen la terminación del tratamiento interno o lo modifiquen, serán recurribles a instancia del Comisionado o del Defensor. Este recurso será improcedente, cuando quienes estén facultados para hacerlo valer, se hubieren conformedo expresamente con la resolución, o no hubieren interpuesto dentro de los plazos previstos por esta Ley, o cuando ocurriere el desistimiento ulterior, tampoco procederán los recursos planteados por personas que no estén expresamente facultadas para ello; las personas que tienen derecho a interponer el recurso de apelación son: el defensor del menor, los legítimos representantes o los encargados de éste y el Comisionado; en el acto de interponer los recursos, dichas personas expresarán por escrito los agravios correspondientes.

El recurso de apelación se resolverá, debiendo interponerse dentro de los tres días posteriores al momento en que surta efectos la notificación de la resolución impugnada. Este recurso se determinará dentro de los tres días siguientes a su admisión, si se tratara de

resolución inicial, y dentro de los cinco días siguientes a dicha admisión, si se trata de la resolución definitiva, o de aquélla que modifica o da por terminado el tratamiento interno.

Título Cuarto.- “De la Reparación del Daño”.

La reparación del daño derivado de la comisión de una infracción, puede solicitarse por el afectado o sus representantes legales, ante el Consejo Unitario.

Los Consejeros Unitarios, una vez que él o las personas debidamente legitimadas, soliciten el pago de los daños causados, correrán traslado de la solicitud respectiva del defensor del menor y citarán a las partes para la celebración de una audiencia de conciliación, que se llevará a cabo dentro de los cinco días siguientes, en la cual se procurará el avenimiento de las mismas, proponiéndoles las alternativas que estimen pertinentes, para solucionar esta cuestión incidental.

Si las partes llegaran a un convenio, se aprobará de plano, tendrá validez y surtirá efectos de título ejecutivo, para el caso de incumplimiento.

Si las partes no se pusieren de acuerdo, o si habiéndolo hecho no cumplieren con el convenio resultado de la conciliación, se dejarán a salvo los derechos del afectado, para que los haga valer ante los tribunales civiles en la vía y términos que a sus intereses convenga.

Título Quinto.- “Del diagnóstico y de las medidas de orientación, de protección y de tratamiento externo e interno”.

Continúa la descripción del procedimiento a partir de la sexta etapa, según fue dividido en el Título Tercero.

6.- *Aplicación de las medidas de orientación, protección y tratamiento.*

Corresponde a la Unidad de Prevención y Tratamiento de Menores, la aplicación de las medidas de orientación, protección y tratamiento, señaladas en las resoluciones inicial y definitiva.

Como se estatuye en el artículo 88 de la Ley, el Consejo, a través de los órganos competentes, deberá determinar en cada caso, las medidas de orientación, de protección y de tratamiento externo e interno previstas en esta Ley, que fuesen necesarias para encauzar dentro de la normatividad la conducta del menor y lograr su adaptación social.

Los Consejeros Unitarios ordenarán la aplicación conjunta o separada de las medidas de orientación, de protección y de tratamiento externo e interno, tomando en consideración la gravedad de la infracción y las circunstancias personales del menor, con base en el dictamen técnico respectivo.

Se podrá autorizar la salida del menor de los centros de diagnóstico de tratamiento en internación, únicamente para atención médica hospitalaria, que conforme al dictamen médico oficial respectivo, deba suministrarse, o bien, para la práctica de estudios ordenados por la autoridad competente, así como cuando lo requieran las autoridades judiciales. En este caso el traslado del menor se llevará a cabo, tomando todas las medidas de seguridad que se estimen pertinentes, y que no sean ofensivas ni vejatorias.

Menciona al respecto *Tocaven*:

“Los datos del diagnóstico y el dictamen técnico deben ser base fundamental para la aplicación del tratamiento correccional o readaptatorio.

Coincidimos con *Gibbons* en definir a la terapia correccional *como una serie de tácticas o procedimientos concretos, que se aplican con el propósito deliberado de modificar los factores que se piensa, son el origen de la mala conducta del infractor y que tienen por objeto inducir un cambio en algunos o en todos los factores, a los que se atribuye la conducta indeseable del individuo*³³.

³³ TOCAVEN, Roberto. **Menores Infractores**. Ed. Porrúa, México, 1993, pág. 58.

A) *Medidas de orientación*

Son medidas de orientación las siguientes:

- I.- La amonestación.
- II.- El apercibimiento.
- III.- La terapia ocupacional
- IV.- La formación ética, educativa y cultural.
- V.- La recreación y el deporte.

La amonestación consiste en la advertencia que los Consejeros competentes, dirigen al menor infractor, haciéndole ver las consecuencias de la infracción que cometió, e induciéndolo a la enmienda.

El apercibimiento estriba en la conminación que hacen los Consejeros competentes al menor, cuando ha cometido una infracción, para que cambie de conducta, toda vez que se teme perpetre una nueva infracción, advirtiéndole que en tal caso, su conducta será considerada reiterativa, y le será aplicada una medida más rigurosa.

La terapia ocupacional es una medida de orientación que consiste en la realización, por parte del menor, de determinadas actividades en beneficio de la sociedad, las cuales tienen fines educativos y de adaptación social.

La aplicación de dicha medida se efectuará cumpliendo con los principios tutelares del trabajo de los menores, y durará el tiempo que los Consejeros competentes consideren pertinente, dentro de los límites establecidos en esta misma Ley.

La formación ética, educativa y cultural estriba en brindar al menor, con la colaboración de su familia, la información permanente y continua, en lo referente a los problemas de conducta de menores, en relación con los valores de las normas morales,

sociales y legales, sobre adolescencia, farmacodependencia, familia, sexo y uso del tiempo libre en actividades culturales.

La recreación y el deporte tienen como finalidad inducir al menor infractor, a que participe y realice las actividades antes señaladas, coadyuvando a su desarrollo integral.

B) Medidas de protección

Son medidas de protección las siguientes:

- I.- El arraigo familiar.
- II.- El traslado al lugar donde se encuentra el domicilio familiar.
- III.- La inducción para asistir a instituciones especializadas.
- IV.- La prohibición de asistir a determinados lugares y de conducir vehículos.
- V.- La aplicación de los instrumentos, objeto y productos de la infracción, en los términos que determine la legislación penal, para los casos de comisión de delitos.

El arraigo familiar consiste en la entrega del menor que hacen los órganos de decisión del Consejo, a sus representantes legales o a sus encargados, responsabilizándolos de su protección, orientación y cuidado, así como de su presentación periódica en los centros de tratamiento que se determinen, con la prohibición de abandonar el lugar de su residencia, sin la previa autorización del Consejo.

El traslado al lugar donde se encuentre el domicilio familiar, consiste en la reintegración del menor a su hogar o a aquél en que haya recibido asistencia personal en forma permanente, por lo que se refiere a sus necesidades esenciales, culturales y sociales, siempre que ello no haya influido en su conducta infractora.

Dicha medida de protección se llevará a cabo, con la supervisión de la Unidad Administrativa encargada de la prevención y tratamiento de menores.

La inducción para asistir a instituciones especializadas de carácter público y gratuito, que el Consejo determine, consistirá en que el menor, con el apoyo de su familia, reciba de ellas la atención que requiera, de acuerdo con la problemática que presente.

Si el menor, sus padres, tutores o encargados lo solicitaren, la atención de éste podrá practicarse por las instituciones privadas, a juicio del Consejo que corresponda. El costo, si lo hubiese, correrá por cuenta del solicitante.

La prohibición de asistir a determinados lugares, es la obligación que se impone al menor, de abstenerse de concurrir a sitios que se consideren impropios para su adecuado desarrollo biopsicosocial.

La prohibición de conducir vehículos automotores, es el mandato por el que se impone al menor la obligación de abstenerse de la conducción de los mismos.

Esta medida concederá el tiempo que se estime prudente, siempre dentro de los límites previstos por el ordenamiento legal.

Para este efecto, el Consejero respectivo hará del conocimiento de las autoridades competentes, esta prohibición, para que nieguen, cancelen o suspendan el permiso de conducir, mientras no se levante la medida indicada.

En caso de incumplimiento a lo preceptuado en este capítulo, se impondrán a los responsables de la custodia del menor, sanciones administrativas que consistirán en multa de cinco a treinta días de salario mínimo vigente en el Distrito Federal, al momento de su aplicación, las que podrán duplicarse en caso de reincidencia.

Cuando el menor, sus representantes legales o encargados, quebranten en más de dos ocasiones la medida impuesta en este capítulo, el Consejero que la haya ordenado, podrá sustituir dicha medida por la de tratamiento en externación.

(c) *Medidas de tratamiento externo e interno*

Se entiende por tratamiento, la aplicación de sistemas o métodos especializados, con aportación de las diversas ciencias, técnicas y disciplinas pertinentes, a partir del diagnóstico de personalidad, para lograr la adaptación social del menor.

El tratamiento deberá ser integral, secuencial, interdisciplinario y dirigido al menor con el apoyo de su familia, y tendrá por objeto:

I.- Lograr su autoestima a través de sus potencialidades y autodisciplina necesarias, para propiciar en el futuro el equilibrio entre sus condiciones de vida individual, familiar y colectiva.

II.- Modificar los factores negativos de su estructura biopsicosocial para favorecer un desarrollo armónico, útil y sano.

III.- Promover y patrocinar la estructuración de valores y la formación de hábitos, que contribuyan al apropiado desarrollo de su personalidad.

IV.- Reforzar el reconocimiento y respeto a las normas morales, sociales y legales, y de los valores que tutelan; así como llevarlo al conocimiento de los posibles daños y perjuicios, que pueda producirle su inobservancia, y

V.- Fomentar los sentimientos de solidaridad familiar, social, nacional y humana.

El tratamiento será integral, porque incidirá en todos los aspectos que conforman el desarrollo biopsicosocial del menor; secuencial, porque llevará una evolución ordenada en función de sus potencialidades: interdisciplinario, por la participación de técnicos de diversas disciplinas en los programas de tratamiento, y dirigido al menor con el apoyo de su familia, porque el tratamiento se adecuará a las características propias de cada menor y de su familia.

El tratamiento se aplicará de acuerdo a las siguientes modalidades.

I.- En el medio social familiar del menor o en hogares sustitutos, cuando se aplique el tratamiento externo, o

II - En los centros que para tal efecto ordene el Consejo de Menores, cuando se apliquen las medidas de tratamiento interno.

El tratamiento del menor en el medio sociofamiliar o en hogares sustitutos, se limitará a la aplicación de las medidas ordenadas en la resolución definitiva, que deberán consistir en la atención integral a corto, mediano o largo plazo.

El tratamiento en hogares sustitutos, consistirá en proporcionar al menor el modelo de vida familiar que le brinde las condiciones mínimas indispensables, para favorecer el desarrollo integral.

Cuando se decrete la imposición de las medidas de tratamiento externo, el menor será entregado a sus padres, tutores, encargados o jefes de familia del hogar sustituto.

Este tratamiento de *libertad vigilada*, debe evitar, como menciona Tocaven, "no permite desigualdad entre el menor abandonado moral o materialmente, el de conducta antisocial o el infractor. Interesa exclusivamente su personalidad y su medio familiar y social, sin diferencia por razón del hecho cometido; tienen una naturaleza educativa y no represiva, pretende educar y consecuentemente socializar, jamás sancionar.

La libertad vigilada como instancia del derecho de menores admite una conceptualización jurídica desde el punto de vista de los sustantivo, procesal y ejecutivo³⁴.

³⁴ TOCAVEN GARCÍA, Roberto. *Elementos de la criminología infanto-juvenil*. Ed. Porrúa, México, 1991 pag. 155

Los centros de tratamiento brindarán a los menores internos, orientación técnica y actividades educativas, laborales, pedagógicas, formativas, culturales, terapéuticas y asistenciales, así como la seguridad y protección propias de un positivo ambiente familiar.

Además de la atención del personal adecuado, resulta imprescindible en estos casos la existencia de instalaciones adecuadas para el tratamiento del menor, pues como nos dice *Roberto Tocaven*:

“La mejor ley -la más humanitaria y científica, que contemple el universo biológico, psicológico y cultural del niño y del adolescente- se estrella, neutraliza y desvanece cuando tiene que ser aplicada en construcciones e instalaciones inadecuadas, obsoletas (...)

Mientras no existan instalaciones adecuadas: centros de observación, casas de medio camino, escuelas de días, instituciones de tratamiento ajenas al ámbito adulto, con todos los servicios, atenciones y mantenimiento que reclama nuestra materia, vanos serán los esfuerzos que se consagren dentro de las leyes que amparan a la juventud y la infancia”³⁵.

Los sistemas de tratamiento serán acordes a las características de los menores internos, atendiendo a su sexo, edad, grado de desadaptación social, naturaleza y gravedad de la infracción.

Continúa diciendo *Tocaven*:

“Ahora bien, si tenemos un principio de legalidad adecuado -ajeno completamente al Derecho Penal- instalaciones apropiadas que se mantienen vivas constantemente; personal perfectamente seleccionado y capacitado, deberemos dar como siguiente paso, un sistema de trato y tratamiento que realmente ayude a estructurar la personalidad desviada o francamente antisocial del menor, sistema que provea la contemplación integral del momento cronológico del niño y del joven desde los terrenos biológicos, psicológico, social

³⁵ TOCAVEN GARCÍA, Roberto. *Elementos de la criminología infanto-juvenil*. Ed. Porrúa, México, 1991 pag. 149

y cultural que contengan diversas fases que atiendan desde la recepción, perfectamente estructurada, hasta la reinserción social plena, pasando por la observación la clasificación por grupos, o toma de alternativas, según se recomiende por un organismo interdisciplinario.³⁶

La unidad administrativa encargada de la prevención y tratamiento de menores, contará con los centros de tratamiento interno que sean necesarios, para lograr la adecuada calificación y tratamiento diferenciado de menores.

La unidad administrativa encargada de la prevención y tratamiento de menores, deberá contar con establecimientos especiales para la aplicación de un tratamiento intensivo y prolongado, respecto a los jóvenes que revelen alta inadaptación y pronóstico negativo.

Los casos principales se dan por infantes que han sido abandonados por sus familias, sobre quienes nos dice *Roberto Tocaven*:

“Es muy frecuente que los abandonados morales desarrollen una personalidad neurótica y sobre todo una marcada inestabilidad de carácter. Recordemos que como características típicas de estos niños tenemos su comportamiento extravagante y agresivo, su gran impulsividad y tendencia a la crueldad, la fuga y el robo y así mismo, una gran dificultad para establecer contactos afectivos a la vez que una gran sed de afecto, junto con una falta de reacciones emocionales adecuadas, una carencia de sentimientos de culpa”.³⁷

Asimismo, tenemos el caso de aquellos menores que durante su desarrollo han sufrido una alteración en la estructuración de sus estados emocionales, típicos durante la adolescencia. Conviene citar nuevamente a *Roberto Tocaven*:

³⁶ TOCAVEN GARCÍA, Roberto. *Elementos de la criminología infanto-juvenil*. Ed. Porrúa, México, 1991 pag. 150

³⁷ TOCAVEN GARCÍA, Roberto. *Elementos de la criminología infanto-juvenil*. Ed. Porrúa, México, 1991 pag. 159

“Esta situación anómala no corresponde a un estado fijo y definido como en el caso de los enfermos mentales, sino que aparece en el proceso evolutivo del desarrollo del individuo como una fase pasajera en su camino vital

Las características psicológicas del inadaptado se manifiestan con claridad y nitidez en su actuación social, éstas presentan una serie de peculiaridades entre las que destaca un desbordamiento de la agresividad que abarca desde la travesura jocosa e inocente hasta el homicidio, desde la grosería incómoda hasta el vandalismo, pasando por todas las formas y fases evolutivas de la agresividad por las que ha pasado la humanidad en su evolución histórica.”³⁸

Las características fundamentales a considerar en estos casos de jóvenes altamente inadaptados, serán:

I.- Gravedad de la infracción cometida.

II.- Alta agresividad.

III.- Elevada posibilidad de reincidencia.

IV.- Atenciones importantes del comportamiento previo a la comisión de la conducta infractora.

V.- Falta de apoyo familiar.

VI.- Ambiente social criminógeno.

Para identificar a este tipo de menores infractores, no hay consenso respecto a la utilización de un sólo criterio, pues son muchas las circunstancias que llegan a determinar la antisocialidad del menor.

³⁸ TOCAVEN GARCÍA, Roberto. *Elementos de la criminología infanto-juvenil*. Ed. Porrúa, México, 1991 pag. 161

Sirve de complemento lo reseñado por *Ignacio Carrillo Prieto*:

“ Para el análisis del fenómeno de la infracción de menores se propone también la categoría de *comportamiento desviado* que permite criminológicamente distinguir entre el individuo que comete un acto desviado y el individuo en desviación permanente. La desviación depende tanto de la realización de un cierto comportamiento como de la existencia de una norma y por lo mismo la desviación puede ser creada o anulada por el cambio de normas. El paso de *individuo que realiza una conducta desviada* a *individuo etiquetado como desviado o delincuente*, depende de las características del acto que ha infringido las normas y de las características del individuo que ha realizado el acto. En relación con el acto hay menor reacción social por ausencia de la víctima, acuerdo entre la víctima y el ofensor, desconocimiento público del acto, escasa indignación de la comunidad. En relación con el individuo infractor se sabe que algunas variables como la edad, el sexo, la raza, el estado económico y el estatus social pueden influir sobre la posibilidad de que una persona se convierta en un elemento conocido por la policía y los tribunales. “³⁹

El tratamiento externo no podrá exceder de un año y el tratamiento interno de cinco años.

7.- *Evaluación de la aplicación de las medidas de orientación, protección y tratamiento*

Como lo estatuye el artículo 62, el personal técnico de unidad administrativa encargada de la prevención y tratamiento de menores, rendirá informes detallados sobre el desarrollo y avances de las medidas dispuestas; el primer informe se rendirá a los seis meses de iniciada la imposición de las medidas y los subsecuentes, cada tres meses.

³⁹ CARRILLO PRIETO, Ignacio y CONSTANTE Alberto. *El menor infractor. Retrato de un olvido*. Dirección General de Prevención y Tratamiento de Menores de la Secretaría de Gobernación. México, 2000, pag. 9.

Esta evaluación se hará de oficio por los Consejeros Unitarios, con base al dictamen que al efecto emita el Comité Técnico Interdisciplinario.

Al respecto, se tomará en cuenta el desarrollo de la aplicación de las medidas, con fundamento en los informes referidos anteriormente; el Consejero Unitario, con base en el dictamen técnico y en consideración a las medidas aplicadas, podrá liberar al menor de la acción impuesta, modificarla o mantenerla sin cambio, según las circunstancias que se desprendan de la evaluación.

8.- *Conclusión del tratamiento.*

La conclusión del tratamiento lo señalará la resolución que emita el Consejero Unitario, con base a los informes del dictamen que proporcione el Comité Técnico Interdisciplinario.

9.- *Seguimiento del tratamiento.*

Como lo establecen los artículos 120 y 121 de la referida Ley, el seguimiento técnico del tratamiento se llevará a cabo por la unidad administrativa de prevención y tratamiento del menor, una vez que éste concluya, con el objeto de reforzar y consolidar la adaptación social del menor. El seguimiento técnico del tratamiento tendrá una duración de seis meses, contados a partir de que concluya la aplicación de éste.

Título Sexto.- "Disposiciones Finales".

La edad del sujeto se comprobará con el acta respectiva, expedida por las oficinas del Registro Civil correspondiente. De no ser posible, se acreditará por medio de dictamen médico rendido por los peritos, que para tal efecto designe el Consejo. En caso de duda, se presumirá la minoría de edad.

El tratamiento no se suspenderá aún cuando el menor cumpla la mayoría de edad, sino hasta que a juicio del Consejero Unitario, haya logrado su adaptación social, en los términos de la presente Ley, sin rebasar el límite previsto en la resolución respectiva, cuando se trate de tratamiento externo o interno.

Las autoridades encargadas de la aplicación de las medidas de orientación, protección y tratamiento, en ningún caso podrán modificar la naturaleza de las mismas.

En todo lo relativo al procedimiento, así como a las notificaciones, impedimentos, excusas y recusaciones, se aplicará supletoriamente lo dispuesto por el Código Federal de Procedimientos Penales.

IV - JURISPRUDENCIA EN MÉXICO.

Una de las fuentes más importantes del Derecho Positivo en México, lo constituye la jurisprudencia. Jurisprudencia es, según señala *López Betancourt*:

“La jurisprudencia se define como la interpretación que hacen los tribunales competentes al aplicar la ley a los supuestos en conflicto que se someten a su conocimiento. En México, la jurisprudencia judicial es la interpretación de la ley, firme y reiterada de observancia obligatoria, que emana de las ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en pleno o en salas y por los Tribunales Colegiados de Circuito”⁴⁰

Dicha interpretación de la ley, hecha en el mundo de los tribunales es fundamental, más aún, cuando adquiere carácter obligatorio, en el caso de México, cuando Tribunales Colegiados del orden federal, durante cinco ocasiones interpretan y dan su punto de vista sobre determinada conducta jurídica.

La jurisprudencia consiste, como señala *Iñárritu y Ramírez de Aguilar*, en “el conjunto de tesis que constituyen valioso material de orientación y enseñanza; que señalan a los jueces la solución de la multiplicidad de cuestiones jurídicas que contemplan; que suplen las lagunas y deficiencias del orden jurídico positivo; que guían al legislador en el sendero de su obra futura”⁴¹.

Dada la importancia del tema, vamos a entrar en detalles, analizando algunas de las interpretaciones que en materia de menores de edad se han realizado en los tribunales mexicanos.

⁴⁰ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Manual de Derecho Positivo Mexicano*. Ed. Trillas, 4ª edición. México, 1998, pag 38

⁴¹ IÑÁRRITU Y RAMÍREZ DE AGUILAR, Jorge. *El estatuto de la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia*. Boletín de Información Judicial, México, num.92, marzo de 1955, pag. 132

De inicio, hablemos de la edad penal. Establecida en la mayoría de los Estados de la República en 18 años, conlleva el hecho, como ya lo mencionamos anteriormente, de que todos aquellos menores de 18 años son considerados inimputables por la ley, y por lo tanto, no puede culpárseles de ningún hecho ilícito.

De tal forma que a un menor que ha cometido una conducta tipificada en el Código Penal, no se le pueden aplicar las medidas y sanciones que establecen las disposiciones legales para los mayores de edad, pues no puede acreditarse su culpabilidad.

Citamos la siguiente jurisprudencia en ese respecto:

"MENORES INFRACTORES. NO SON SUJETOS A LA LEY PENAL, SINO A PROCEDIMIENTOS ESPECIALES (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO). Los menores infractores no son sujetos a la ley penal, pues de la lectura del artículo 13 del Código Penal para el Estado de Jalisco, en su capítulo IV, relativo a las causas excluyentes de responsabilidad, se desprende que: "Excluyen de responsabilidad penal las causas de inimputabilidad, las de inculpabilidad y las de justificación. I. Son causas de inimputabilidad: a) El hecho de no haber cumplido dieciocho años de edad, al cometer la infracción penal ..."; asimismo el artículo 1o. de la Ley de Readaptación Juvenil para la citada entidad, textualmente dispone: "Los infractores menores de dieciocho años, no podrán ser sometidos a proceso ante las autoridades judiciales sino que quedarán sujetos directamente a los organismos especiales a que se refiere la presente ley, para que previa la investigación y observación necesarias, se dicten las medidas conducentes para su educación y adaptación social, así como para combatir la causa o causas determinantes de su infracción ... Se considerarán menores infractores los que teniendo menos de 18 años de edad, cometan una acción u omisión que las leyes penales sancionen."; por su parte, el numeral 6o. de la referida ley especial, establece: "Son autoridades y órganos encargados de la aplicación de la presente ley: I. El Consejo Paternal de la capital del Estado y los que se establezcan en las cabeceras municipales en los términos de ley. II. La Granja Industrial Juvenil de Recuperación. III. Las dependencias del Patronato de la Asistencia Social en el Estado y los hogares sustitutos."; por otro lado, el precepto 18 de la Constitución Federal,

en su párrafo cuarto, dispone: "La Federación y los gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores."; con base en lo anterior, debe válidamente sostenerse que los menores de edad infractores no son delinquentes sujetos a la ley penal, y por tanto, no es posible que en el procedimiento administrativo al que se encuentren sujetos, se analice si en su detención medió o no el supuesto de la flagrancia, pues aun cuando el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, señala "En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución ..."; sin embargo, tratándose de los infractores menores de dieciocho años, al no poder someterlos a proceso ante las autoridades judiciales competentes, es obvio que quedan sujetos directamente a organismos e instituciones especiales para su tratamiento, para que a través de ellos y mediante medidas educativas y de adaptación social, procedan a combatir las causas que determinaron su infracción; de donde se desprende que si por disposición de la propia ley, los mencionados menores no pueden ser sujetos a proceso ante las autoridades judiciales, menos es dable observarse la aplicación de preceptos legales que atañen sólo a la esfera del proceso mismo (instruible sólo a personas mayores de dieciocho años), como es el caso dispuesto en el párrafo sexto. del artículo 16 constitucional (antes de su última reforma, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el día ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve, en vigor al día siguiente), el cual en lo conducente, dice: "En casos de urgencia o flagrancia, el Juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.", apartado este, que por aludir al "Juez que reciba la consignación del detenido", necesariamente se vincula con las restantes garantías que tiene el inculpado en todo proceso del orden penal, que diáfananamente enumera el artículo 20 de nuestra Carta Magna; de ahí que no exista obligación por parte del presidente del Consejo Paternal, para calificar si en la detención de un menor, medió o no el supuesto de la flagrancia. En tal virtud, si la detención de un menor infractor se lleva a cabo sin que exista orden de aprehensión y no se da el supuesto de flagrancia, ningún perjuicio le irroga, supuesto que, se itera, los menores, por disposición legal, no deben ser sometidos a proceso penal ante autoridades judiciales competentes, y por ende, no deben aplicarse preceptos legales que atañen a la esfera del proceso mismo (aplicables sólo a mayores de dieciocho años); por tanto, no es indispensable que para la retención de un

menor medie flagrancia u orden de aprehensión, en virtud de que tal requisito sólo es dable tratándose de personas imputables, respecto de las cuales exista denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado en su comisión. A mayoría de datos, en el caso los menores de edad, no perpetran delitos, sino que cometen infracciones, por tanto, no pueden ser sometidos a proceso penal ante las autoridades judiciales, ni tratárseles como delincuentes, sino que quedan sujetos a las instituciones y organismos especiales, para su educación y adaptación social, conforme a lo dispuesto en los artículos 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1o., 5o., 21, 22, 23 y 24 de la Ley de Readaptación Juvenil para el Estado de Jalisco. "

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo en revisión 92/99. Presidente y Secretario del Consejo Paternal para Menores Infractores de Guadalajara, Jalisco. 3 de junio de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Óscar Vázquez Marín. Secretario: Ernesto Antonio Martínez Barba.

Lo que debe tomarse en consideración, es la edad que tiene el sujeto en el momento en que comete el hecho que la ley menciona como delito; es decir, como en el caso que atiende la siguiente jurisprudencia, el homicidio se cometió cuando el presunto era menor de edad, y por lo tanto, aunque cuando sea puesto a disposición de un juez ya sea mayor de edad, o cumpla esa mayoría durante su tratamiento, no es posible que se decida iniciarle un proceso penal como mayor de edad por el hecho que cometió sin poder considerársele imputable.

"MENORES INFRACTORES. ORDENAMIENTOS LEGALES APLICABLES (LEGISLACION DEL ESTADO DE CHIAPAS). La conducta ejecutada por el inculpado, de privar de la vida al pasivo, es inimputable, si en el momento en que sucedieron los hechos. el inculpado era menor de edad, y por ello, no puede ser castigado conforme a las disposiciones del Código Penal, ya que para que el menor sea juzgado por éste, debe ser culpable, y para ello, es necesario que primero sea imputable, es decir, para que conozca la

ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de entender y de querer, y un menor de conformidad con lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley Tutelar para Menores en el Estado de Chiapas, resulta inimputable, y toda vez que la imputabilidad es un presupuesto necesario para la culpabilidad, elemento del delito, faltando éste, la conducta asumida no puede ser considerada como tal, por lo que el menor de edad se encuentra exento de la aplicación de las disposiciones penales y la corrección de su conducta se encuentra sujeta a instituciones especiales, como lo es el Consejo de Tutela para Menores; por lo tanto, si el inculcado en el momento de realizar la conducta definida legalmente como delito de homicidio, era menor de edad, no existe el supuesto jurídico para que las leyes penales le sean aplicables, y para que el juez de instancia tenga jurisdicción para juzgarlo, ni aun cuando en la fecha en que sea puesto a disposición del Juez Penal, haya cumplido dieciocho años, porque lo que debe tomarse en cuenta es la edad del sujeto activo en el momento de la comisión de la conducta y no una época posterior a su realización; por ello, es ilegal el proceder del Consejo Tutelar para Menores Infractores al poner a disposición de la autoridad judicial al inculcado, por el hecho de haber cumplido dieciocho años."

TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO TERCER CIRCUITO.

Amparo en revisión 301/84. Dimas Cancino Penagos. 30 de agosto de 1984. Unanimidad de votos. Ponente: Isidro Gutiérrez González. Amparo en revisión 336/84. Dimas Cancino Penagos. 30 de agosto de 1984. Unanimidad de votos. Ponente: Isidro Gutiérrez González. Amparo en revisión 331/84. Manuel de Jesús Gallegos Estrada. 26 de septiembre de 1984. Unanimidad de votos. Ponente: Isidro Gutiérrez González. Amparo en revisión 335/84. Manuel de Jesús Gallegos Estrada. 26 de septiembre de 1984. Unanimidad de votos. Ponente: Isidro Gutiérrez González. NOTA: Se elimina la leyenda: "Sostienen la misma tesis".

Como puede verse, está claro que a los menores de edad no puede aplicárseles un proceso penal que ha sido creado pensando en los delinquentes mayores; ello lo ratifica la siguiente tesis, que expresa que la minoría de edad penal deberá respetarse, aunque al menor le falte muy poco para poder considerarlo imputable.

"MENORES DE EDAD PROXIMOS A LA MAYORIA. MEDIDAS APLICABLES CUANDO DELINQUEN (LEGISLACION DEL ESTADO DE TLAXCALA) Si al cometer los delitos que se le imputan, el inculpado era menor de edad, es incuestionable que las medidas que deben aplicársele son las prescritas en favor de los menores de edad, la circunstancia de que le faltaran seis meses, tres meses o un día para cumplir su mayoría de edad penal, no permite al juzgador, por no autorizarlo la ley, que lo trate en igualdad de circunstancias que a los mayores de edad, y si bien es verdad que el artículo 62 del Código Penal para el Estado de Tlaxcala, en su último párrafo, previene que "cuando un menor llegue a los dieciocho años de edad antes de terminar el período de reclusión que se le hubiese fijado, la autoridad encargada de la ejecución de sanciones decidirá prudencialmente si debe ser trasladado al establecimiento destinado a mayores", tal facultad no es sino una cuestión meramente administrativa que no puede trascender en facultades a las autoridades penales para que, de su propio arbitrio, puedan disponer que los menores de edad, según sus características físicas o mentales, puedan ser considerados como mayores y juzgárseles en igualdad de circunstancias que a éstos, puesto que el régimen de minoridad es el que en todo caso debe ser el aplicado".

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 153/91. Santos Barba Meneses. 7 de mayo de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Arnoldo Nájera Virgen. Secretario: Gonzalo Carrera Molina.

Sin embargo, lo que nos dice esta tesis, nos lleva a pensar en el absurdo, de considerar que una persona puede pasar de ser inimputable a imputable, de madurar lo suficiente para querer y entender plenamente sus actos en cuestión de horas, según esté a punto o acabe de cumplir la mayoría de edad.

Es por ello, que consideramos primordial que de inicio, debe elevarse la minoría de edad penal en México a los 21 años, edad a la que ya se ha alcanzado el pleno desarrollo y la madurez necesaria; debiendo tenerse presente, en primer lugar, la necesidad de aplicar un

tratamiento individual a cada menor, de acuerdo a sus propias características y a las del hecho cometido.

Nos dice *Rodríguez Manzanera*:

“es necesario fijar una edad tope, pero sabemos que esto es absolutamente convencional, y que no implica que el sujeto al cumplir esa edad, amanece con capacidad de culpabilidad.

Se ha hablado mucho de los sistemas progresivos en materia penitenciaria, y ha sido posible comprobar sus ventajas.

La idea central es que una persona no debe pasar en forma violenta de la prisión a la libertad. Los menores deberían entrar al sistema punitivo en forma progresiva, es decir, no pasarse de un sistema de impunidad absoluta a un sistema de punibilidad total de un sólo golpe.

Por esto deben plantearse soluciones alternativas y reconocerse la imputabilidad disminuida”.⁴²

El procedimiento especial que debe aplicarse a los menores, varía de acuerdo a la legislación de cada Estado, un ejemplo es el establecido en la Ley para el tratamiento de menores infractores para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, analizada en el capítulo anterior.

La jurisprudencia se ha avocado principalmente, a cubrir lagunas legales de carácter procesal, como la necesidad de comprobar, en dado caso, la minoría de edad. Para ello, resulta lógica la utilización primordial del acta de nacimiento del Registro Civil. No es lo más idóneo la realización de una prueba pericial en este respecto, pues, como es evidente, cada individuo tiene un desarrollo diferente debido a su naturaleza orgánica particular, desgaste y resistencia, por lo que puede tener un aspecto físico que pudiera representar o no su edad real, pudiéndose hacer entonces, únicamente una valoración aproximada.

⁴² RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. *Criminalidad de Menores*. Ed. Porrúa, México, 1987, pag. 341

En el mismo renglón, se ha establecido en la jurisprudencia que es obligación del juez promover las diligencias necesarias para comprobar en dado caso, la minoría de edad, cuando el inculpado ha manifestado que es menor de edad. Y aunque esto no sea posible efectuarlo de inmediato, y exista la duda, no puede aplicársele la legislación penal, en tanto se compruebe su mayoría o minoría de edad.

Al margen de estos aspectos, que me atrevo a considerar un tanto secundarios, es interesante analizar las garantías que se han otorgado a los menores dentro de la jurisprudencia, como ya vimos, de inicio se considera al menor de edad inimputable, y por tanto, no puede someterse a un proceso penal.

Es por ello que se ha establecido que no puede obligarse a un menor a rendir su declaración frente a un Ministerio Público, careciendo en todo caso ésta de valor:

“MENOR DE EDAD. DECLARACION DE. ANTE EL MINISTERIO PUBLICO. (LEGISLACION DEL ESTADO DE NUEVO LEON). Si el detenido al rendir su declaración ante el representante social manifestó que era menor de edad, dicho funcionario debió cerciorarse fehacientemente de la edad del sujeto, por lo que si no es desvirtuada su afirmación, es indudable que su declaración carece de validez, toda vez que no debió haber sido sometida a ningún tipo de interrogatorio, en tales circunstancias, ya que el artículo séptimo de la Ley del Consejo Tutelar para Menores en la entidad, dispone que cuando en la comisión de delitos intervinieren mayores y menores de 18 años, los tribunales penales no podrán sujetar a los segundos a la esfera de su competencia; precisándose que los menores están obligados a declarar como testigos ante dichos tribunales en las causas seguidas a los adultos que con ellos participaren en la comisión de actos delictuosos; pero lo harán en el hogar o institución en que se hallaren, por lo que al ser vertida por un menor, es claro que no reúne los requisitos del artículo 287 del Código Federal de Procedimientos Penales, en cuya fracción I, establece que para ser válida la confesión, tiene que ser de una persona mayor de edad“.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO.

Amparo directo 154/92. Jorge Serna Elizondo. 30 de septiembre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Miguel García Salazar. Secretario: Angel Torres Zamarrón.
Amparo directo 437/92. Sara Pérez Castañeda. 19 de noviembre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Ramiro Barajas Plasencia. Secretaria: Gloria Fuerte Cortés.

En este mismo sentido, vemos que no puede iniciarse una averiguación previa en contra de un menor de edad; por tanto, cuando a un menor se le atribuya la comisión de una conducta delictiva, el Ministerio Público y la policía podrán intervenir únicamente en la tesitura de poner lo más pronto posible al menor ante las autoridades facultadas para su tratamiento, como es el Consejo Tutelar.

“MENORES INIMPUTABLES, EL MINISTERIO PUBLICO NO DEBE INICIAR AVERIGUACION PREVIA POR INFRACCIONES ANTISOCIALES DE LOS. (LEGISLACION DEL ESTADO DE CHIAPAS). De conformidad con lo dispuesto por el artículo 11 del Código Penal para el Estado de Chiapas, son imputables de delitos los que hayan cumplido 18 años de edad y el artículo 119 del propio ordenamiento establece que los menores de 18 años que hayan ejecutado, hecho o incurrido en comisiones tipificadas como delito o infracciones a reglamentos administrativos que constituyen actos antisociales, serán sometidos por el tiempo que sea necesario para su corrección educativa, a la forma y términos que establece la Ley del Consejo Tutelar para Menores, en sus artículos 12 y 13. Por tanto, los menores de esa edad, son inimputables de responsabilidad penal y los funcionarios del Ministerio Público y las autoridades de policía se abstendrán de iniciar averiguaciones por infracciones antisociales cuya comisión se les atribuye, y su intervención se limitará a ponerlos inmediatamente a disposición de los consejos tutelares para menores”.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO CIRCUITO.

Amparo en revisión 148/89. Aymed Coutiño Coutiño. 15 de agosto de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Homero Ruiz Velázquez. Secretario: Stalin Rodríguez López.

Sin embargo, si es posible, y se dará plena validez, a la declaración confesional que pudiese realizar el menor ante el Ministerio Público o el Juez, por su propia voluntad, no como coacusado, siendo que no puede ser culpable de la conducta.

“MENOR DE EDAD. VALOR PROBATORIO DE SU CONFESION MINISTERIAL, COMO COACUSADO DEL PROCESADO. La confesión ministerial formulada por un menor de edad como coacusado del procesado, no resta credibilidad a lo por él declarado, independientemente de que haya o no intervenido su representante o tutor, ya que al no existir disposición legal que obligue a ello, no puede estimarse que por ser penalmente inimputable y perder su calidad de coinculpaado su dicho carezca de valor; pues con independencia de que su conducta deba ser examinada por un consejo tutelar para menores, su imputación en contra de otra persona, sin pretender eludir su propia participación delictiva, adquiere fuerza como indicio y alcanza plena validez cuando existen elementos que la corroboran.”

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 199 99. Sixto Peña Pérez. 10 de junio de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Jaime Raúl Oropeza García. Secretaria: Cleotilde Juvenalia Meza Navarro.

Por desgracia, muchas veces sucede que a pesar de que el menor no puede ser sometido a un proceso penal, durante el procedimiento especial en el que se determina su tratamiento sufre violaciones a sus derechos, es retenido ilegalmente, no puede defenderse adecuadamente o interponer recursos contra actos judiciales que le perjudiquen, como pudiese ser el amparo; no son respetados los preceptos que establece la misma Constitución como garantías para todo procesado penal, mismas que favorecen también al menor, a pesar de ser inimputable.

Tiene el menor todo el derecho de que en el proceso seguido en su contra se le escuche, pueda defenderse de las acusaciones como tiene posibilidad de hacerlo un imputado mayor de edad, sea por medio de sus padres, tutores o representantes:

"MENORES INFRACTORES DEL DISTRITO FEDERAL. LEY QUE CREA LOS CONSEJOS TUTELARES (PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION DEL 2 DE AGOSTO DE 1974). EL PROCEDIMIENTO QUE ESTABLECE ES VIOLATORIO DEL ARTICULO 14 CONSTITUCIONAL. De los artículos 1o., 4o., 14 y 18 de la Constitución se desprende, no sólo que las garantías establecidas favorecen a los menores de edad, sino además que éstos deben gozar de especial apoyo y protección, de modo que si por conductas que implican infracciones a las leyes las autoridades deben aplicarles medidas de seguridad que entrañen privarlos de su libertad o de sus derechos, deben ser oídos previamente, extremo que no garantiza el procedimiento establecido por la Ley que crea los Consejos Tutelares para Menores Infractores del Distrito Federal (publicada en el Diario Oficial de la Federación del 2 de agosto de 1974), en virtud de que no da oportunidad al menor para que intervenga en su defensa por conducto de sus padres, tutores o quienes ejerzan la patria potestad o del profesionista de su confianza, beneficio este último de que gozan aun los adultos procesados penalmente, sin que baste para subsanar tal violación la circunstancia de que los artículos 15, 27, 31, 35, 40, 58 y demás relativos de la ley reclamada establezcan, como órgano auxiliar oficioso, la figura del promotor, sobre el que recaen las facultades tutelares de defensa del menor, inclusive la de interponer recursos, en virtud de que su intervención impositiva y excluyente no responde con plenitud a las garantías que se establecen, precisamente, en interés del menor y que corresponde ejercitar, en principio, a quien ejerce la patria potestad o tutoría.

Amparo en revisión 5113/90. Héctor Salgado Aguilera. 8 de septiembre de 1994. Unanimidad de diecisiete votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Raúl Alberto Pérez Castillo.

El Tribunal Pleno en su sesión privada celebrada el veintisiete de abril en curso, por unanimidad de once votos de los señores Ministros Presidente José Vicente Aguinaco Alemán, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela Güitrón, Juventino V. Castro y Castro, Juan Díaz Romero, Genaro David Góngora Pimentel, José de Jesús Gudiño Pelayo, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Humberto Román Palacios, Olga María Sánchez

Cordero y Juan N. Silva Meza; aprobó, con el número V/95, la tesis que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis de jurisprudencia. México, Distrito Federal, a veintiocho de abril de mil novecientos noventa y cinco.

A pesar de que su proceso es diferente al proceso penal típico, seguido para los mayores de edad, éste también debe sujetarse a ciertas reglas y términos, con el fin de respetar las garantías y los derechos que asisten al menor que ha sido acusado:

“MENORES INFRACTORES. EL AUTO DE SUJECION A PROCEDIMIENTO DEBE CUMPLIR CON LA CORRECTA FUNDAMENTACION Y MOTIVACION. (LEY PARA LA ATENCION, TRATAMIENTO Y ADAPTACION DE MENORES EN EL ESTADO DE COAHUILA DE ZARAGOZA). Cuando un menor es sometido a un procedimiento ante el Consejo Unitario de Menores del Estado de Coahuila, por estimarlo participe en la comisión de infracciones, que las leyes penales tipifican como delitos, y se dicta auto inicial de sujeción al procedimiento, para que el menor permanezca recluido en la residencia juvenil; dicho auto, como todos los actos de autoridad debe de estar debidamente fundado y motivado para que no resulte violatorio del artículo 16 constitucional; pues la Constitución General de la República no exime a ninguna autoridad de dar cumplimiento a lo que ella ordena; más aún cuando en la especie se trata de menores; y de que conforme a la ley que rige el acto que se reclama, que lo es la Ley para la Atención, Tratamiento y Adaptación de Menores del Estado de Coahuila, exige el respeto de la citada garantía, pues en su artículo 32 fracción XII, establece que ningún menor podrá ser retenido por los órganos del consejo, por más de cuarenta y ocho horas, sin que se justifique con una resolución inicial (sujeción a procedimiento), dictada por el consejero competente, la cual deberá estar debidamente fundada y motivada; y que además en su artículo 47 fracciones II, III, IV y V, expresamente dispone, que en la resolución inicial deberán de expresarse los elementos que en su caso integran la infracción, que corresponda al ilícito tipificado en las leyes penales; los elementos que determinen o no la presunta participación del menor en la comisión de la infracción; el tiempo, lugar y circunstancias de los hechos; y los fundamentos legales, así como las razones y las causas por las cuales se considera que quedó o no acreditada la infracción o infracciones y la

probable participación del menor en su comisión; de tal manera que si la autoridad responsable al dictar su resolución, considera que el menor debe quedar sujeto a reclusión en la residencia juvenil, y para ello únicamente toma en cuenta que conforme al ordenamiento señalado, la infracción cometida merece de acuerdo a las leyes penales ser considerada como un delito grave y que no amerita la concesión de la libertad provisional bajo caución, pero omitió analizar los elementos que determinan o no la participación del menor en la comisión de la infracción, así como de expresar los fundamentos legales, las razones y las causas particulares de su determinación, es evidente que la resolución emitida en esos términos carece de la debida fundamentación y motivación”.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL OCTAVO CIRCUITO.

Amparo en revisión 158/95. Emmanuel Vázquez Herrera. 5 de junio de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Marco Antonio Arroyo Montero. Secretario: Julio Jesús Ponce Gamiño.

Una institución sumamente especial del Derecho mexicano es el Juicio de Amparo; por supuesto, el auxilio que se otorga por medio de éste a quien ha sufrido una violación a sus garantías de parte de una autoridad, asiste también al menor infractor, a pesar de su condición de inimputable.

“MENORES. TIENEN INTERÉS JURÍDICO PARA RECLAMAR, EN EL JUICIO DE AMPARO, LA REVOCACIÓN DE LA RESOLUCIÓN QUE DECRETÓ SU DEPÓSITO O GUARDA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ). El depósito o guarda de personas que, como medida provisional, prevén los artículos 158 a 168 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Veracruz, tiene como finalidad salvaguardar la integridad física y moral de la persona que esté en el caso de ser protegida de acuerdo con la ley. En estas condiciones, la resolución que revoca la guarda y depósito decretada a favor de un menor, no sólo afecta el derecho que se constituyó en favor del padre designado como depositario, sino también del menor, de donde deriva el interés jurídico de éste para impugnar, mediante el juicio de amparo, la resolución relativa y los preceptos en los cuales se funda, al ser titular de un derecho que se estima transgredido por

la actuación de la autoridad responsable. Esto es, el menor tiene el derecho legítimamente tutelado de ser protegido mediante la determinación de su guarda o depósito y al afectarse dicho derecho con la resolución que revoca la citada medida, tiene interés jurídico para reclamarla si la estima lesiva de sus garantías, ello con independencia de que en el caso concreto se presenten o no las circunstancias de hecho previstas en la ley para la procedencia de la medida, pues esto es una cuestión que atañe al fondo del juicio de amparo y no a su procedencia.

Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XI, Abril de 2000 Tesis: P. LIX/2000 Página: 77 Materia: Constitucional, Civil Tesis aislada.

Amparo en revisión 3017/96. Javier Pérez Hernández, por sí y como representante de la menor María Fernanda Pérez Muslera. 18 de noviembre de 1999. Once votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy veintiocho de marzo en curso, aprobó, con el número LIX/2000, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintiocho de marzo de dos mil.

Dentro de ello, se incluye lo que establece la Ley de Amparo, en relación con figuras como la suplencia de la deficiencia de la queja. Por tanto, dentro del Juicio de Garantías o Amparo, constituye una obligación de la autoridad jurisdiccional suplir la deficiencia de la queja en el amparo presentado por el menor, porque debe considerarse de interés primordial para el Estado, y para toda la sociedad en general la necesidad de salvaguardar los derechos de los menores, tales como la igualdad procesal o la capacidad de defensa.

“MENORES O INCAPACITADOS. TODA AUTORIDAD JURISDICCIONAL DEBE ALLEGARSE DE OFICIO LAS PRUEBAS NECESARIAS PARA DILUCIDAR CONTROVERSIAS EN QUE ESTEN EN JUEGO DERECHOS DE LOS. Toda autoridad

jurisdiccional debe allegarse de oficio las pruebas necesarias para dilucidar la controversia en que estén en juego derechos de menores e incapacitados, pues, en ese caso, la sociedad y el Estado tienen interés en que esos derechos sean protegidos supliendo la deficiencia de la queja para disminuir la material desventaja en que los menores o incapacitados se encuentran frente a la contraparte en los juicios en que contienden, ya que si bien los derechos de esos sujetos son de carácter privado, son derechos privados de interés público debido al interés que la sociedad y el Estado tienen en que sean salvaguardados, garantizando su igualdad procesal en el juicio en que sean parte; de suerte que, al aportar de oficio elementos probatorios para mejor proveer, como suplencia de la queja, no es una mera facultad, sino un deber de toda autoridad jurisdiccional que conozca del juicio en que éstos se controviertan.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO CIRCUITO.

Amparo directo 372/95. Lenín Córdova Suárez. 10 de agosto de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Vilchiz Sierra. Secretario: Ruber Alberto Rodríguez Mosqueda.

Cuando el menor interponga una demanda de amparo, corresponderá a la autoridad responsable, nombrarle un representante legal, para que a su nombre participe en el juicio de garantías, debido a la calidad de inimputable del menor promovente.

“MENORES O INCAPACES. ESTAN OBLIGADOS A RECLAMAR LAS VIOLACIONES PROCESALES EN AMPARO HASTA QUE SE DICTE SENTENCIA EN EL JUICIO. Los menores o incapaces a lo único que se les exime en materia de amparo civil, es a no preparar el juicio cuando se combaten violaciones procesales en el amparo directo. Esto es, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 107, fracción III, inciso a), de la Constitución y 161 de la Ley de Amparo, para que pueda ser estudiada en el juicio de garantías uninstancial la violación cometida en el transcurso del juicio, es requisito indispensable el que se impugne el acto en el transcurso del mismo procedimiento mediante el recurso ordinario y dentro del término que la ley respectiva señala y si la ley no concede recurso alguno, o concediéndolo, el recurso es desechado o declarado improcedente. se deberá invocar la violación presentada como agravio en la segunda

instancia si se cometió en la primera. Estos requisitos no se piden cuando quien acude al amparo es un menor de edad o un incapaz o bien si el acto está dictado sobre acciones del estado civil o que afecten al orden y a la estabilidad de la familia; de tal forma que a los menores o incapaces sólo se les exenta de agotar los recursos ordinarios en contra de la infracción cometida en el procedimiento donde son las partes, pero no se les exime de la obligación de atacar esa violación procesal hasta cuando se haga valer el juicio de garantías directo en contra de la sentencia definitiva, por lo que, cuando un menor o incapaz reclama en amparo indirecto el desechamiento de un incidente de nulidad de actuaciones, confirmado en apelación, el juicio es improcedente y debe sobreseerse en el mismo, por tratarse de una violación procesal de las que señala el artículo 159, fracción V, de la Ley de Amparo, impugnable hasta cuando se intente el amparo directo, como lo señala el artículo 161 de la ley de la materia, surtiéndose la causal de improcedencia prevista por el artículo 73, fracción XVIII, en relación con el 159, fracción V y 161 de la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 Constitucionales.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 20 90. María Dolores Guzmán García en representación de sus menores hijos Hugo Salvador y Diego Salvador García Guzmán. 16 de mayo de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Wilfrido Castañón León. Secretario: Alejandro Caballero Vértiz.

Cuando ha sido fehacientemente comprobada la participación del menor en una conducta considerada como delito, debe ser entonces sometido no a una pena, sino a un tratamiento de rehabilitación individualizado, de acuerdo a las características de cada menor, encausado a orientarlo y educarlo para eliminar esas conductas antisociales, y así, lograr que una vez terminado dicho tratamiento, el infante o adolescente pueda reincorporarse plenamente a la sociedad.

El tratamiento deberá ser sin duda individualizado; como menciona *López Rey*:

“Ciertamente, en algunos aspectos es conveniente establecer normas de carácter general, pero si algo había de esperarse de una criminología progresiva, no eran criterios uniformes sobre la madurez, carentes de fundamento desde el punto biopsicológico, sino la individualización. Si ésta se proclama como fundamental en el tratamiento de los delincuentes, lo mismo debería hacerse cuando se trata de determinar la responsabilidad individual. Es difícil admitir que el hecho de pasar el último minuto de una edad a otra hace a una persona de repente responsable, en especial si se acepta que, hasta el último minuto, los menores han estado preservados en un mundo propio, donde los valores sociales fundamentales no son aplicables. La individualización revela que muchos adultos son menos maduros que muchos jóvenes y, sin embargo y en virtud de la norma general, son considerados ‘prima facie’ imputables. Por consiguiente, la afirmación según la cual los menores deben adquirir primero la forma de pensar y conducirse de los adultos posee escaso sentido. Lo que se precisa de ellos es que absorban la existencia y el significado de ciertas prohibiciones de carácter fundamental y actúen de acuerdo con ellas”⁴³.

“MENORES INFRACTORES. TRATAMIENTO INTERNO INDETERMINADO. Viola garantías la resolución definitiva pronunciada por la Sala Superior del Consejo de Menores al no determinar el tiempo máximo de duración de la medida de tratamiento interno a que debe ser sometido el menor infractor, dejando tal decisión al arbitrio de las autoridades encargadas de la aplicación de las medidas de orientación, protección y tratamiento; debiéndose observar lo dispuesto en los artículos 59, fracción V, 119 y 124 de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal; pues la Sala Superior al resolver el recurso de apelación, y pronunciar resolución definitiva, debe analizar no sólo si está demostrado el cuerpo de la infracción y la plena participación en su comisión, sino que también debe hacer una correcta individualización de las medidas que procedan, con base en el dictamen que emite el Comité Técnico Interdisciplinario, que varía según el grado de desadaptación social del menor, determinando el tiempo máximo de duración de la medida del tratamiento, adecuándolo dentro del límite fijado por el antes citado artículo 119, esto es, que no podrá exceder de un año el tratamiento externo y el interno de cinco años.

⁴³ LÓPEZ-REY Y ARROYO, Manuel. *La Criminalidad. Un estudio analítico*. Madrid, 1976, pag. 272

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO

Amparo en revisión 199/93. Eleazar Aguirre Pérez. 14 de junio de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos de Gortari Jiménez. Secretario: Victor Manuel Estrada Junco.

Amparo en revisión 183/93. Roberto Carlos Ruiz García. 30 de junio de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Velasco Félix. Secretario: Tereso Ramos Hernández.

Amparo directo 1635/94. Marvin Castañeda Ramírez. 28 de octubre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos de Gortari Jiménez. Secretaria: Martha Yolanda García Verduzco.

Amparo directo 1899/94. Carlos Hernández Paredes. 16 de enero de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos de Gortari Jiménez. Secretaria: Martha Yolanda García Verduzco.

Amparo directo 295/96. Susana Josefina Campos Salazar. 30 de mayo de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos de Gortari Jiménez. Secretaria: Leticia Ramirez Miranda.

Por supuesto, es una obligación de la autoridad, por medio del dictamen técnico que realicen los especialistas, dejar en claro en que consistirá el tratamiento, su duración y las medidas educativas, psicológicas, médicas, terapéuticas y demás que lo constituirán, para evitar dejar al menor en un estado de indefensión, sin saber a ciencia cierta cuando saldrá de la institución en la que ha sido inscrito, o en que consistirá su rehabilitación.

“MENORES INFRACTORES. LA AUSENCIA DEL DICTAMEN TÉCNICO AL INDIVIDUALIZAR LA MEDIDA DE REHABILITACIÓN O ASISTENCIA, NO PARA PERJUICIO A LOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO). El artículo 53, fracción V, de la Ley de Prevención Social y Tratamiento de Menores del Estado de México, establece que en la resolución definitiva, la medida de rehabilitación o asistencia se individualizará tomando en cuenta el dictamen técnico jurídico que se emita al efecto;

sin embargo, tomando en consideración la naturaleza de dicho dictamen, al ser tan sólo un criterio orientador del prudente arbitrio para definir la clase de tratamiento que se aplicará al menor infractor sin soslayar la naturaleza de la infracción en que incurrió el quejoso, debe entenderse que su ausencia no para perjuicio al menor, aunado al hecho de que la resolución de primera instancia está suscrita tanto por el presidente del Consejo de Menores, como por vocales en pedagogía, psicología, medicina, trabajo social y labor-terapia, lo que conduce a la convicción de que la resolución emitida fue con estricto apego a las constancias procesales y que la naturaleza de la infracción justifica la imposición del tratamiento en internamiento que como medida rehabilitadora se impuso al quejoso.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

*Amparo directo 425/97. Alejandro Medina Hernández. 14 de agosto de 1997.
Unanimidad de votos. Ponente: Rogelio Sánchez Alcáuter. Secretario: Juan José González Lozano.*

V.- OTROS SISTEMAS EN EL DERECHO PENAL COMPARADO

Alemania.

Alemania se gobierna bajo una Ley Fundamental (Grundgesetz) promulgada el 23 de mayo de 1949 para la antigua RFA (Alemania Occidental), que ha sido enmendada en varias ocasiones. La Ley Fundamental, que califica al país como un Estado Federal Democrático fundamentado en la justicia social, es muy similar a la Constitución de la República de Weimar (1919-1933) pero permite un mayor nivel de autoridad de los gobiernos de los Estados Federados.

Desde 1968 hasta 1989, Alemania Oriental se gobernaba según una Constitución que definía el país como un Estado socialista soberano, en el que el pueblo trabajador ejerce todos los poderes políticos. En la práctica, el poder residía en el Partido de Unidad Socialista de Alemania (Sozialistische Einheitspartei Deutschlands, o SED), una organización marxista-leninista (comunista). La Constitución de 1968 garantizaba al SED un papel dirigente en los asuntos nacionales, y su secretario general, como máximo dirigente del partido, era normalmente la persona más poderosa del país.

Con la unificación del país el 3 de octubre de 1990, la Ley Fundamental de la RFA se amplió para regir en el nuevo Estado.

Los ciudadanos mayores de 18 años eligen por sufragio a los miembros del Bundestag, para una legislatura de cuatro años; la mitad de éstos son electos directamente en distritos que cuentan con un miembro único, y el resto según un sistema de representación proporcional; los partidos políticos consiguen representación parlamentaria sólo si alcanzan más del 5% de los votos emitidos; el Presidente Federal puede disolver la Cámara Baja. Los delgados elegidos por los gobiernos de los Estados forman el Bundestag; el número de delgados enviados varía entre tres y cinco según la población de cada Estado.

Estados Unidos de America.-

La Ley Suprema de país es la Constitución de Estados Unidos. Redactada en 1787, fue ratificada en 1788 por dos tercios de los Estado y entró en vigor en 1789. La Constitución se puede enmendar por una votación de dos tercios de cada Cámara del Congreso, o por una Convención Nacional especial convocada al efecto, y ratificada después por el voto de tres cuartos de la Cámara Legislativa de los Estados o las Convenciones Estatales. Las primeras 10 enmiendas (conocidas como Declaración de Derechos) fueron adoptadas en 1791 y garantizan la libertad de expresión, de religión, de prensa, el derecho de reunión, el derecho de presentar demandas al gobierno y varios derechos individuales sobre aspectos procesales y de procedimientos criminales. Entre 1795 y 1992, se adoptaron 17 enmiendas adicionales que, entre otras medidas, abolían la esclavitud y estipulaban el sufragio universal para los mayores de 18 años.

Desde la adopción de la Constitución, el Gobierno federal ha incrementado sus funciones en materias económicas y sociales, y ha compartido más responsabilidades con los Estados.

Cuba -

El conjunto de normas que constituyen el ordenamiento jurídico vigente en Cuba tienen como fuente fundamental es la Constitución, cuyo texto fue aprobado en referéndum popular el 15 de febrero de 1976 y se promulgó el 24 de febrero del mismo año.

En la actualidad, dicha ley de leyes sigue vigente con las modificaciones introducidas por la Ley de Reforma Constitucional de 12 de julio de 1992; su carácter de norma jurídica fundamental del ordenamiento jurídico cubano, es subrayado en el propio documento al establecer un procedimiento complejo para su modificación, lo que determina que puede ser catalogada como una Constitución rígida, a partir de la clasificación de Lord Bryce, La Asamblea Nacional del Poder Popular (parlamento unicameral) es el único

órgano con potestad constituyente y potestad legislativa, por lo que adopta las leyes. A su vez, las leyes deben tener validez y corresponder al espíritu y la letra de la Constitución.

En el régimen cubano, el sistema de elección previsto es el de sufragio universal, y tal derecho se otorga a los ciudadanos cubanos mayores de 16 años, haciendo notar que obtienen la mayoría de edad igual que en el derecho de Estados Unidos de América, donde también se estatuye a los 16 años de edad.

De la comparación que hacemos con respecto a la edad que se requiere, para ser ciudadanos libres y soberanos, responsables de sí mismos para obtener derechos y obligaciones, se deduce también que obtienen la edad penal para ser responsables de sus actos conforme al Derecho Penal, para su imposición de penas. Así, se considera en México y en Alemania que la edad penal se adquiere a los 18 años de edad, porque se afirma que es cuando la persona madura y está consciente de sus actos, y asimismo de responsabilizarse por ellos; antagónicamente, en Cuba y Estados Unidos de América, la edad punible es a los 16 años.

Latinoamérica.-

A principios del siglo pasado surge la preocupación por la infancia en los países de la región latinoamericana. Esto es el resultado, por un lado, de la internacionalización de las ideas que se inician en el Siglo XX, primeramente con la Escuela Positiva y luego con la Escuela de la Defensa Social; y por otro lado, es resultado de la imitación de las preocupaciones europeas y de los Estados Unidos de América por la infancia, lo cual se vio reflejado en los varios congresos internacionales efectuados para analizar el tema.

La primera legislación específica de la materia fue la de Argentina, promulgada en 1919. En décadas posteriores se promulgaron ordenamientos en la mayoría de los países de la región: Colombia en 1920, Brasil en 1921, Uruguay en 1934 y Venezuela en 1939. Durante este período y hasta los años 60s, podemos afirmar que el derecho de menores se desarrolló intensamente, fundamentado en las doctrinas positivistas-antropológicas.

En la década de los 60s, con excepción de Panamá que promulgó su primer ley específica en 1951 y República Dominicana en 1954, se presenta un nuevo auge del derecho penal de menores en el ámbito legislativo, con la promulgación y la reforma de leyes especiales, por ejemplo, en los siguientes países: Perú en 1962, Costa Rica en 1963, Chile en 1967, Colombia en 1968, Guatemala en 1969 y Honduras también en 1969. En la década de los 70, se promulgan las siguientes legislaciones: México en 1973, Nicaragua en 1973, El Salvador en 1973, Bolivia en 1975, Venezuela en 1975, Ecuador en 1975 y Cuba en 1979.

Postulado básico de estas legislaciones, como ya vimos, fue "sacar" al menor delincuente del derecho penal común, alterando con ello todo el sistema de garantías reconocido generalmente para adultos. Convirtieron el derecho penal de menores en un derecho penal de autor, sustituyendo el principio fundamental de culpabilidad, por el de peligrosidad. Esto llevó a establecer reglas especiales en el derecho penal de menores, tanto en el ámbito sustantivo como formal, como por ejemplo, la conducta predelictiva, la situación irregular y la sentencia indeterminada. Principios que aún hoy se encuentran vigentes en varias legislaciones latinoamericanas, a pesar de que niegan derechos humanos a los menores infractores, como la presunción de inocencia, el principio de culpabilidad, el derecho de defensa, etc.

Un hito en el desarrollo histórico del derecho de menores lo marcó la promulgación de la Convención General de los Derechos del Niño en 1989. Luego de la entrada en vigencia de esta Convención, se inició en los años 90s un proceso de reforma y ajuste legislativo en varios países de la región, específicamente en Colombia, Brasil, Ecuador, Bolivia, Perú, México y Costa Rica.

Colombia.-

Destaca de este país sudamericano, el ordenamiento conocido como Código de Menores, expedido en Bogotá, el 27 de noviembre de 1989. Consta de un Título Preliminar,

que enumera los Principios General; y de tres partes: de los menores en situación irregular; de los organismos de protección del menor y la familia; y de disposiciones especiales.

Según el artículo 1º, dicho código tiene por objeto:

- a) Consagrar los derechos fundamentales del menor.
- b) Determinar los principios rectores que orientan las normas de protección al menor, tanto para prevenir situaciones irregulares como para corregirlas.
- c) Definir las situaciones irregulares bajo las cuales pueda encontrarse el menor; origen, características y consecuencias de cada una de tales situaciones.
- d) Determinar las medidas que deben adoptarse con el fin de proteger al menor que se encuentre en situación irregular.
- e) Señalar la competencia y los procedimientos para garantizar los derechos del menor.
- f) Establecer y reestructurar los servicios encargados de proteger al menor que se encuentre en situación irregular, sin perjuicio de las normas orgánicas y de funcionamiento que regulen el Sistema Nacional de Bienestar Familiar.

La legislación enumera una serie de derechos fundamentales que se reconocen y otorgan a todos los menores. Considera que un menor se encuentra en situación irregular cuando:

- a) Se encuentre en situación de abandono o de peligro;
- b) Carezca de la atención suficiente para la satisfacción de sus necesidades básicas;

- c) Su patrimonio se encuentre amenazado por quienes lo administren;
- d) Haya sido autor o partícipe de una infracción penal;
- e) Carezca de representante legal;
- f) Presente deficiencia física, sensorial o mental;
- g) Sea adicto a sustancias que produzcan dependencia o se encuentre expuesto a caer en la adicción;
- h) Sea trabajador en condiciones no autorizadas por la ley;
- i) Se encuentre en una situación especial que atente contra sus derechos o su integridad.

Cada una de estas situaciones específicas, son descritas y sistematizadas por la ley colombiana, estableciendo el procedimiento y las medidas aplicables en cada caso. Para el presente trabajo resultan de particular relevancia las consideraciones de la legislación relativas al menor que haya sido autor o partícipe de una infracción penal, Título Quinto “DEL MENOR AUTOR O PARTICIPE DE UNA INFRACCION PENAL”, Primera Parte del Código.

Según el artículo 163 de la ley, ningún menor podrá ser declarado autor o partícipe de una infracción que no esté expresamente consagrada en la ley penal vigente al tiempo en que se cometió, ante Juez competente previamente establecido y mediante el procedimiento señalado en este Código. Igual que en todos los demás procesos, en aquellos donde se involucre un menor se respetarán las garantías procesales consagradas en la Constitución y en las leyes, especialmente las que se refieren a la presunción de inocencia, al derecho de defensa y a ser informado de las circunstancias de su aprehensión.

Para todos los efectos, el código considera penalmente inimputable el menor de dieciocho años. El menor infractor de doce a dieciocho años deberá estar asistido durante el proceso por el Defensor de Familia y por su apoderado si lo tuviere. Los padres del menor podrán intervenir en el proceso. Los Jueces de Menores o los Promiscuos de Familia conocerán en única instancia de las infracciones a la ley penal en que intervengan como autores o partícipes los mayores de doce años y menores de dieciocho años, con el objeto principal de lograr su plena formación y su normal integración a la familia y a la comunidad.

Los Jueces de Menores y los Promiscuos de Familia contarán con la colaboración de un equipo interdisciplinario, que orientará al Juez sobre la medida más conveniente para el menor y trabajará con éste y con su familia durante la ejecución de las medidas.

Los Defensores de Familia conocerán de las infracciones a la ley penal en que intervengan como autores o partícipes los menores de doce años, con la finalidad de ofrecerles la protección especial que su caso requiera y procurar su formación integral. También conocerán de las contravenciones en que intervengan como autores o partícipes los menores de dieciocho años.

Cuando se trate de menores que tengan limitaciones físicas, mentales o sensoriales, procurará el Defensor que la medida se cumpla en establecimientos especializados que le permitan remediar o mejorar su condición.

El procedimiento iniciará cuando en la investigación de una infracción adelantada por los Jueces ordinarios, resultare comprometido un menor de dieciocho años y mayor de doce años; deberán ser enviadas copias de lo pertinente, inmediatamente, al Juez competente. Si el menor se encuentra detenido, deberá ser puesto en forma inmediata a su disposición o a la del Centro de Recepción o establecimiento similar donde esté separado de los infractores mayores de edad. La violación de esta disposición hará incurrir en causal de mala conducta al funcionario responsable de su ubicación.

El artículo 172 prohíbe la conducción de los menores inimputables mediante la utilización de esposas o amarrados o por cualquier otro medio que atente contra su dignidad. La violación a esta disposición hará incurrir al infractor en causal de mala conducta que será sancionada con la destitución, decretada por el respectivo superior, sin perjuicio de la sanción penal a que hubiere lugar si el menor fuere víctima de otros hechos que constituyan delito.

Las actuaciones judiciales o administrativas a que se refiere el título que ahora comentamos serán secretas. En consecuencia, no podrán expedirse certificaciones de las diligencias practicadas durante el proceso. La Violación de esta disposición hará incurrir al funcionario responsable en causal de mala conducta sancionada con la pérdida del empleo.

Los Juzgados de Menores deben estar ubicados, en lo posible, en sitios diferentes a aquellos donde estén ubicados los juzgados penales ordinarios. Las diligencias en que deban participar los menores se llevarán a cabo, preferencialmente, en el sitio en donde estos se encuentren y no se autorizará su traslado a juzgados ordinarios.

De acuerdo con el artículo 177, cuando un Juez ordinario deba recibir declaración de un menor infractor que se encuentre privado de la libertad, se trasladará al sitio donde se encuentra el menor para efectuar la diligencia, o comisionar, si fuere el caso, al correspondiente Juez de Menores o Promiscuo de Familia para efectos de realizar la diligencia.

Cuando el Juez de Menores o el Promiscuo de Familia del lugar donde ocurrió el hecho tenga conocimiento de oficio, o por denuncia o informe de terceros, que un menor de dieciocho años y mayor de doce años, ha incurrido en cualquiera de las conductas señaladas por la ley como delito, iniciará la correspondiente investigación, aplicando en forma provisional, si fuere el caso, las medidas que estime necesarias para la protección del menor. El Juez, antes de abrir la investigación, podrá ordenar la práctica de diligencias previas con el fin de determinar si realmente se ha cometido la infracción a la ley penal y si hay serios indicios para atribuir al menor la autoría o participación en ella.

En el proceso se investigará especialmente (artículo 182):

Si realmente se infringió la ley penal y si el menor es autor o partícipe.

Los motivos determinantes de la infracción.

El estado físico, mental, edad del menor y sus circunstancias familiares, personales y sociales.

La capacidad económica del menor y de sus padres o personas de quienes dependa y la solvencia moral de éstos.

Si se trata o no de un menor en situación de abandono o peligro.

Cuando el menor sea aprehendido en el momento de cometerse la infracción o el Juez así lo disponga, deberá ser conducido, preferiblemente, por la Policía de Menores, a un centro especializado de recepción de menores que ofrezca las debidas seguridades. Los menores deberán ser puestos a disposición del Juez o autoridad competente el primer día hábil siguiente a la fecha de su aprehensión.

Presente el menor ante el Juez, éste procederá a escucharlo en presencia del Defensor de Familia y su apoderado si lo tuviere, con el objeto de establecer en forma sumaria las causas de su conducta y las circunstancias personales del menor. La intervención del apoderado no desplazará al Defensor de Familia.

Dentro de los cinco días siguientes a la recepción de la exposición del menor, el Juez, con base en los elementos de juicio acerca de la situación familiar y la personalidad del menor, resolverá de plano su situación y adoptará en forma provisional las medidas de protección que considere adecuadas, y si fuere el caso, ordenará el envío del menor a un centro de observación que ofrezca las debidas seguridades. Antes de tomar cualquier medida, el Juez deberá en todos los casos entrevistar personalmente y en forma privada al menor, con el objeto de indagar su historia personal, su personalidad y las circunstancias socio-familiares que le rodean.

Durante la etapa de observación, si hubiere sido decretada, la cual no podrá ser superior a sesenta días, el menor sólo podrá salir del centro con causa justificada y previa autorización del Juez. Allí se le practicarán por el equipo interdisciplinario los exámenes pertinentes y se llevará a cabo el informe social relativo al medio familiar. El Juez, de oficio o a solicitud del Director del Centro de observación podrá prorrogar la medida por causa justificada hasta por treinta días. Dentro de los plazos anteriores, el Director enviará al Juez un diagnóstico sobre la personalidad y condiciones del menor. De este diagnóstico correrá traslado al Defensor de Familia con el objeto de que emita su concepto dentro de los tres días siguientes.

Cuando el menor sea entregado a sus padres o a las personas de quienes dependa o a sus familiares o a un hogar sustituto, el equipo interdisciplinario del Juzgado o del Centro Zonal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, deberá prestar la asesoría y efectuar el seguimiento que garantice la eficacia de las medidas adoptadas.

Señala el artículo 190, que desde la apertura de la investigación o de la indagación preliminar, el Juez podrá ordenar la práctica de todas las pruebas que estime convenientes ó que los interesados soliciten dentro del proceso, siempre y cuando no atenten contra la dignidad del menor.

En este caso serán admisibles todos los medios de prueba autorizados por el Código de Procedimiento Penal y ellos tendrán el valor que en él se les asigna.

Cuando hayan concluido las diligencias señaladas anteriormente, se correrá traslado por el término de cinco días al Defensor de Familia y al apoderado, si lo hubiere, para que emitan por escrito su concepto. Surtido el traslado se declarará el cierre de la investigación y dentro de los tres días siguientes el Juez señalará día y hora para la audiencia, diligencia privada en la cual se harán las consideraciones, alegatos y peticiones que los interesados estimen pertinentes en relación con los hechos que originaron la investigación. La audiencia se celebrará con la asistencia del menor, del Defensor de Familia, del apoderado

del menor, de sus padres o las personas de quienes dependa y, cuando sea el caso, del Director de la Institución a cuyo cargo se encuentra el menor.

En cualquier estado del proceso en que aparezca plenamente comprobado que el hecho típico no ha existido, o que el menor no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal, o que la acción penal no podía iniciarse o proseguirse, o se advierta una cualquiera de las causales de justificación del hecho o de inculpabilidad, el Juez, previo concepto del respectivo Defensor de Familia dictará auto que así lo declare y ordenará cesar el trámite del proceso.

Oídos el concepto y las peticiones de los presentes, en el mismo acto de la audiencia o dentro de los ocho días siguientes, dictará el Juez la sentencia en la que tomará una de las medidas consagradas en este Código. En la sentencia, el Juez establecerá sin formalismos y con precisión:

Los hechos que han quedado probados.

La responsabilidad del menor.

Los fundamentos de derecho que considere adecuados a la calificación y demostración de la infracción o de la investigación.

Las conclusiones de los estudios sobre la personalidad y situación socio-familiar del menor.

La medida o medidas de rehabilitación que se adopten en relación con el menor.

Según el artículo 201, las medidas de rehabilitación impuestas al menor cesarán, se modificarán o suspenderán:

Por el cumplimiento del objetivo propuesto.

Por la imposición de una medida posterior dentro de diferente proceso.

Por haber llegado el menor a la edad de dieciocho años.

Por haber quedado a disposición de la justicia ordinaria, en razón de una infracción penal cometida después de cumplida la edad de dieciséis años.

En ningún caso la medida de rehabilitación podrá ser superior a tres años.

En la ejecución de las medidas, los menores tendrán derecho a (artículo 203):

A recibir información sobre:

Sus derechos, por parte de las personas o funcionarios que los tengan bajo su responsabilidad.

Los medios de reeducación y las etapas previstas para su reintegro al medio familiar.

El régimen interno de las instituciones que los acojan, especialmente en relación con las conductas sancionables y las medidas disciplinarias que puedan serle aplicadas.

A que se le mantenga preferiblemente en su medio familiar y que sólo cuando éste no sea adecuado, o la personalidad del menor lo determine, se produzca su ubicación institucional, que deberá cumplirse en las condiciones más apropiadas para su formación integral.

A recibir los servicios de salud, sociales y educativos adecuados a su edad y circunstancias, prestados por personal con la formación profesional requerida.

A comunicarse reservadamente con el Defensor de Familia, su apoderado, el Juez de Menores o de Familia.

A comunicarse libremente con sus padres o guardadores, salvo prohibición expresa del Juez, con fundamento en el interés superior del menor.

A que se le mantenga separado de los infractores mayores de edad, en todas las etapas del proceso y en el cumplimiento de las medidas.

A que su familia sea informada sobre su situación y sobre los derechos a que se refiere este artículo.

Establecida plenamente la infracción, el Juez competente podrá aplicar una o varias de las medidas que señala el artículo 204, procurando, en cuanto fuere posible, que éstas se cumplan en el medio familiar o dentro de la jurisdicción a la cual pertenece el menor, y con carácter eminentemente pedagógico y de protección:

Amonestación al menor, y a las personas de quienes dependa.

Imposición de reglas de conducta.

Libertad asistida.

Ubicación institucional.

Cualquiera otra medida que contribuya a la rehabilitación del menor.

Será obligatoria la ubicación del menor en una institución de carácter cerrado, en los casos enumerados en el artículo 209:

Cuando se trate de una infracción a la ley penal, cometida mediante grave amenaza o violencia a las personas.

Por reiterada comisión de infracciones penales.

Por incumplimiento injustificado de la medida anteriormente impuesta.

El Estado establecerá instituciones cerradas en las cuales deberán adelantarse los programas de rehabilitación para los menores infractores, de tal manera que su ubicación obedezca a criterios de edad, madurez psicológica y otros que garanticen la eficacia de las medidas correctivas y de readaptación que se adopten. Las instituciones deberán funcionar en locales adecuados, con personal capacitado en el área social o con amplia experiencia en pedagogía reeducativa. La escolarización, la capacitación profesional y la recreación, serán obligatorias en los centros de permanencia de los menores.

Cuando se trate de menores que tengan deficiencias físicas, sensoriales o mentales, o sean adictos a sustancias que produzcan dependencia, procurará el Juez que la medida se cumpla en establecimiento que disponga de servicio especializado para brindar al menor la asistencia que le sea necesaria en estos casos. Podrá igualmente el Juez, como medida post-institucional, ubicar al menor en residencias de egreso que le permitan realizar en forma gradual el reintegro a su medio social, cuando careciere de familia o ésta no le ofreciere un ambiente adecuado.

Siempre que el Juez competente considere que los padres o guardadores de los autores o partícipes de una infracción a la ley penal han incurrido en una de las causales

establecidas por la ley para suspender o privar la patria potestad o la guarda, podrá decretarla, previa comprobación de la causal.

En la providencia que ponga fin al proceso, aplicará al menor una de las medidas consagradas en el artículo 204, determinando además, la cuota mensual con que deberán contribuir los padres al sostenimiento del menor. Dicha cuota, se entregará a la entidad que adelante el respectivo programa. Cuando dicha suma se entregare a personas naturales, se destinará exclusivamente al sostenimiento y educación del menor. Su depósito se hará por el Juzgado correspondiente, utilizando los servicios del Banco Popular o la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero.

Para hacer efectiva la cuota, el Juez podrá decretar el embargo de la remuneración del obligado hasta concurrencia de la cuota señalada. Si fuere asalariado, la orden de retención respectiva se comunicará al pagador o patrono de la empresa donde el obligado preste sus servicios. En todo caso la copia de la providencia prestará mérito ejecutivo.

Si estando vigente la medida que se le ha impuesto, el menor cumpliere dieciocho años, ésta continuará en vigor hasta obtener su rehabilitación, pero no se prolongará más allá de la fecha en que éste cumpla veintiún años. En ningún caso podrán cumplirse las medidas en sitios destinados a infractores mayores de edad.

Costa Rica.-

No fue sino hasta el año 1963 cuando se promulgó en este país una ley especial de menores, con regulaciones principalmente en el ámbito penal. Esta primera legislación se enmarca dentro de la corriente defensiva de la sociedad. Fundamentando su aplicación en niños y jóvenes menores de 17 años que se encontraran en situaciones de peligro social, no establecía una edad mínima para la posible aplicación de las medidas tutelares. Se basaba en la culpabilidad del autor, ampliando la competencia del juez tutelar a situaciones no delictivas.

Solamente existía en San José un Juzgado Tutelar especializado en la materia, llamado inicialmente Tribunal. La ley no garantizaba la participación del defensor del acusado, y no se respetaba el principio de inocencia. Sin embargo, de positivo hay que mencionar que la medida tutelar de internamiento siempre se usó, y se sigue usando, como última alternativa.⁴⁴

Como consecuencia del movimiento de reforma internacional que promovió la Convención de los Derechos del Niño, Costa Rica promulgó el 8 de marzo de 1994, una reforma legislativa a la original Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores. Entre los aspectos más destacables de nueva legislación se mencionan:

Limita la competencia del Juez a la resolución exclusiva de conflictos penales, delitos o contravenciones.

Establece una edad entre 12 y 18 para la aplicación de la nueva ley.

Reconoce el principio de inocencia, la no privación de su libertad y la no imposición de ninguna medida sin que se cumpla con el debido proceso legal.

Garantiza el derecho a la defensa, a la vida privada, a ser oído y a que la sanción que se aplique se imponga una vez comprobada la participación del menor en el hecho, y que la misma sea proporcional a la infracción o el delito cometido.

Garantiza al menor la no imposición de medidas indefinidas.

Garantiza la posibilidad de recurrir ante un superior en grado las resoluciones dictadas en contra del menor.

Pese a que en el caso de Costa Rica no se promulgó una nueva ley o Código de Menor en sentido estricto, sino más bien se hizo una reforma a la Ley Tutelar vigente desde 1963, sí se observa en esta reforma una ruptura con las líneas fundamentales de la ley anterior.

⁴⁴ ISSA EL KHOURY, H. *Algunas consideraciones sobre las medidas tutelares*. Revista Judicial No. 17, San José, Costa Rica, 1980, pp. 59-66

La nueva ley costarricense fijó la edad de 12 años para la adquisición de la capacidad de la responsabilidad penal. Estableciendo que a los menores de esa edad no se podría atribuirles ninguna infracción penal.

La ley establece un capítulo de procedimientos que prevé la intervención de trabajadores sociales. Lo mismo que un capítulo para la aplicación de las medidas tutelares.

Las medidas que el juez puede imponer son las siguientes:

- a) Amonestación,
- b) Libertad Asistida,
- c) Depósito en Hogar Sustituto,
- d) Colocación en un trabajo u ocupación conveniente,
- e) Internación en un establecimiento reeducativo.

Argentina.-

La Legislación de la materia se integra por la Ley del Patronato, de fecha 21 de Octubre de 1919; y el Código penal, que rige desde 1922.

La legislación punitiva dispone que no es punible el menor de 14 años, el cual será entregado a sus padres, tutores o guardadores. Sólo en el caso de que se juzgue peligroso dejarlo a cargo de estos, el Tribunal ordenara su colocación en un establecimiento de corrección de menores hasta que se cumpla la edad de 18 años, o de 21, en caso de que se trate de un sujeto "pervertido o peligroso".

En cuanto a los mayores de 14 y menores de 18 años, si el delito estuviera castigado con una pena por la que es posible la concepción de la condena condicional, el tribunal podrá entregarlos a sus padres o tutores, como en el caso anterior; o enviarlos a una casa de corrección hasta que cumplan los 21 años.

Chile:-

En el país andino sigue vigente la LEY DE MENORES que rige desde el 3 de febrero de 1967.

De acuerdo con el artículo 1º, la ley se aplicará a los menores de edad, sin perjuicio de las disposiciones especiales que establecen otra edad para efectos determinados.

La ley establece la creación en la Dirección General de Carabineros de un Departamento denominado "Policía de Menores", con personal especializado en el trabajo con menores. Este departamento establecerá en cada ciudad cabecera de provincia y en los lugares que sean asiento de un Juzgado de Letras de Menores, Comisaría o Subcomisaría de Menores. La Policía de Menores tendrá las siguientes finalidades:

- a) Recoger a los menores en situación irregular con necesidad de asistencia o protección;
- b) Ejercer, de acuerdo con las instrucciones que imparta el Consejo Nacional de Menores, el control de los sitios estimados como centros de corrupción de menores;
- c) Fiscalizar los espectáculos públicos, centros de diversión o cualquier lugar donde haya afluencia de público, con el fin de evitar la concurrencia de menores, cuando no sean apropiados para ellos, y
- d) Denunciar al Juzgado de Letras de Menores los hechos penados por el artículo 62, a saber:

Art. 62. Será castigado con prisión en cualquiera de sus grados o presidio menor en su grado mínimo, o con multa de diez a cien escudos:

- 1.- El que ocupare a menores de dieciocho años en trabajos u oficios que los obliguen a permanecer en cantinas o casas de prostitución o de juego;

2.- El empresario, propietario o agente de espectáculos públicos en que menores de dieciséis años hagan exhibiciones de agilidad, fuerza u otras semejantes con propósito de lucro;

3.- El que ocupare a menores de dieciséis años en trabajos nocturnos, entendiéndose por tales aquellos que se ejecutan entre las diez de la noche y las cinco de la mañana, y

4.- Suprimido.

El maltrato resultante de una acción u omisión que produzca menoscabo en la salud física o psíquica de los menores, no comprendido en leyes especiales sobre materias similares, será sancionado con todas o algunas de las siguientes medidas:

1) Asistencia del agresor a programas terapéuticos o de orientación familiar, bajo el control de la institución que el juez estime más idónea o conveniente, tales como el Servicio Nacional de la Mujer, el Servicio Nacional de Menores, el Centro de Diagnósticos del Ministerio de Educación o los Centros Comunitarios de Salud Mental Familiar, declarándolo así en la sentencia definitiva. La Institución designada deberá, periódicamente, remitir los informes de cumplimiento al tribunal en que esté radicada la causa;

2) Realización de trabajos determinados, a petición expresa del ofensor, en beneficio de la comunidad, para la Municipalidad o para las corporaciones municipales existentes en la comuna correspondiente a su domicilio, análogos a la actividad, profesión u oficio del condenado o relacionados con ellos, sin que estos trabajos alteren sus labores habituales, y

3) Multa, a beneficio municipal, equivalente al ingreso diario del condenado, de uno a diez días, la que se fijará prudencialmente por el juez.

En todos los casos en que los hechos denunciados ocasionen lesiones graves o menos graves, los antecedentes serán remitidos al tribunal del crimen respectivo.

Lo dispuesto en este artículo será también aplicable cuando las personas indicadas en el inciso primero abandonen al menor sin velar por su crianza y educación o lo corrompan.

De acuerdo con el artículo 16, los menores de dieciocho años sólo podrán ser retenidos en las Comisarias o Subcomisarias de Menores, en un Centro de Tránsito y Distribución, en un Centro de Observación y Diagnóstico o, en aquellos lugares en que estos últimos no existan y sólo tratándose de menores que pudieren ser sometidos a examen de discernimiento, en algún establecimiento que determine el Presidente de la República, en conformidad con lo establecido en el artículo 71 de la ley. La retención de una persona visiblemente menor en un establecimiento distinto de los señalados, constituirá una infracción grave a dicha obligación funcionaria, y será sancionada con la medida disciplinaria que proceda de acuerdo al mérito de los antecedentes, sin perjuicio de las demás responsabilidades en que pueda haber incurrido el infractor.

Carabineros de Chile deberá poner a los menores inculcados de haber cometido un hecho constitutivo de crimen o simple delito, directa e inmediatamente, a disposición del tribunal competente. Sólo si ello fuere imposible, deberá ingresarlo al Centro de Observación y Diagnóstico respectivo dentro de las veinticuatro horas siguientes. El funcionario que lo reciba lo pondrá a disposición del juez con los antecedentes del caso, a primera hora de la audiencia más próxima o antes si éste así lo ordena.

Si se tratare de una falta, y el menor tuviera domicilio conocido, o ejerciere alguna actividad o industria, o rindiere caución, en la forma prevista por el Código de Procedimiento Penal, de que comparecerá a la presencia judicial en la audiencia inmediata, se limitará a citarlo y lo dejará en libertad. Tratándose de un menor que hubiere sido retenido por otra causa, notificará el motivo a sus padres o guardadores y procederá a devolvérselos. Si no los tuviese, y apareciere de manifiesto la necesidad de brindarle asistencia o protección, lo pondrá a disposición del juez de menores, para que éste resuelva a su respecto la medida que proceda.

El artículo 17 prohíbe a los jefes de establecimientos de detención mantener a los menores de dieciocho años en comunicación con otros detenidos o procesados mayores de

esa edad. El funcionario que no diere cumplimiento a esta disposición será castigado, administrativamente, con suspensión de su cargo hasta por el término de un mes.

La ley otorga jurisdicción para conocer de los asuntos de menores, y la facultad de hacer cumplir las resoluciones que recaigan en ellos, a los Juzgados de Letras de Menores. Estos tribunales formarán parte del Poder Judicial y se regirán por las disposiciones relativas a los Juzgados de Letras de Mayor Cuantía establecidas en el Código Orgánico de Tribunales y leyes que lo complementan, en lo que no se oponga a lo dispuesto en la presente ley y en la ley sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias.

En cada Juzgado de Letras de Menores habrá un secretario, que, en el carácter de ministro de fe pública, autorizará las providencias, despachos y actos emanados del juez y custodiará los expedientes y todos los documentos que se presenten al tribunal.

Corresponde a los jueces de letras de menores, en términos del artículo 26, conocer de todos los asuntos en que aparezcan menores inculcados de crímenes, simples delitos o faltas, y expedir la declaración previa sobre si el mayor de dieciséis años y menor de dieciocho ha obrado o no con discernimiento; asimismo, aplicar las medidas a los menores de dieciséis años, como a los mayores de esa edad y menores de dieciocho que hayan obrado sin discernimiento y ejecutado un hecho que, si se hubiere cometido por mayores de esa edad, habría constituido delito.

Tanto el menor de dieciséis años, como el mayor de esa edad y menor de dieciocho años, que haya obrado sin discernimiento, que aparezcan como inculcados de un crimen, simple delito o falta, serán juzgados por el juez de letras de menores respectivo, quien no podrá adoptar respecto de ellos otras medidas que las establecidas en esta ley. La declaración previa acerca de si ha obrado o no con discernimiento, deberá hacerla el juez de letras de menores, oyendo al Consejo Técnico de la Casa de Menores, o a alguno de sus miembros en la forma que determine el reglamento.

El juez de letras de menores podrá aplicar alguna o algunas de las medidas siguientes (artículo 29)

1.- Devolver el menor a sus padres, guardadores o personas a cuyo cargo estuviere, previa amonestación;

2.- Someterlo al régimen de libertad vigilada, lo que se efectuará en la forma que determine el reglamento,

3.- Confiarlo, por el tiempo que estime necesario, a los establecimientos especiales de educación que la ley señala, y

4.- Confiarlo al cuidado de alguna persona que se preste para ello, a fin de que viva con su familia, y que el juez considere capacitada para dirigir su educación.

Estas medidas durarán el tiempo que determine el juez de letras de menores, quien podrá revocarlas o modificarlas, si variaren las circunstancias, oyendo al consejo técnico de la Casa de Menores o a alguno de sus miembros en la forma que determine el reglamento.

Tratándose de un menor que ha sido víctima de maltrato, el Juez podrá, además de decretar las medidas indicadas en el inciso primero, remitir los antecedentes a los Tribunales competentes para aplicar sanciones penales a quienes resulten responsables, o para decretar otras medidas cautelares en beneficio del menor y de su grupo familiar.

En caso alguno el juez de letras de menores podrá ordenar el ingreso de una persona menor de dieciocho años en un establecimiento penitenciario de adultos.

Cuando se recoja un menor por hechos que no sean constitutivos de crimen, simple delito o falta, el juez de letras de menores podrá, sin necesidad de llamarlo a su presencia, aplicarle alguna de las medidas señaladas, según más convenga a la irregularidad que presente.

Antes de aplicarse a un menor de dieciocho años algunas de las medidas contempladas en la ley, por un hecho que, cometido por un mayor, constituiría delito, el juez deberá establecer la circunstancia de haberse cometido tal hecho y la participación que en él ha cabido al menor. Sin embargo, aunque se llegue a la conclusión de que el hecho no se ha cometido o que al menor no le ha cabido participación alguna en él, el juez podrá aplicarle las medidas de protección que contempla esta ley, siempre que el menor se encuentre en peligro material o moral.

El juez de letras de menores en todos los asuntos de que conozca apreciará la prueba en conciencia y, si fuere posible, deberá oír siempre al menor púber y al impúber, cuando lo estimare conveniente. Además de los informes que solicite a los asistentes sociales, podrá requerir informes médicos, psicológicos u otros que estimare necesarios. Podrá también utilizar todos los medios de información que considere adecuados, quedando obligados los funcionarios fiscales, semifiscales, de empresas del Estado o establecimientos particulares subvencionados por éste, a proporcionarlos cuando les sean solicitados para los efectos de la ley.

Para los efectos de la ley, se crearán Casas de Menores. Estas funcionarán a través de dos centros independientes y autónomos entre sí. Uno de ellos, denominado Centro de Tránsito y Distribución, atenderá a los menores que requieran de diagnóstico, asistencia y protección, mientras se adopta alguna medida que diga relación con ellos. El otro, que se denominará Centro de Observación y Diagnóstico, estará destinado a acoger a los menores que hubieren cometido hechos constitutivos de crimen o simple delito, los que permanecerán en él hasta que el juez adopte una resolución a su respecto o resuelva acerca de su discernimiento. Con todo, estos menores podrán ser atendidos en el Centro de Tránsito y Distribución, cuando no proceda su privación de libertad.

En cada Casa de Menores funcionará un Consejo Técnico integrado por las siguientes personas (artículo 52):

- a) El Director de la Casa de Menores, quien lo presidirá,
- b) Un psiquiatra infantil;
- c) Un psicólogo;
- d) Un asistente social;
- e) Un representante de los establecimientos particulares de protección de menores que funcionen en el distrito jurisdiccional del Juzgado de Letras de Menores respectivo;
- f) Un profesor, y
- g) El funcionario a cargo directo del menor respectivo.

La pena privativa de libertad que el juez del crimen aplique al menor de edad declarado con discernimiento, será cumplida en centros de readaptación. Cuando un menor de edad deba egresar de un Centro de readaptación, el juez de letras de menores determinará si queda en libertad o debe ser enviado a los Centros de Rehabilitación donde permanecerá hasta su mayoría de edad.

Los Centros de Rehabilitación tendrán por finalidad posibilitar la integración definitiva del menor en el medio social.

VI - I LEGISLACIÓN ESPAÑOLA EN LA MATERIA.

Dentro del apartado de Derecho comparado con otros países, es indispensable referirnos al tema de la legislación española. Es evidente la estrecha relación que existe entre México y España, sobre todo porque éste último país, ha ejercido gran influencia en la cimentación de la cultura jurídica mexicana.

La legislación penal española actual, establece la minoría de edad penal a los 18 años. A lo largo de la historia, este límite cronológico ha sido drásticamente modificado; en los primeros Códigos españoles, como el del año de 1822, se consideraba la minoría de edad penal a los 7 años, creyendo que el discernimiento se manifestaba desde esta corta edad. Surgieron otros criterios, que hablaban de la capacidad del menor para desempeñar diversas actividades, estableciéndose la minoría antes de los 16 años.

La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, establece un régimen normativo para todos aquellos menores presuntamente culpables de un delito, pero exentos de responsabilidad criminal según lo planteado en los mismos Códigos Penales.

Son menores infractores para la legislación española, aquellos que se encuentran entre los 14 años y los 18 años de edad, pudiendo ampliarse este límite superior, de acuerdo al desarrollo de la personalidad de cada sujeto en específico, de los 18 hasta los 21 años de edad.

Esta delimitación del *alcance subjetivo* de la regulación penal de los menores de edad penal, sujetos activos de una conducta típica, es determinada básicamente en el *art. 1* de la propia LORPM, precepto que, bajo la enfática rúbrica de "Declaración general", establece positivamente *dos tramos cronológicos de edad* delimitadoras de la categoría normativa de menores de edad a quienes es aplicable la presente ley:

a) En primer término, la Ley considera como *menores geminos destinatarios de la norma* a los autores de la realización de un injusto típico (acción típica y antijurídica, conducta que cumple un tipo legal sin la concurrencia de ninguna causa de justificación) que se hallen al momento de la acción comprendidos *entre los 14 años (inclusive) y los 18 años (exclusive)* de edad, es decir, todas las personas *desde el segundo después* de cumplir 14 años de edad *hasta el segundo antes* de cumplir 18 años de edad. Al respecto el *art. 1,1* de la LORPM dispone: "Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados..."

b) En segundo lugar, la Ley comprende asimismo a determinados *jóvenes delincuentes* como *eventuales destinatarios* de la legislación penal de menores, cuando así lo declare el Juez de Instrucción competente en atención al grado de desarrollo psicológico y madurez de la personalidad, entendiéndose como tales a los autores de la comisión de un injusto típico que se hallen comprendidos *entre los 18 años (inclusive) y los 21 años (exclusive)* de edad, es decir, los menores *desde el segundo después* de cumplir 18 años de edad *hasta el segundo antes* de cumplir 21 años de edad. El *art. 1,2* de la LORPM establece: "También se aplicará lo dispuesto en esta Ley para los menores a las personas mayores de dieciocho años y menores de veintiuno, en los términos establecidos en el artículo 4 de la misma".

Así pues, la Ley reserva el término de "*menores*" de edad penal *strictu sensu* a los que hemos denominado menores de edad *geminos*, que son los menores (de edad más reducida) comprendidos en el tramo de los "*14 a 17*" años de edad (*ambos inclusive*), al tiempo que asigna el calificativo legal de "*jóvenes*" a los *jóvenes delincuentes* comprendidos en el tramo que va de los "*18 a 20*" años de edad (*ambos inclusive*), que

cuando así lo indique el desarrollo de su personalidad pueden también ser *destinatarios eventuales* de la presente normativa penal de los menores de edad. Los dos supuestos de "menores de edad penal", que contempla la Ley en el artº. 1,1 y artº. 1,2 de la Ley, integran respectivamente las (sub)categorías de los "menores" de edad penal genuinos y de los "jóvenes" delincuentes eventualmente equiparados a los menores.

Ahora bien, cuando la Ley se refiere con carácter genérico al "menor" o a los "menores", en principio alude a todos aquellos menores, tanto *genuinos* como *eventuales*, que resulten normativamente incluidos en su ámbito de aplicación. Ello sin perjuicio de que la L.O. 9.2000, de 22 de diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia, en su Disposición Transitoria Única, haya dejado en suspenso a la LORPM (a la que también modifica) "en lo referente a infractores de edades comprendidas entre los 18 y 21 años, por un plazo de dos años desde la entrada en vigor de la misma".

A la vista del presente tratamiento regulativo, cabe plantearse el siguiente interrogante: ¿Qué sentido tiene que la *Exposición de Motivos* (epígrafe I, apartado 10) proclame que, en el ámbito de aplicación de la Ley y de la graduación de las consecuencias por los hechos cometidos, han de distinguirse dos *tramos cronológicos*: de 14 a 16, de un lado, y de 17 a 18 años, de otro? (Trascendental cuestión de delimitación cronológica, por la entidad de la diferencia de las consecuencias penales respectivas). En verdad, no tiene sentido alguno lo indicado por la *Exposición de Motivos*, salvo el de contradecir a la propia Ley a la que sirve de preámbulo. Pues los *tramos cronológicos* a que alude la *Exposición de Motivos* de la Ley resultan ser *contradictorios* con los establecidos por el texto regulativo de la propia Ley, en orden a la delimitación de los grados de la minoría de edad que normativamente se diferencian.

En contra de lo anunciado en su *Exposición de Motivos*, la Ley penal establece como *criterio* normativo vigente de *delimitación* cronológica de la *minoría* de edad el "fatídico" aniversario (por los diversos efectos penales que comporta) de los 16 años de edad, pero no el de los 17 años (que inexplicablemente enuncia *contra legem* la *Exposición*

de Motivos). Según la regla 3ª del artº 9 de la Ley, la *duración de las medidas* no podrá exceder básicamente de 2 años, para personas que aun *no hayan cumplido* los 16 años de edad. Según la regla 4ª del citado artº 9, en cambio, para las específicas hipótesis de menores que *ya hayan cumplido* los 16 años en el momento de la comisión, el plazo de duración de las medidas podrá alcanzar un máximo de 5 años.

Con manifiesta *contradicción normativa* respecto a lo proclamado por la Exposición de Motivos, la Ley fundamenta la graduación de las consecuencias (y, en concreto, la muy relevante circunstancia de la duración de las medidas) en una *delimitación de la minoría de edad* que no se compadece con la que anuncia el preámbulo legislativo, incurriendo en *antinomía positiva* la imprecisa descripción del preámbulo de la ley.

De un lado, la *Exposición de Motivos* de manera enfática proclama que "Conforme a los principios señalados, se establece, inequívocamente, el límite ... y se diferencian ... dos tramos...": 14 a 16 años (es decir, 14, 15 y 16 años), de un lado, y 17 a 18, de otro. De otro, por el contrario, la Ley no prevé una menor duración de las medidas a los sujetos de 14, 15 y 16 años de edad y una mayor duración a los de 17 y 18 (como indica la Exposición de Motivos), sino respectivamente a los *menores de edad penal* que sean de "14 y 15" años (ambos inclusive), por un lado, y a los de "16 y 17" años de edad (ambos inclusive), por otro. La diversidad de consecuencias jurídico-penales que para ambos casos prevé la ley es muy considerable en su intrínseca relevancia sancionadora: la duración de las medidas aplicables a los menores del primer grado legal ("14 y 15" años) *no llega* en su límite máximo (2 años) ni siquiera a la *mitad* de la duración máxima (5 años) de las que son aplicables a los menores del segundo grado legal ("16 y 17" años de edad).

En suma, de conformidad y en desarrollo de las prescripciones contenidas en el Código Penal, la LORPM establece unos determinados *límites legales genéricos del alcance de su vigencia*, en relación a la edad del sujeto activo: un límite mínimo y un límite máximo, que tienen un carácter absoluto por cuanto en ningún caso se pueden rebasar.

a) El *limite mínimo* es establecido en 14 años de edad por la presente ley de responsabilidad penal de menores, la cual no tiene tampoco vigencia alguna para todos los sujetos activos de injustos típicos que se hallen "*por debajo de 14 años*" de edad, siendo de aplicación a tales *menores de corta edad* ("*proximus infantiae*"), que quedan por debajo del límite mínimo de la edad penal, exclusivamente la legislación de naturaleza extrapenal que proceda, fundamentalmente administrativa o civil.

b) El *limite máximo* legal radica en el aniversario de 21 años de edad: "*por encima de 21 años*" de edad del sujeto, queda excluido *ope legis* el alcance regulativo de la presente Ley de responsabilidad penal de los menores infractores del ordenamiento punitivo, siendo de directa y exclusiva aplicación el articulado del Código penal a los autores de los injustos típicos que rebasen dicho límite de edad.

Es prevista positivamente la *posible* aplicación de la Ley a determinados autores de un injusto típico que, aun siendo *mayores* de edad penal (*mayores de 18 años*), resulten *equiparables* a los *menores* de edad penal: en concreto los "*jóvenes*" *delinquentes* que tengan 18, 19 o 20 años (inclusive) en el momento de realizar el comportamiento típico, los cuales pueden ser considerados menores a efectos penales, en atención a las características del desarrollo de su personalidad, y en su virtud acogerse a la regulación de la Ley de responsabilidad penal de los menores de 18 años, conforme prescribe el artº. 4 de la Ley, en consonancia con lo dispuesto en el artº. 69 del Código Penal.

Ahora bien, el régimen legislativo sobre los *jóvenes delinquentes* mayores de edad penal (de 18, 19 o 20 años), pero equiparables a los menores de 18, no ha entrado en vigor y ha sido dejado en suspenso durante el plazo de dos años (es decir, hasta el 14 de enero de 2003), en virtud de la modificación introducida por la L.O. 9/2000, de 22 de diciembre (Disposición Transitoria Única), según la cual por el momento no son aplicable ni el CP de 1995 (art. 69) ni la LORPM de 2000 (art. 4) a aquellos jóvenes de 18 a 21 (exclusive) que, en atención al desarrollo de su personalidad, sean equiparables a los menores de 18 años y sujetos al régimen jurídicopenal de éstos.

Ademas se introduce en todo caso una excepción al régimen legal de tales jóvenes delincuentes (de 18, 19 o 20 años) equiparables a los menores de 18 años de edad por *L.O. 7 2000, de 22 de diciembre* (de modificación de la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, así como de la L.O. 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo), al incorporar, en su Artículo segundo, una *nueva* Disposición Adicional en la LORPM: la *Disposición Adicional 4ª*, según la cual lo dispuesto en el artº. 4 de la LORPM *no será de aplicación* en ningún caso a los *mayores de 18 años* imputados en la comisión de los delitos de *homicidio, violación y terrorismo*, respectivamente descritos en los artículos 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 del Código Penal, así como en aquellos otros delitos sancionados con pena de prisión igual o superior a 15 años.

II.- *Naturaleza de las medidas de seguridad para los menores de edad autores de un injusto típico*

La enumeración de las medidas de seguridad jurídico-penales que legislativamente son aplicables a los menores de edad penal, autores de la realización de un injusto típico, es contenida en el artículo 7 de la Ley. Tal precepto de la legislación penal de menores es precedido de una prolija Exposición de Motivos, que afronta la prolija tarea del enunciado de toda una memoria justificativa de las medidas de seguridad previstas en la ley, cometido que es afrontado empero con un criterio sistemático de clasificación distinto del asumido por el propio texto legal.

Parece ofrecerse la imagen de que la *Exposición de Motivos*, en lugar de limitarse a servir de preámbulo introductorio y expositivo de las líneas maestras de la Ley, afronta la proclamación normativa de los caracteres configuradores de las medidas de seguridad de los menores, sin plena coincidencia con el contenido del texto legal y sin el menor rigor metodológico de presentación del mismo. Pudiera pensarse que Exposición de Motivos y Ley responden a distinta autoría legisferante y a autónomos planteamientos metódicos.

a) La Exposición de Motivos alude, en primer término, a las medidas de "conciliación", "reparación", "amonestación" y "prestaciones en beneficio de la comunidad" (E. de M., III,13,14,15), procediendo a describirlas con mayor o menor amplitud en los aspectos esenciales de su contenido, características y fines substanciales.

b) Seguidamente la Exposición de Motivos se ocupa de las diversas modalidades positivamente previstas de las medidas de "internamiento" en sus diversas modalidades: el internamiento en régimen "cerrado" (al que eufemísticamente dedica el apelativo de "ambiente restrictivo"), el internamiento en régimen "semiabierto", el internamiento en régimen "abierto", así como el internamiento "terapéutico" (E. de M., III,16).

En relación con tales medidas de internamiento, la Exposición de Motivos hace hincapié en los fines, presupuestos y contenidos de las mismas, incurriendo en patente imprecisión y notoria ambigüedad en la delimitación de las características configuradoras de las respectivas categorías. En concreto, alude de una manera inexacta al elemento de mayor relevancia en la configuración de la naturaleza jurídica de este tipo de medidas, cual es el fundamento jurídico de las mismas, que confiere en el ejercicio del *Ius puniendi* la facultad de imponer la privación de libertad de los destinatarios de tan drásticas medidas penales de carácter educativo o terapéutico.

El *fundamento* jurídico de la medida de seguridad es constituido por la "peligrosidad criminal del autor", la cual sólo puede ser apreciada tras la constatación de un *presupuesto* normativo esencial, constituido por la realización de un *injusto típico* por el sujeto ("post-illicitum"), de acuerdo a las garantías del Derecho penal de acto. La peligrosidad criminal implica pronóstico desfavorable sobre el comportamiento futuro del sujeto. El *presupuesto* implica la previa comisión del tipo de injusto sin la concurrencia de ninguna causa de justificación.

Sin tal *fundamento jurídico de la "peligrosidad criminal"*, apreciable en la actitud del sujeto al momento de la determinación de la medida, y sin tal *presupuesto jurídico de la concreción de un tipo de injusto* (medida "post-illicitum", no predelictual o de peligrosidad

social), la previsión normativa de una medida de seguridad penal (por antonomasia, las que inciden sobre la libertad personal) estaría fuera del Sistema del Derecho penal de acto, y anclada en un ordenamiento de intenciones, cuando no de voluntad o de autor. Por ello, no puede reputarse exacta sino imperfecta y unilateral la mención del fundamento de las medidas de seguridad privativas de libertad que efectúa la Exposición de Motivos, mediante la unilateral expresión de que tales medidas (incidentes en la libertad del sujeto) "responden" a una "*mayor peligrosidad*" manifestada en la naturaleza peculiarmente grave de los *hechos cometidos*.

c) Describe la Exposición de Motivos asimismo las medidas siguientes: "*asistencia a un centro de día*" (III,17), "*libertad vigilada*" (III,18), "*realización de tareas socio-educativas*" (III,19), "*tratamiento ambulatorio*" (III,20), "*permanencia de fin de semana*" (III,21), "*convivencia con persona, familia o grupo educativo*" (III,22), y "*privación del permiso de conducir, caza o armas*" (III,23).

d) Por último, la Exposición de Motivos concluye su peculiar análisis preliminar de las medidas, ciertamente prolijo pero en gran medida superfluo, con una inefable alegoría al espíritu de un *normativismo reglamentista*, el cual, desde la óptica de seguridad y certeza jurídicas, resulta especialmente inadecuado en el genuino ámbito del ordenamiento penal, cuya única fuente de creación es el principio de Legalidad orgánica y donde de modo particular las cláusulas extensivas son repudiables ("*odiosa sunt restringenda*"). En efecto, siendo en la realidad normativa el censurado recurso a la técnica reglamentista práctica de frecuente uso en nuestro ordenamiento punitivo, así en ámbitos del Derecho de ejecución penal tan relevantes como el ordenamiento penitenciario, frente a ella conviene ser cauto y precavido. No obstante, la Exposición de Motivos pone de manifiesto, con un énfasis digno de mejor causa, que "*los principios científicos y los criterios educativos*" a que han de responder cada una de las medidas se habrán de regular *más extensamente* en el "*Reglamento*" de desarrollo.

A propósito de esta remisión regulativa de los *principios científicos* y los *criterios educativos* al ámbito reglamentario, conviene recordar que la materia que constituye el

objeto regulativo de la legislación sobre responsabilidad penal de los menores, en contra de lo expresado en la Exposición de Motivos (II,6), pertenece a la propia esencia del Derecho penal, al que con la reserva de ley orgánica corresponde configurar el Sistema de las medidas de seguridad penales, al igual que el Sistema de penas respecto de los sujetos culpables de la comisión de delitos. Estimamos que no es correcto conferir a tales medidas de seguridad penales una "naturaleza *formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa*", como hace la Exposición de Motivos (II,6), pues con esta concepción no se delimita debidamente el Derecho penal respecto del Derecho sancionador, al tiempo que se omite apreciar debidamente la naturaleza preventiva del Derecho penal y los fines de educación y reinserción social que son consubstanciales a las sanciones penales, las cuales están constituidas no sólo por las penas sino también por las medidas de seguridad penales.

III.- *Catálogo legal de las medidas de seguridad para menores de edad penal*

La Ley de responsabilidad penal del menor contiene una muy prolija provisión de medidas de seguridad, en principio específicamente diseñadas para adecuarse a la peculiar situación de inmadurez de quienes, por razones de edad, no han alcanzado el pleno desarrollo del psiquismo humano ni han completado el proceso de formación de la personalidad.

El art.º 7 de la LORPM contribuye de manera determinante a la configuración de una sistemática legislativa que evidencia básicas deficiencias técnicas, por cuanto adolece de exacerbado casuismo descriptivo y de ambigüedad conceptual, en orden a la configuración de las medidas de seguridad penales que han de atender a la singulares vicisitudes de la personalidad de un importante sector de autores de comportamientos típicos en la sociedad contemporánea: los menores de edad. La delimitación normativa de estas medidas ofrece acusadas aristas en los modernos Sistemas comparados de Política criminal, por la complejidad valorativa y la versatilidad de las características configuradoras de la personalidad humana en formación. La relevancia de la cuestión y la

trascendencia de su regulación son innegables. Las divergencias en los sistemas comparados al respecto se muestran también significativas.

La rúbrica del citado precepto (artº. 7 LORPM) proclama formalmente una mera "*enumeración de las medidas*" susceptibles de ser impuestas a los menores. En este punto, se manifiesta con mayor exactitud conceptual la Exposición de Motivos (II,11), cuando califica al instaurado Sistema legal de las medidas jurídico-penales destinadas a los menores de edad no como una enumeración sino como el "*catálogo de medidas*" que son aplicables a los infractores menores de edad de la norma penal.

La "*enumeración legislativa*" de las medidas de seguridad legalmente previstas en la ley penal, o más exactamente el "*catálogo de las medidas aplicables*" legalmente es objeto, como no podía ser menos, de una "*ordenación normativa*", la cual atiende básicamente a los criterios de la *indole del bien jurídico* afectado y de la *intensidad de afectación* del mismo por la correspondiente medida de seguridad jurídico-penal. Tales pautas valorativas son estimadas de una manera simplista por la Ley, cuando en su artº. 7,1 invoca como fundamento inspirador de la clasificación normativa el formal criterio positivo de la mera "*restricción de derechos*" que las medidas suponen, cuando debió haber considerado la naturaleza del bien y la entidad de su afectación respectiva.

La Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores procede a establecer el siguiente *catálogo general de medidas de seguridad penales*, aplicables a los menores de edad penal infractores del ordenamiento punitivo:

1. *Internamiento en régimen cerrado*

Comporta esta medida de seguridad la obligación del destinatario de la aplicación de la misma de ingreso en un centro y permanencia en el mismo durante el tiempo de su ejecución. Esta obligatoriedad de ingreso y permanencia en un determinado centro y en un régimen cerrado, que el internamiento ineludiblemente implica con la correspondiente privación de la libertad de movimiento *extra muros*, es sutilmente aludida en el artº. 7,1,a)

de la LORPM mediante la referencia de que "*residirán en el centro*" las personas sometidas a esta medida.

De manera no sólo sutil, sino emblemáticamente eufemística, la Exposición de Motivos alude a la medida de internamiento en régimen cerrado, cuando consigna que el objetivo prioritario de la medida es "*disponer de un ambiente*" que provea de las condiciones educativas adecuadas, y se refiere a "*asegurar la estancia*" del infractor en un régimen "*físicamente restrictivo*" de su libertad, a "*proporcionar un clima*" de seguridad personal, y a que las "*condiciones de estancia*" sean las correctas para el normal desarrollo psicológico de los menores (E. de M., III,16).

La función esencial de esta medida es dispensar al menor un tratamiento de índole educativa, en un régimen cerrado de privación de la libertad ambulatoria fuera del centro de internamiento. a través del desarrollo de actividades formativas, educativas, laborales y de ocio (artº. 7.1,a) de la Ley), para la adquisición por parte del menor de los suficientes recursos de competencia social que le permitan un comportamiento responsable en la comunidad, mediante una gestión de control en un ambiente restrictivo y progresivamente autónomo (E. de M., III, 16,2).

Ahora bien, lo relevante no es enfatizar los objetivos (ofrecidos más bien como buenos deseos del legislador), sino establecer la necesidad de seguir determinados proyectos educativos, mediante actividades que propicien la formación del menor en un centro en que el mismo ingresa y se mantiene en régimen cerrado para el desempeño de tales actividades, a las que ha de someterse a lo largo del tiempo de duración de la medida; y no es tan trascendente la adquisición de recursos de competencia social, para permitir un comportamiento responsable en la comunidad, de suerte que se pretenda conseguir hacer del educando un buen ciudadano, como tratar de infundir al mismo la interiorización de la exigencia de la mera necesidad de acatamiento de la ley penal, mediante el respeto de los bienes jurídicos consubstanciales a la convivencia humana.

2. *Internamiento en régimen semiabierto*

Comporta la imposición de esta medida que las personas sujetas a la misma necesariamente han de *residir en el centro* de aplicación de la medida, pero realizarán *fuera del mismo* las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio propias del correspondiente proyecto (artº. 7,1,*b*) de la Ley). Con propiedad emplea aquí la Ley el término *residir* en el centro, por cuanto el sujeto, sin perjuicio del internamiento en el mismo, en el que mantiene su único punto de residencia, ha de salir al *exterior* de él a fin de llevar a efecto el desarrollo de las actividades del programa.

Matiza la Exposición de Motivos que desde el principio los objetivos substanciales del proyecto educativo se realizan en contacto con personas e instituciones de la comunidad (E. de M., III,16,3). La singular característica de la salida fuera del centro ha de entenderse, no tanto como una mera referencia de índole topográfica, cuanto como un modo de aplicación de la medida. La clave interpretativa no es el centro de residencia, sino el entorno de relación interpersonal o intrainstitucional.

Queda indeterminado en todo caso si las actividades del proyecto educativo se realizarán en el exterior del centro en su totalidad, o si sólo se requiere que necesariamente se lleven a cabo fuera del mismo actividades aunque sean éstas sólo parte de las que comprende el proyecto educativo conjunto.

3. *Internamiento en régimen abierto*

A diferencia del internamiento en régimen semiabierto, en el sistema de la presente medida de internamiento en régimen abierto, las personas sometidas a esta medida llevarán a cabo todas las actividades del proyecto educativo en los servicios normalizados del entorno, residiendo en el centro como domicilio habitual, con sujeción al programa y régimen interno del mismo (artº. 7,1,*c*) de la Ley y E. de M. III,16,4).

Dos son las claves de esta medida: la realización de *todas* las actividades del proyecto educativo en el externo del centro de internamiento, y el desarrollo de las mismas

en los servicios *normalizados* del entorno. De modo que del dato de encierro que el internamiento comporta mediante ingreso en un centro sólo conserva la residencia en el mismo como domicilio habitual, lo que supone que incluso esporádica o excepcionalmente pueda ser sustituida tal sede de domiciliación

4. *Internamiento terapéutico*

Esta medida implica una atención educativa especializada o un tratamiento específico dirigido a personas con anomalías o alteraciones psíquicas, o alteraciones en la percepción que determinen grave alteración de la conciencia de la realidad, o en estado de adicción al alcohol o drogodependencia, (artº. 7,1,d) de la Ley y E. de M. III,16,5).

Frente al tratamiento domiciliario, ambulatorio o manicomial (en el sentido de internamiento en centro terapéutico cerrado), la esencia de esta medida reside en la aplicación de una programación terapéutica, al propio tiempo que educativa y asegurativa, que puede ser aplicada bien sola bien complementada con otras medidas, y que cuando consista en un tratamiento de deshabitación requerirá la voluntaria participación activa del afectado.

5. *Tratamiento ambulatorio*

Guarda esta medida gran similitud estructural con la prevista en el apartado anterior, conforme a la respectiva configuración conferida a la misma positivamente (artº. 7,1e) de la Ley y E. de M. III,20), divergiendo sustancialmente en que el tratamiento se dispensará en la comunidad, aunque con la obligatoriedad de asistir al centro con la periodicidad prescrita, a fin de superar por esta vía procesos adictivos o disfunciones psíquicas. Ante el rechazo personal de la sumisión a un tratamiento de deshabitación, subsidiariamente se aplicará otra medida.

6. *Asistencia a un centro de día*

Consiste substancialmente en la práctica de determinadas actividades de apoyo, educativas, formativas, laborales o de ocio, en un determinado centro al que acudirán al efecto los afectados, que seguirán residiendo en su domicilio (artº. 7.1,f) de la Ley).

El centro de realización de las actividades educativas de apoyo está plenamente integrado en la comunidad, y proporciona al interesado un ambiente estructurado, como centro del proyecto socio-educativo en conexión con otros recursos de ocio o culturales (E. de M., III,17)

7. Permanencia de fin de semana

Consiste en el mantenimiento personal del afectado, en su propio domicilio o en un centro, durante un máximo de 36 horas entre la tarde del viernes y la noche del domingo, a excepción del tiempo que se dedique al cumplimiento de tareas socio-educativas asignadas (artº. 7.1,g) de la Ley).

La Exposición de Motivos de la Ley resalta que esta medida es adecuada para menores que cometan actos de vandalismo o agresiones leves en los fines de semana, y que en la práctica combina elementos del arresto de fin de semana y de la medida de tareas socio-educativas o prestaciones en beneficio de la comunidad (E. de M. III,21).

La referencia a la caracterización de la medida y a la motivación de su imposición, contenida en la Exposición de Motivos, es altamente ociosa, por cuanto es obvio que tanto esta como todas las demás medidas de seguridad penales son siempre de aplicar por razón de la personalidad del afectado y de las exigencias técnicas de su más adecuado tratamiento, en base al fundamento jurídico y al presupuesto propio de cada medida.

Decir que la medida de referencia combina elementos de la medida de tareas socio-educativas y de la de prestaciones en beneficio de la comunidad, ciertamente, no contribuye precisamente a una exacta delimitación de cada una de tales medidas. Y más confusa e impropia aún si cabe es la referencia al arresto de fin de semana, por cuanto involucra la

naturaleza de la medida con la de la pena, sin más base que la limitación temporal de 36 horas, ayuna por lo demás de todo sentido, puesto que el concepto de "arresto" y de "medida" divergen, sino incluso el *tempus* de ejecución, que es establecido de modo radicalmente diverso en el Código penal y en la Ley penal de menores.

8. *Libertad vigilada*

La substantividad de esta medida radica en la sumisión de la actividad del afectado a un control de seguimiento de la misma, la asistencia a centro educativo que se asigne, y a la observancia de las pautas socio-educativas señaladas a cargo de una entidad pública o de un profesional de vigilancia, con imposición de obligaciones y restricción de determinados derechos del afectado (artº 7,1,h) de la Ley).

La finalidad esencial de la medida es la consecución de la adquisición por parte del menor de las habilidades, capacidades y actitudes necesarias para un correcto desarrollo personal y social (E. de M. III,18).

El aseguramiento del cumplimiento de los cometidos del proyecto de actividad asignado en un programa de intervención, bajo el control de quien asume institucionalmente la posición de garante de la exigencia de observancia del mismo por el afectado, superando los factores etiológicos de la infracción, parece inspirar la naturaleza de esta medida de control personalizado.

9. *Convivencia con persona, familia o grupo educativo*

La singularidad de esta medida radica en la mera exigencia de convivencia de su destinatario con otra persona, con una familia distinta a la suya o con un grupo educativo, adecuadamente seleccionados para orientar a aquélla en su proceso de socialización (artº 7,1,i) de la Ley y E. de M. III,22).

La erradicación del ambiente existencial originario del afectado, durante el tiempo de duración de la medida, propicia los medios idóneos en determinadas situaciones para superar los obstáculos, no por más básicos menos severos, del proceso de socialización del menor, a quien del modo más natural posible se le ofrecen, con sensibilidad pedagógica y capacidad suasoria, modelos positivos de convivencia que acaso no tuvo oportunidad de conocer jamás.

A ello es de añadir el muy positivo efecto que deriva del hecho de implicar efectivamente a la sociedad a través de la familia en los procesos educativos de los menores infractores penales, especialmente de aquellos que adolecen de acusados déficits existenciales de normalidad en la convivencia familiar.

10. Prestaciones en beneficio de la comunidad

Radica la presente medida en la realización de actividades no retribuidas, voluntariamente asumidas, de interés social o ejecutadas en beneficio de personas que se hallan en situación de precariedad, tratando de relacionar la naturaleza de dichas actividades con la del bien jurídico lesionado (artº. 7,1,j) de la Ley).

Explica la Exposición de Motivos como singularidad característica de esta medida que el menor comprenda que la colectividad o determinadas personas han sufrido consecuencias negativas derivadas de su conducta incorrecta, y que por ello merece el reproche formal de la sociedad, siendo la prestación de los trabajos que se le exigen un acto de reparación justo (E. de M. III,15).

La referencia a la justa reparación, en cierto sentido, difumina el perfil de esta medida respecto de la conciliación y de la reparación. Por otro lado, la conexión entre la actividad obligada y la naturaleza del bien jurídico lesionado, confiere un pragmatismo impropio del sentido substancial del adecuado tratamiento educativo y socializador, interfiere lo esencial con lo accidental, y puede circunscribir limitativamente el ámbito de la prestación de actividades en beneficio de determinadas personas o de la comunidad.

11. *Realización de tareas socio-educativas*

Implica esta medida la obligatoriedad de la realización de actividades específicas de contenido educativo, encaminadas a facilitar la socialización del afectado, no requiriendo el regimen de ejecución de tales actividades ni el internamiento en centro ni sumisión a vigilancia (artº 7,1,k) de la Ley).

La Exposición de Motivos especifica que esta medida puede ser aplicada de modo autónomo o formando parte de otra más compleja, mencionando como supuestos ejemplificativos de tareas socio-educativas la asistencia a un taller ocupacional, a un aula de educación compensatoria o a un curso de preparación para el empleo, o la participación en actividades de animación socio-cultural (E. de M. III,19).

12. *Amonestación*

Esta medida consiste en la repreñión judicial de la persona del menor, dirigida a hacerle comprender la gravedad de los actos cometidos y de las consecuencias, instándole a no volverlos a cometer en el futuro (artº. 7,1,l) de la Ley y E. de M. III,14).

Superadas las connotaciones de la pena de repreñión de los Códigos penales históricos, la mayor virtualidad de esta medida reside en su alto valor pedagógico, de que por cierto tan ayuno se encuentra el estereotípico y anquilosado formalismo judicial, en lagunas de eficacia profesional y en desiertos de racionalidad, que con tanta frecuencia a la postre contribuyen a malograr la función de prevención general positiva, a través de la reafirmación de la vigencia de la norma infringida que legitima al Derecho penal.

13. *Privación de permiso de conducir, de caza o de uso de armas*

Prevista en último lugar del catálogo legal (ex artº. 7,1,m) de la LORPM) así como de la Exposición de Motivos (E. de M. III,23), esta medida podrá imponerse como

accesoria cuando en la ejecución del injusto típico se hubiese utilizado un vehículo a motor o un arma.

Ante la inimputabilidad del menor de edad penal, que excluye la capacidad de culpabilidad penal y la posibilidad de la imposición de una pena, no duda la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor en hacer coincidir el contenido material de la medida de referencia con la pena accesoria respectiva, al objeto de vetar durante el tiempo de aplicación de la medida la libre accesibilidad al *instrumentum scoeleris* utilizado en la concreción del injusto típico.

14. *Inhabilitación absoluta*

Esta medida es introducida por el artº. 2, primero, de la L.O. 7/2000, de 22 de diciembre, que modifica la L.O. 5/2000, de 12 de enero, adicionando la nueva letra n) al apartado 1 del artº. 7 de la misma.

Substancialmente dicha medida implica la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos sobre el que recayere, aunque sean electivos; así como la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la medida.

La Disposición Adicional cuarta, introducida por la misma L.O. 7/2000, de 22 de diciembre, en la modificada L.O. 5/2000, de 12 de enero, prevé que, cuando se trate de los delitos de terrorismo descritos en los artículos 570 a 580 del Código Penal, el Juez, sin perjuicio de otras medidas que correspondan con arreglo a la Ley, impondrá la medida de *inhabilitación absoluta* por un tiempo superior entre 4 y 15 años al de la duración de la medida de internamiento en régimen cerrado impuesta, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y las circunstancias que concurran en el menor.

IV.- *Reglas para la aplicación de las medidas de seguridad a los menores de edad penal*

La Ley Orgánica reguladora de las responsabilidades penales de los sujetos inimputables por razón de su minoría de edad penal que sean autores de injustos típicos, en el artículo 9 y bajo la rúbrica de "reglas para la aplicación de las medidas", contiene una serie de disposiciones básicas, sobre la aplicación de las medidas de seguridad, que han de ser complementadas con otras disposiciones, que con plena falta de rigor sistemático figuran dispersas en los más diversos lugares del texto legislativo.

1. *Medidas aplicables a los autores de injustos típicos correspondientes a faltas*

La regla 1ª. del artº. 9 de la Ley limita el ámbito de las medidas aplicables cuando los injustos típicos cometidos sean subsumibles en un tipo de falta, no de delito. Por razón de la menor gravedad de la falta, la ley circunscribe de manera significativa el número de las medidas aplicables, restringiéndolas a aquellas que considera poseen menos intensidad de incidencia en los bienes del interesado objeto de afectación.

La Ley dispone que, por concepto de la realización de un injusto típico subsumible en una infracción penal constitutiva de falta, serán aplicables exclusivamente las siguientes medidas: amonestación, fin de semana hasta un máximo de 4 fines de semana, prestaciones en beneficio de la comunidad hasta 50 horas, y privación del permiso de conducir, de caza o de uso de armas.

Esta previsión legal merece una reflexión no sólo de orden sistemático sino axiológico. Básicamente resulta conforme al principio de proporcionalidad reservar, para los comportamientos descritos como falta, que constituyen la infracción penal menos grave, reservar la aplicación de las medidas que comportan menor incidencia en la esfera jurídica de los afectados. Pero la LORPM ha seleccionado sólo la privación de permisos, la amonestación, y las prestaciones en beneficio de la comunidad y la permanencia de fin de semana limitadas emporalmente.

¿Por que ha excluido en cambio la realización de tareas socio-educativas, la convivencia educativa, o la libertad vigilada? Estas medidas excluidas figuran intercaladas en el catálogo legal a los mismos niveles de las medidas admitidas para las faltas: es decir, en los niveles inferiores del catálogo de las medidas establecido en el artº. 7, precepto que inequívocamente los configura como niveles de gravedad, conforme a un criterio sistemático, al proclamar que las medidas son “ordenadas según la restricción de derechos que suponen” (artº. 7,1 de la Ley).

El orden sistemático y el alcance axiológico de las medidas contenidas en el catálogo legal del artº. 7 no es seguido, sino ignorado, por el artº. 9 de la propia Ley, en sede de las medidas correspondientes a comportamientos descritos como falta.

2. Medidas aplicables a los autores de injustos típicos culposos

Un supuesto privilegiado de medidas de seguridad aplicables a menores es previsto en el artº. 9, regla 6ª, cuando el presupuesto de la aplicación de la medida, en base a la apreciación de la peligrosidad criminal del autor, se halle constituido por la comisión de injustos típicos culposos. Para la hipótesis de concreción típica culposa quedan excluida la medida de internamiento en régimen cerrado.

3. Internamiento cerrado para delitos violentos o de peligro a la vida o integridad

La limitación de medidas prevista en el artº. 9, regla 2ª, de la Ley es justamente de signo inverso a las previstas en las hipótesis anteriores. La restricción de medidas se efectúa ahora en función de la singular gravedad del injusto típico realizado. La presunción valorativa del legislador da lugar en el este ámbito a una auténtica ficción legal.

La Ley considera como supuestos típicos de máxima gravedad aquellos en cuya ejecución se emplee “violencia o intimidación personales” y aquellos cuya realización implique “riesgo grave para la vida o la integridad física”. En tal ámbito normativo de

imposición de las medidas de mayor gravedad, la Ley no se limita a mostrar una intrínseca contradicción con sus propios criterios valorativos como en el supuesto anterior, sino que entra en contrariedad con el Código Penal, en tanto no tiene en cuenta las categorías generales de clasificación de los delitos en delitos graves y menos graves, ni toma en consideración la singular gravedad de los concretos tipos de delito en función de los bienes jurídicos lesionados por el comportamiento que realiza el tipo de injusto.

4. División de las medidas de internamiento en dos periodos

Según dispone el artº. 7,2 de la Ley, las medidas de internamiento constarán de dos periodos, el primero de los cuales se llevará a cabo en el centro correspondiente (cerrado, semiabierto o abierto), y el segundo en régimen de libertad vigilada, con la modalidad de obligación de reglas de conductas que determine el Juez, quien expresará en la Sentencia la duración de cada uno de ambos periodos, previo informe del Equipo técnico sobre el respectivo contenido.

5. El límite temporal máximo de las medidas

El artº. 9, regla 3ª., de la Ley establece el límite temporal máximo de las medidas de seguridad aplicables a menores, el cual con carácter general será de 2 años, límite de duración que no se podrá exceder en la imposición ni en la ejecución de la medida.

Singularmente se especifican los límites de la medida de prestaciones en beneficio de la comunidad, que no podrá rebasar 100 horas, y el de la medida de permanencia de fin de semana, que es establecido en 8 fines de semana.

En todos los casos, se computará en la duración de las medidas el tiempo que el menor hubiere agotado en concepto de "medida cautelar", deduciéndolo del de ejecución por la medida legalmente impuesta.

El artº 8,2 de la Ley establece que la duración de la medida de internamiento en sus diversas modalidades (cerrado, semiabierto, abierto y terapéutico), así como de la medida de permanencia de fin de semana, no podrá exceder del tiempo que hubiere durado la pena privativa de libertad que se le hubiere impuesto por el mismo hecho, si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable, de acuerdo con el Código Penal.

6. *Cualificaciones legales del límite temporal máximo de las medidas*

La Ley contiene una disposición (artº. 9, regla 4ª) por la que prevé una expresa cualificación del límite máximo de duración de las medidas de seguridad, en función de dos criterios: que el sujeto haya ya cumplido los dieciséis años de edad en el momento de la comisión del injusto típico, y que éste haya sido cometido *con* “violencia o intimidación personales” *o con* “grave riesgo para la vida o integridad humana”. Tales criterios son de *índole alternativa*, bastando que concorra uno u otro de ellos, para que opera la cualificación legal de la duración.

Se requiere un ulterior criterio para la apreciación de la cualificación legal de duración, cual es el consejo positivo que al respecto emita el Equipo técnico en su informe, si bien la Ley no determina de modo preciso el indicado requisito, limitándose a exigir que el Equipo técnico en su informe *aconseje la prolongación* de la medida. En todo caso, el informe del Equipo técnico es preceptivo, pero no vinculante, en orden a la determinación judicial del tipo cualificado de medida.

El incremento del límite temporal máximo de la medida, prevista por la ley, da lugar a la configuración de un *tipo cualificado de medida*, cuya característica esencial estriba en la *mayor duración* de la propia medida, que como tal cabe determinar y es aplicable, pero no en la prolongación de una medida de menor duración, impuesta como tal y luego susceptible de prórroga temporal.

La cualificación legal comporta que las medidas alcancen una duración máxima de 5 años, salvo la medida de prestaciones en beneficio de la comunidad, que podrá llegar a

200 horas, y la de permanencia de fin de semana, que podrá alcanzar hasta 16 fines de semana.

7. *Tipos agravados de las cualificaciones legales del límite temporal máximo*

Constituye este supuesto la hipótesis contemplada en el artº. 9, regla 5ª, de la Ley, según la cual los supuestos cualificados, anteriormente indicados, cuando revistieren especial extrema gravedad, darán lugar a la siguiente agravación de la medida ya cualificada en base a la violencia comisiva o al peligro personal del injusto típico cometido por sujeto menor de edad penal pero mayor de 16 años: medida de internamiento en régimen cerrado de 1 a 5 años de duración, complementada con la sucesiva imposición de la medida de libertad vigilada con asistencia educativa por un máximo de otros 5 años.

Una vez que se acredite el requisito de la extrema gravedad de los supuestos objetos de cualificación, el tipo agravado de la medida cualificada es abstraído del arbitrio judicial y el Juez habrá de imponerlo. Una vez impuesto el tipo agravado de medida, no podrá ésta modificarse, dejarse sin efecto ni ser substituida, hasta que haya transcurrido el primer año de cumplimiento efectivo de la medida de internamiento.

Respecto de los supuestos de injusto típico de extrema gravedad, que constituyen presupuesto para la imposición del tipo agravado de medida cualificada, la Ley introduce una *presunción legal*, según la cual se entenderán necesariamente *como supuestos de extrema gravedad* los actos de “terrorismo y colaboración terrorista”, “asesinato”, “homicidio doloso”, “agresión sexual con penetración” (artº. 179 CP) y “agresiones sexuales cualificadas” (artº. 180 CP), así como las “hipótesis de reincidencia” en los injustos típicos de cualesquiera tipos delictivos.

No podía ser más heterogénea la referencia legal a los fundamentos de agravación, en verdad, ni tampoco más fragmentaria ni incompleta. La presunción resulta además defectuosa e imperfecta, por cuanto no determina un *numerus clausus* de los tipos delictivos de mayor gravedad conforme a los criterios axiológicos del propio Código penal,

sino que se limita a constituir una pauta indicativa sólo de determinados supuestos de comportamientos típicos de extrema gravedad

El artº. 2 de la L.O. 7/2000, de 22 de diciembre, modifica la L.O. 5/2000, de 12 de enero, introduciendo una nueva redacción de los párrafos primero y tercero de la regla 5ª del artículo 9 de la misma. Tales párrafos de nueva incorporación legislativa quedan redactados, por la mencionada L.O. 7/2000, de 22 de diciembre, con el siguiente tenor legal: "5ª. Excepcionalmente, cuando los supuestos previstos en la regla anterior revistieran extrema gravedad, apreciada expresamente en la sentencia, el juez habrá de imponer una medida de internamiento de régimen cerrado de uno a cinco años de duración, complementada sucesivamente por otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de otros cinco años. Sólo podrá hacerse uso de lo dispuesto en los artículos 14 y 51.1 de esta Ley una vez transcurrido el primer año de cumplimiento efectivo de la medida de internamiento. Todo ello sin perjuicio de lo previsto en la disposición adicional cuarta.- A los efectos de este artículo, se entenderán siempre supuestos de extrema gravedad aquellos en los que se apreciara reincidencia".

Por otra parte, la L.O. 7/2000, de 22 de diciembre, modifica asimismo la L.O. 5/2000, de 12 de enero, al incorporar a la misma una nueva Disposición Adicional, la 4ª., en la cual introduce una ulterior cualificación de la medida de internamiento para los menores imputados por delito de homicidio, violación, agresión sexual y terrorismo (ex artículos 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 del Código Penal).

En el ámbito de los mencionados delitos, la L.O. 7/2000 excluye la posibilidad de la aplicación de las medidas de la LORPM a los *mayores de 18 años* que sean autores de tales delitos, en todo caso y cualquiera que sea el desarrollo de su personalidad.

En relación con tales delitos, respecto de los *menores de 18 años* la L.O. 7/2000 prevé dos distintas categorías normativas de cualificación, según establece la Disposición Adicional 4ª.,2,c) de la mencionada Ley de modificación:

En primer lugar, para los sujetos de 16 y 17 años de edad, se impondrá una medida de internamiento en régimen cerrado de 1 a 8 años de duración, complementada, en su caso, por otra medida de libertad vigilada, hasta un máximo de 5 años, a la que sólo se podrá recurrir una vez superado al menos 1 año de cumplimiento efectivo de la medida de internamiento, y pudiéndose hacer uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida impuesta (conforme a los artículos 14, 40 y 51.1 de la LORPM) cuando haya transcurrido al menos la mitad de la duración de la medida de internamiento.

En segundo lugar, para los sujetos de 14 y 15 años de edad, se impondrá la medida de internamiento en régimen cerrado de 1 a 4 años de duración, complementada en su caso con otra medida de libertad vigilada, hasta un máximo de 3 años, con la misma limitación de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida, en los mismos términos en que es consignada en el supuesto precedente.

Por último, la mencionada nueva Disposición Adicional 4ª incorporada a la LORPM por la L.O. 7/2000, prevé (en su número 2, letra c), párrafos tercero y cuarto) *dos ulteriores cualificaciones específicas* para los menores imputados con delitos de terrorismo, incriminados en los artículos 571 a 580 del Código Penal:

a) La medida de internamiento en régimen cerrado podrá alcanzar una *duración máxima* de 10 años, para los sujetos de 16 y 17 años de edad, y de 5 años, para los sujetos de 14 y 15 años de edad.

b) Se habrá de imponer a los sujetos imputados por tales delitos de terrorismo la medida de inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre 4 y 15 años al de la duración de la medida de internamiento en régimen cerrado impuesta, atendiéndose para la fijación de la duración de esta nueva medida a la gravedad del delito, al número de los actos delictivos y a las circunstancias que concurran en el menor.

8. *Medidas terapéuticas para menores con anomalías o disfunciones*

Las medidas de internamiento terapéutico o de tratamiento ambulatorio, por expresa disposición del artº. 9, regla 7ª, y del artº. 5, apartado 2, de la Ley, en relación con el artº 20, números 1º, 2º y 3º, del Código penal, son las únicas aplicables a los menores de edad penal que padezcan anomalía o alteración psíquica, síndrome tóxico o adictivo o alteración de conciencia por alteración en la percepción.

9. *Elección de la medida adecuada*

La Ley prevé los siguientes criterios para la elección de la medida o medidas adecuadas a la personalidad del autor de algún injusto típico, menor de edad penal, en función de la peligrosidad criminal que el mismo acredita.

El artº. 7, apartado 3, de la Ley dispone que a tal efecto se deberá atender, de modo flexible, a la valoración jurídica del acto constitutivo del injusto típico, así como especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor.

Los dos últimos criterios normativos mencionados, la personalidad y el interés del menor, según dispone la Ley, habrán de ser puestos de manifiesto en los informes de los Equipos técnicos y, en su caso, de las Entidades públicas de protección y reforma de menores.

10. *Posibilidad de imposición de varias medidas*

La medida de internamiento terapéutico y la de tratamiento ambulatorio podrán ser impuestas cada una de ellas como medida sola y autónoma, o bien como complemento de otra medida, según prevé el artº. 7,1,d),e), de la Ley.

La medida de privación del permiso de conducir, de caza o de uso de armas, conforme a su propia naturaleza, podrá imponerse como accesoria de otras medidas, en función del instrumento comisivo empleado, según dispone el artº. 7,1,m) de la Ley.

Podrán ser impuestas una sola medida o varias medidas de seguridad al menor de edad penal que sea autor de una pluralidad de injustos típicos (artº. 11,1 de la Ley).

En los casos de imposición de varias medidas, en principio, serán objeto de cumplimiento simultáneo, y en el caso de que no pudieran ser cumplidas simultáneamente, se podrán sustituir todas o algunas de ellas, o se podrá establecer el cumplimiento sucesivo de las mismas, si bien en este último supuesto la duración total del cumplimiento de las varias medidas impuestas no podrá exceder el doble del tiempo de la más grave impuesta (artº. 13 de la Ley).

11. *Posibilidad de modificación de la medida impuesta*

La medida impuesta, en cualquier momento, podrá ser objeto de las siguientes modificaciones: ser dejada sin efecto, ser reducida en su duración o ser sustituida por otra, por parte del Juez. Para ello habrán de concurrir los siguientes requisitos: previa audiencia del MF o del Letrado del menor, previo informe del Equipo técnico o en su caso de la Entidad pública de protección o reforma, exigencia de que la modificación redunde en el interés del menor, y necesidad de que se exprese suficientemente al menor el reproche merecido por su conducta (artº. 14,1 de la Ley).

12. *Cumplimiento de la mayoría de edad por el menor sometido a medida*

Cuando el menor a quien se hubiere impuesto la medida cumpliera la mayoría de edad penal de 18 años sin que hubiere concluido el cumplimiento de la medida, continuará el cumplimiento de la misma. No obstante, si la medida se impusiere cuando el sujeto hubiere ya cumplido 23 años, o si el sujeto cumpliera 23 años cuando todavía no hubiere concluido el cumplimiento, se ordenará la prosecución del cumplimiento de la misma en un centro penitenciario, si no se hiciera uso de la posibilidad de modificación de la medida impuesta (artº. 15 de la Ley).

13. *Posibilidad de desistimiento de incoar el expediente penal a menores de edad*

El artº 18 de la Ley, en relación con el artº. 16 que confiere al Ministerio Fiscal la competencia para instruir los procedimientos penales a los menores de edad penal autores de injustos típicos, establece la posibilidad del Ministerio Fiscal de desistirse de la incoación del expediente cuando los actos correspondan a injustos típicos de *faltas* o de *delitos menos graves sin violencia o intimidación* personales, remitiendo las actuaciones a la Entidad pública de protección de menores para la corrección extrapenal de éstos en el ámbito educativo y familiar.

14. *Posibilidad de desistimiento de la continuación del expediente*

El Ministerio Fiscal podrá acordar el *desistimiento* de la continuación del expediente incoado por *faltas* o por *delitos menos graves*, atendiendo a las circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a las dos siguientes: *no empleo de violencia* o intimidación personales en la comisión del injusto típico, y *acuerdo de conciliación* o de reparación de daño entre víctima y ofensor (artº. 19,1 de la Ley).

Se alcanza *conciliación víctima-ofensor* cuando el menor reconoce el daño causado y se disculpa ante la víctima, y ésta acepta sus disculpas. El arrepentimiento del menor por el daño causado se corresponde con la satisfacción psicológica de la víctima, que muestra su conformidad (artº. 19,2, y E. de M. II,13,2 de la Ley).

Se produce *reparación del daño causado* cuando media acuerdo entre víctima y ofensor, que permite asimismo terminar con el conflicto jurídico, pero no en el plano del arrepentimiento y disculpa por parte del autor, y de la satisfacción psicológica y aceptación por la víctima, sino mediante la asunción de compromiso por parte del menor de reparar el daño causado y la efectiva ejecución del mismo, bien mediante trabajos en beneficio de la víctima o en beneficio de la comunidad, y la aceptación por la víctima de dicho compromiso, que efectivamente ha de ser ejecutado por el autor (artº 19,2, y E. de M. II,13,2 de la Ley).

Según el artº. 19,3 de la Ley, el correspondiente Equipo técnico realizara las funciones de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado, a los efectos de la celebración de los acuerdos de conciliación o reparación del daño causado, por aceptación de los compromisos respectivos, y de la verificación del cumplimiento de los mismos.

15. *Conclusión de la instrucción y sobreseimiento por conciliación o reparación*

Conforme establece el artº. 19,4 de la Ley, una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de la reparación del daño causado, o cuando una u otros no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones.

V.- *Proposiciones conclusivas*

La promulgación de la Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor ha significado el complemento normativo de cierre -por el momento- del moderno sistema punitivo español, que era exigido por la situación democrática de nuestra sociedad tras la Constitución española, y que al fin ha sido configurado, con tan grande retraso como significativas deficiencias técnicas y valorativas, por el Código penal y, una vez ampliamente cumplidos cinco años de vigencia del mismo, por la Ley que desarrolla la normativa penal sobre el menor de edad infractor del ordenamiento punitivo.

De este modo, el Código penal y, salvadas las distancias, la Ley de responsabilidad penal del menor, que parcialmente desarrolla al texto punitivo básico, han comportado comporta un importante avance, un logro irreversible, en el imparable proceso de la actualización del ordenamiento punitivo adaptado a las exigencias dogmáticas de un Derecho penal moderno, viniendo la Ley a cubrir patentes lagunas de regulación punitiva

en una de las facetas más sensibles de manifestaciones de conflictividad criminal de la sociedad contemporánea

Una de las cuestiones problemáticas que suscita la Ley -en nuestro sistema, como por otro lado parece asimismo manifestarse en el panorama comparado del Derecho penal del menor- es la relativa al acierto o no del criterio de fijación positiva de los límites cronológicos por los que se determina la minoría de edad a efectos penales y dentro de los cuales opera la relevancia jurídico-penal de la misma.

El límite superior de carácter básico es establecido, tanto por el Código como por la Ley, en la edad de 18 años (exclusive), si bien en ambos textos se contempla la posibilidad de un límite superior eventual cifrado en los 21 años (exclusive). La previsión en ambos cuerpos legales de la posible equiparación de los "jóvenes" (de 18,19 o 20 años) a los "menores" de edad (de 14 a 18 años) -en atención al grado de desarrollo de la personalidad, junto a otros requisitos legales como la no gravedad del delito cometido y la ausencia de condena por sentencia firme después de haber cumplido 18 años de edad- ha quedado por el momento, sin embargo, en poco más que una mera declaración de (buenas) intenciones, al haber sido legalmente suspendida su entrada en vigor (por L.O. 9/2000).

El límite inferior de 14 años, en base al cual el ordenamiento penal confiere el comienzo de reconocimiento de relevancia a la realización de injustos típicos por quienes al menos hayan alcanzado dicha edad (excluyendo del ordenamiento penal a los "niños" de edad inferior a la indicada), es también cuestión no exenta de debate: habida cuenta del carácter tuitivo y finalidad educativa del menor que esencialmente inspiran a la Ley, acaso debiera revisarse ésta, en el sentido de uniformar su criterio sobre la capacidad de voluntad del menor con la valoración que hace el Código penal en algún tipo de delito, como el abuso sexual fraudulento en que tiene en cuenta la edad de 13 años.

Las directrices político-criminales tienden a ampliar y flexibilizar los márgenes de la minoría de edad penal. Puesto que el Derecho penal de menores es sensiblemente superior en su función preventivo-especial al Derecho penal tradicional de adultos

delinquentes, no existen mayores reparos en ampliar los límites de equiparación de los mayores de 18 años de edad, para conseguir una mejor respuesta al tratamiento jurídico-penal aplicables a los mismos en ejecución de sentencia firme en el orden jurisdiccional criminal. De otro lado, las carencias protectoras civiles de menores de 14 años implicados en conflictos típicos puede asimismo aconsejar la expansión tuitiva de los intereses del menor y el sometimiento del mismo a tratamientos educativos especializados. Desde esta perspectiva, no habría inconvenientes político-criminales en configurar un nuevo marco de vigencia de la legislación penal del menor, de modo que ésta pudiera abarcar a menores y jóvenes comprendidos entre 12 y 22 años edad, con garantía de estricta proporcionalidad en la asignación y graduación de aquellas medidas que, por su naturaleza, provean la mejor asistencia técnica institucionalmente disponible para menores y jóvenes, individualizada a través de programas educativos especializados de socialización personal y prevención criminal.

La brusca discrepancia que *de lege lata* establece el texto de la Ley, en orden al respectivo alcance de las medidas de seguridad penal, entre los menores de edad que tengan 14 o 15 años y los menores de edad que alcanzan la edad de 16 o 17 años, instauro un sistema de rígida delimitación sobre la relevancia de la peligrosidad criminal, respectivamente reconocida, que acaso no atiende convenientemente a la valoración de la esencia cualitativa de la peligrosidad criminal, en cuanto fundamento de las medidas de seguridad, ni se acomoda convenientemente a las exigencias de la proporcionalidad por las que las mismas se han de regir.

Los criterios positivos de la gravedad de los comportamiento tipificados como delito -cuya previa realización integra el presupuesto jurídico de la medida de seguridad- son aleatoria y unilateralmente determinados por la Ley, pues se establecen al margen de la efectiva incriminación de los delitos en particular conminados en el Código penal y con independencia de la escala general de graduación de la gravedad de las infracciones penales. Operar como hace la Ley con criterios valorativos diferentes -y posiblemente de índole coyuntural-, cuales son la aplicación del medio ejecutivo de la violencia personal o

el grave peligro a la vida o integridad personales, denota prevalencia más de estímulos de presión social que de postulados científicos de Política criminal.

A mayor abundamiento, en la grave deficiencia metodológica y axiológica aludida inciden de modo particular las específicas hipótesis típicas de cualificación incorporadas en el texto legal, que determinan una auténtica exasperación de las medidas de seguridad en ciertas hipótesis legalmente previstas. La L.O. 7/2000, de Reforma de la Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor, resalta para cualificar muy gravemente las medidas imponibles, con arbitrio legislativo carente del menor rigor sistemático y axiológico, algunos tipos de delitos (como el homicidio, la violación, la agresión sexual violenta o el terrorismo y los que rebasen una determinada pena de prisión en su incriminación penal), que son ciertamente graves, pero no de mayor gravedad que otros que son silenciados y resultan omitidos por la previsión legislativa.

Además esta defectuosa técnica legislativa comporta un desenfoque valorativo de las categorías normativas que representan el presupuesto y el fundamento de las medidas de seguridad, respectivamente integrados por la realización de un injusto típico y por la peligrosidad criminal del autor, el primero de ellos referido a la conducta precedente y el segundo al comportamiento objeto de predicción criminal. El primero debiera ser estimado como mero indicio de la cualitativa peligrosidad criminal de futuro que muestra el sujeto, pero no como el fundamento mismo de la medida de seguridad, o de la exasperación legal de ésta, por virtud de una singular cualificación o de una ulterior agravación de la misma. Sólo el segundo componente es constitutivo del fundamento de la medida de seguridad penal, apreciable en cuanto tal autónomamente, aunque en ilación con el presupuesto jurídico constituido por el injusto típico requerido por el Derecho penal de acto, sobre todo como indicio del sentido de peligrosidad criminal que respecto del comportamiento futuro ha de acreditar el autor.

La taxativa prohibición de la superación del límite máximo de la pena por parte de la medida, que instaura el Código y confirma la Ley, es cuestión no exenta de problematismo. Ambas sanciones penales responden a fundamentos jurídicos claramente

distintos y en cierto sentido antagónicos, sin perjuicio de que en un mismo sujeto puedan coincidir, dando en tal caso acceso a un sistema vicarial, cuya aplicabilidad a supuestos de imputabilidad reducida (por la corta edad mental o maduración psicológica de quien ha rebasado los 18 años de edad biológica), o a hipótesis de sujetos plenamente imputables que además acreditan una alta peligrosidad criminal, debió ser regulada con mayor amplitud y generosidad en un sistema punitivo acorde a las exigencias de la Dogmática penal actual.

Aun admitiendo la necesidad del establecimiento de un tope legal máximo para la medida, al igual que para la pena, en un sistema punitivo que en modo alguno puede ser perpetuo, se debe instaurar un régimen de tratamiento post-medida de índole preventivo-especial y de apoyo asistencial, sujeto a control institucional individualizado, cuando motivadamente así resulte necesario tras la aplicación de la medida. Al igual que las penas, las medidas de seguridad penales han de estar sometidas a la vigilancia de un órgano jurisdiccional de ejecución.

La introducción en vía de Reforma legal (por L.O. 7/2000) de la inhabilitación absoluta, sanción jurídica constitutiva de una pena, camuflada bajo la apariencia de medida, merece ser normativamente rectificadas, respecto a los términos en que el legislador la ha incorporado al ordenamiento vigente. La salvaguarda de la imparcialidad y de la corrección en el desempeño de la función pública, frente al sujeto que por su peligrosidad criminal se hizo acreedor a la imposición de una medida de seguridad penal, ha de encontrar otros cauces normativos distintos a los de instauración de un sistema que excede los límites de la peligrosidad criminal fundamentadora de la medida, y evidencia una instrumentación del ordenamiento punitivo, incompatible con los principios científicos del Derecho penal y de la Política criminal.

La relevancia conferida a la reincidencia tiene singular relieve en el marco de las medidas de seguridad, a diferencia de su contemplación como circunstancia modificativa agravante en el Código penal. Mientras es sumamente criticable el mantenimiento de esta agravante en el articulado del Código, por exigencias del principio

ne bis in idem al incrementarse la gravedad del delito por la previa responsabilidad penal de precedentes comportamientos delictivos del mismo autor, en cambio en el marco de las medidas de seguridad la concurrencia de la reincidencia en la realización del injusto típico merece ser objeto de una valoración precisamente de signo inverso que en el ámbito de la pena.

Las medidas de seguridad penales no se asientan en la culpabilidad del autor ni en la necesidad preventiva de la pena, sino en la situación actual de peligrosidad criminal del sujeto, presupuesta la previa realización de un injusto típico por parte del mismo. Por ello, la reincidencia del autor, tras la comisión de anteriores injustos típicos, puede ser un índice claramente revelador de la probabilidad de la comisión de nuevos comportamientos típicos, determinante por esta vía de una concreta peligrosidad criminal -de índole tanto cuantitativa como cualitativa respecto del pronóstico de la comisión de nuevos injustos típicos-, que se ha de prevenir con la aplicación del tratamiento educativo y socializador más adecuado a la personalidad del sujeto.

Las posibilidades de triunfo del sistema legal de medidas están supeditadas a determinados condicionantes instrumentales. Cada órgano de la Jurisdicción penal de menores ha de disponer a su servicio de todos los medios humanos y materiales precisos, para la efectiva aplicación de cada una de las catorce medidas de seguridad penal previstas por la Ley. Es ineludible la necesidad de instauración de los Centros especializados e Instituciones de actividades educativas, con el personal especializado y las dotaciones de instalaciones, dependencias y servicios, requeridos por la singularidad de cada una de las medidas, a disposición de los juzgados de menores y de los precisos juzgados de ejecución de medidas, para garantizar la eficacia de los tratamientos respectivos.

Por otro lado, la real implicación de la Sociedad en los cometidos de la educación y socialización del menor criminalmente peligroso constituye una exigencia cívica, que la Administración ha de propiciar, ofreciendo cauces de participación que estimulen al ciudadano a vencer la pasividad y a colaborar activamente con las Instituciones Penales de Menores, propiciando al efecto en su caso nuevas iniciativas de subvenciones e incentivos

fiscales para particulares que individualmente o en el marco de Instituciones y Entidades de colaboración efectivamente participen en el cumplimiento de los proyectos educativos de tratamiento del menor infractor.

La falta de nitidez normativa en la configuración de la conciliación, una institución clave en esta materia, exige una correcta identificación de la naturaleza jurídica de la misma, por parte de la legislación penal, y de la correlativa incorporación y tratamiento de esta institución, no como una mera incidencia en la substanciación del procedimiento, en orden a la posibilidad de la continuación o conclusión del mismo, por parte del Ministerio Fiscal -aunque de relevantes consecuencias- tal como aparece concebida, sino como una propia medida de seguridad, de singular relevancia en el sistema educativo asistencial que compete al Derecho penal del menor.

La víctima ha sido significativamente preterida en el marco institucional de la substanciación del proceso penal de menores infractores del ordenamiento punitivo, al socaie del unilateral reconocimiento del mayor interés del menor, como si en el propósito de satisfacción de éste hubiese que prescindir o fuese aconsejable hacer abstracción de la figura del ofendido. Por el contrario, estimamos que la presencia de la víctima de un comportamiento tipificado por la ley como delito es imprescindible, siempre y en todo momento, en cualquier proceso penal, incluido el de menores infractores criminalmente peligrosos, dentro de un sistema jurídico que se caracteriza por la básica igualdad de los sujetos del proceso, sin prelación ni jerarquía de parte alguna de nadie en él, incluido el Ministerio Fiscal (siquiera al mismo se confieran insólitamente facultades jurisdiccionales).

Desde la perspectiva de la función educativa e socialmente integradora, que es inherente a la propia esencia de la legitimidad funcional de las medidas de seguridad penales aplicables al menor de edad penal, es de tener en cuenta además que, a diferencia de los (adultos) delincuentes habituales desarraigados de las pautas de comunicación social, la experiencia comparada sobre el tratamiento del menor conforme a metodologías conciliatorias (encaminadas al alcance de actitudes de empatía entre víctima y ofensor y el

logro de la mayor reparación posible, material y espiritual, a aquélla) ha dado resultados bastante alentadores, que deben animar a ampliar la aplicación de esta medida.

En suma, al igual que el sistema de penas propio del elenco punitivo consignado en el Código penal alumbró una Ley penitenciaria y la correspondiente instauración de Instituciones Penitenciarias, la Ley penal del menor viene inexorablemente a exigir un correlativo desarrollo legislativo en este sentido, con la correspondiente configuración de unas Instituciones Penales del Menor, de pareja entidad a Instituciones Penitenciarias, que en equivalencia a éstas permitan hacer efectivamente posible la ejecución en sus propios términos de las medidas de seguridad de los menores de edad penal mediante el tratamiento educativo e integrador de los mismos previsto por el ordenamiento vigente.

VII.- CONSIDERACIONES FINALES

La base del tratamiento para los menores infractores debe ser la educación, como bien dice *Maria Montessori*:

“Para educar al niño de manera distinta, para salvarlo de los conflictos que ponen en peligro su vida síquica, es necesario en primer lugar un paso fundamental, esencialísimo, del cual dependen todo el éxito: y es el de modificar el adulto. Éste hace todo cuanto puede y como él dice, ya ama al niño hasta el sacrificio, confesando que se encuentra frente a lo insuperable. Necesariamente ha de recurrir al más allá, a más de todo cuanto es conocido, voluntario y conciente”⁴⁵.

En México, como en muchos otros países, se discute mucho sobre la edad penal, unos dicen que debe discernirse a los 16, otros a los 17 y en fin, quieren solucionar el problema de la delincuencia juvenil, metiendo a la cárcel a los adolescentes, impulsados por el notorio aumento de la criminalidad precoz en los últimos años.

Como puede observarse, no hay unificación, y se puede caer en el absurdo de que una persona menor de 18 años que viaja por el territorio nacional se va convirtiendo de “imputable” en “inimputable” y viceversa, según la edad que tenga y el Estado de la República en el que se encuentre, es decir, en forma casi mágica adquiere y pierde la capacidad de culpabilidad.

Esta falta de unificación, sólo produce confusión e inseguridad jurídica, tanto para el menor de edad como para la víctima, a quien no deberá perder de vista y quizás pensar, que en los casos de delitos graves, de aquellos crímenes protervos, infernales, como podría ser una violación a una enferma mental, o un parricidio, se somete a un proceso especial,

⁴⁵ MONTESSORI, María. *El niño. El secreto de la infancia*. 2ª edición, Editorial Diana. México, 2000, pág. 37.

previamente establecido en la ley, en el que se determine si el sujeto activo debe ser sancionado bajo el régimen del Derecho penal de los adultos, ya que hay casos específicos, en los que la impunidad se escuda en la minoría de edad.

Esta propuesta no sería contraria al principio de igualdad jurídica, pues sería un proceso debidamente establecido en la ley, incluso, el éxito de las medidas tutelares debe basarse en la individualización de cada caso concreto, no puede pensarse en una receta de cocina, ya que el conocimiento apropiado del factor o factores que en cada caso concreto haya llevado al menor a delinquir permitirá aplicar también, el tratamiento adecuado – educativo y tutelar-, tanto más promisorio cuanto que, estando la personalidad del agente en aras de formación, es más fácil que influyan sobre ella estímulos capaces de orientarla o corregirla.

A nuestro particular criterio, en lo respectivo a la mayoría de edad para ser punible, estimamos que debería ser de más años, o sea, de 21 aproximadamente, para tener mucho más desarrollada la mente, más madura y capaz de pensar nuestros actos con cabal responsabilidad.

Citamos lo que menciona *Rodríguez Manzanera*:

“No perdemos de vista la necesidad de crear instituciones especializadas para jóvenes adultos de 18 a 21 años (...)

La anterior proposición se basa en tres argumentos: Uno es la curva de delincuencia por edades, en que la mayor frecuencia está en los 17 años, pero la curva es homogénea hasta los 21 años; otro son los índices de madurez, ya que el adolescente normal alcanza índices de evolución intelectual suficientes a los 16 años; por último, nuestra Constitución, que en el artículo 123 considera a los mayores de 16, con una semicapacidad.

Criminalidad infantil y delincuencia juvenil son dos fenómenos diferentes, con universos de población lo suficientemente desiguales para ser tratados por separado”.⁴⁶

⁴⁶ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. *Criminalidad de Menores*. Ed. Porrúa, México, 1987, pag. 340

Opinamos que a la edad de 18 años todavía no se desenvuelve del todo nuestra capacidad mental; en ocasiones muchos de los adolescentes ni siquiera saben lo que quieren para su vida futura. Por lo que respecta a los 16 años de edad, pues mucho menos la consideramos una edad para ser punible, porque como ya se mencionó, la mente del joven o jovencita no se desarrolla óptimamente para responsabilidades de esa índole; también debería de implantarse un sistema para la concientización de los menores.

Es importante que no únicamente los gobiernos de algunos Estados de la República se preocupen dentro de su legislación, en disminuir la edad penal de los responsables de un hecho ilícito, sino que el gobierno federal también tome cartas en el asunto, ya que los delinquentes que cuentan con una edad penal adecuada para ser castigados por los diversos Códigos Penales, están utilizando cada vez más a los menores de edad en la comisión de hechos ilícitos, habida cuenta, que confían en que saldrán del Consejo Tutelar para Menores, a los 18 años.

Es un problema grave que nos afecta a todos, ya que si dejamos en el olvido este controvertido tema, cada vez será mayor el número de menores de edad que delincan desde la más tierna infancia, y continúen con su "carrera delictiva" siendo mayores, ocasionando más problemas para el país, en los niveles económico, político y social.

Antes de pensar en dar soluciones al problema, consideramos primordial valorar los siguientes puntos:

1. Los menores de edad no son delinquentes; son seres, que si bien han cometido ilícitos, su conducta puede equipararse a la de un inimputable. La falta de capacidad de querer y entender por parte del menor, lo hace no inimputable, sino inmaduro, lo cual es muy distinto. Una cosa es estar loco, y otra muy diferente es ser inexperto, carecer de la información y los conocimientos suficientes.

Deben tomarse en cuenta nuevos criterios, no tanto la edad, sino la madurez personal, porque finalmente, no se podrá dar el mismo tratamiento a un pequeño de 11 años que a otro a punto de cumplir los 18, como nos dice *Rodríguez Manzanera*:

“El tratar por igual al niño que acaba de cumplir 7 años con el que tiene 17 años 11 meses, es aún más absurdo que enviar a este último con los adultos. Se hace absolutamente necesaria, al menos, una división entre preadolescentes y adolescentes, entre sujetos de 7 a 14 años y sujetos de 14 a 18 años.”⁴⁷

2. La particular indefensión de los menores, los hace fáciles víctimas de los adultos, quienes son los que delinquen, al transmitirles malas ideas, o bien, simplemente al abandonarlos. por ello, el castigo se debe orientar hacia los adultos responsables de los menores.

3. Designar a tales sujetos menores delincuentes, definitivamente, nos parece desafortunado; simplemente, son menores con dificultades de adaptación social, es decir, más bien se trata de desadaptados.

Aunque hay autores como *Izaguirre*, que menciona: “al hablar del problema del menor infractor, menor de conducta desviada, menor con trastornos de comportamiento, menor de comportamiento irregular, lo hacemos para tranquilizarnos la conciencia, para no decirles niños delincuentes o jóvenes delincuentes, porque nos suena un poco duro. Es un poquito sentimiento de culpa que tenemos los adultos para no aceptar que estamos frente al problema del menor infractor”.⁴⁸

Coincido sólo en el pensar, que la culpa del problema de los menores infractores es atribuible únicamente a los adultos.

⁴⁷ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. *Criminalidad de Menores*. Ed. Porrúa, México, 1987, pag. 340

⁴⁸ IZAGUIRRE A., Alberto. *Política Nacional para Menores de Conducta desviada*. Capacitación para Personal en Centros de Menores Infractores. II ANUD. Costa Rica, 1980, pag. 13

4. La idea central será crear un régimen especial para los menores, el cual se sustente en principios pedagógicos, con la creación de un espacio familiar, del cual muchos carecen. La educación por supuesto, deberá ser especial, acorde a las particulares necesidades y características de los menores, teniendo presente su edad y sexo.

5. Los menores han enfrentado problemas de desadaptación por varios motivos (económicos, sociales, psicológicos, familiares, etc.), sin entrar en mayor detalle de los mismos, lo cierto es que tales fenómenos no son provocados por ellos; nuestra apreciación, de considerar a los menores ajenos al delito, se basa fundamentalmente en este punto.

6. Por último, consideramos indispensable que los menores participen con sus opiniones y sus planteamientos; además, es imprescindible hacer sentir bien al menor en todo momento de su tratamiento educativo.

De alguna manera, estas consideraciones nos dan pauta para pensar en soluciones, las cuales no se van a presentar de manera sencilla y automática; lo más difícil lo es el ser humano, y por tanto, merece una especial atención.

Las respuestas no pueden simplemente darse como recetas de cocina, más bien debe partirse de las ideas generales, aplicándolas a los casos particulares, específicos. Dichas ideas generales deben sustentarse en que los menos desadaptados debe ser atendidos en instituciones, por *profesionales* de la pedagogía y la psicología; lo que menos reclaman dichos menores es de abogados o de cárceles; se necesitan maestros, personas con vocación de servicio para el trabajo escolar, son ellas quienes darán a dichos menores un trato sustentado en el eros pedagógico, y las diferencias individuales; así, deberá darse un diagnóstico, una ruta crítica, un plan de trabajo para cada menor, donde en la medida de lo posible se de primordial importancia a su opinión.

Únicamente con nuevas estrategias debemos atender este antiguo mal; los menores deberán salir adelante en su conflictiva para orgullo de los adultos, quienes estarán en la tesitura del deber cumplido.

BIBLIOGRAFÍA

- BERISTÁIN, Antonio. La delincuencia e Inadaptación Juvenil ante Algunos Criminólogos Críticos y Algunos Moralistas Postconciliares. Revista Interamericana de Sociología, año VI, vol. V, no. 18. México, 1976
- CARRARA, Francesco. Programa de Derecho Criminal. 7ª edición, Ed. Temis, Bogotá, 1967.
- CARRILLO PRIETO, Ignacio y CONSTANTE Alberto. El menor infractor. Retrato de un olvido. Dirección General de Prevención y Tratamiento de Menores de la Secretaría de Gobernación. México, 2000
- CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 32ª edición. Editorial Porrúa. México, 1993.
- CENICEROS, José Ángel y GARRIDO, Luis. La Delincuencia Infantil en México, Editorial Botas, México, 1936.
- Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Editorial Porrúa, México, 1985.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Cuestiones terminológicas y penales contemporáneas (estupefacientes, psicotrópicos, aborto, sanciones, menores infractores). Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1981.
- _____ El sistema penal mexicano. México, 1993
- HERNÁNDEZ QUIROZ, Aureliano. Derecho protector de menores, Universidad Veracruzana, Veracruz, México, 1967
- INÁRRITU Y RAMÍREZ DE AGUILAR, Jorge. El estatuto de la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia. Boletín de Información Judicial, México, num.92, marzo de 1955
- IZAGUIRRE A., Alberto. Política Nacional para Menores de Conducta desviada. Capacitación para Personal en Centros de Menores Infractores. II ANUD. Costa Rica, 1980
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito. 3ª edición, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1990
- Ley para el tratamiento de menores infractores, para el distrito federal en materia común y para toda la república en materia federal, Colección Penal, Ediciones Delma, México, 2000.

LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Manual de Derecho Positivo Mexicano. Ed. Trillas, 4ª edición, México, 1998

_____. Teoría del Delito. Ed. Porrúa, 9ª edición, México, 2001.

LOPEZ-REY Y ARROYO, Manuel. La Criminalidad. Un estudio analítico. Madrid, 1976

MONTESSORI, María. El niño. El secreto de la infancia. 2ª edición, Editorial Diana. México, 2000.

ONU, VI CONGRESO. A/Cons. 87/5, Caracas, 1980

OPELLANA WUARCO, Octavio A. Manual de Criminología., 6ª edición, Ed. Porrúa. México 1997

POLAINO NAVARRETE, Miguel. Estudios Penales. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense. Sección Delegada de la Universidad de Córdoba. Servicio de Publicaciones. Universidad de Córdoba, 1998.

PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Programa de Derecho Penal. Parte General. Ed. Trillas, México 1990

ROCCATTI, Mireille / LARA, Evangelina. Justicia Juvenil en el Estado de México y análisis comparativo con los Sistemas de tratamiento de Menores de la República Mexicana. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México. México, 1996

RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. Criminalidad de Menores. Ed. Porrúa, México, 1987

RUIZ DE CHAVEZ, Leticia. Marginalidad y conducta antisocial de menores (un estudio explorativo.) Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1978.

RUIZ FUNES, Mariano. Criminalidad de los menores, UNAM, México, 1953.

TAMÉS PEÑA, Beatriz. Los Derechos del niño. Un Compendio de Instrumentos Internacionales. Editado por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1995

TOCAVEN GARCÍA, Roberto. Elementos de la criminología infanto-juvenil. Ed. Porrúa, México, 1991

_____. Menores Infractores. Ed. Porrúa, México, 1993.