

EL CONCEPTO DE MENORES INFRACTORES

Elba CRUZ Y CRUZ*

SUMARIO: I. Introducción. II. Concepto de menor infractor. III. Desarrollo histórico de la concepción de menor infractor. IV. Definición actual. VI. Conclusiones. VII. Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCION

Constituye un aspecto de innegable importancia el estudio de la problemática de los llamados 'menores infractores'; su análisis, implica atender el futuro de la humanidad.

El conflicto inicia en la denominación misma de *menores infractores*. Para muchos es controversial y aún ofensivo utilizar este calificativo; partiendo de la idea en boga actualmente, de que los menores, por estar aún en proceso de maduración psicológica, bajo ningún concepto puede considerarse que infrinjan las leyes penales, sino que sus acciones son el resultado de las influencias del medio social o de sus progenitores, quienes la mayoría de las ocasiones los determinan a incurrir en actividades delictivas.

Por supuesto, hay quienes sostienen la tesis opuesta, en el sentido de que debe considerárseles lo suficientemente responsables, y tratarlos igual que a los adultos infractores; esta tendencia, cobra auge en sociedades como la norteamericana, donde las conductas antisociales de los menores llegan a extremos preocupantes.

Los dos puntos de vista, han sido tomados en consideración y practicados en diversos tiempos, y aún puede actualmente catalogarse a la mayoría de los sistemas jurídicos contemporáneos en una u otra categoría; de tal suerte, que mientras en Europa, la tendencia es tratar a los menores de manera tenue, quizá exageradamente humanitaria; en los Estados Unidos se sigue un régimen suma-

* Estudiante de Doctorado en Derecho en la División de Estudios de Posgrado de la Universidad Nacional Autónoma de México.

mente enérgico, siendo inclusive posible la imposición de la pena de muerte a los menores infractores, y hablando de reacciones extremas, se ha escuchado en casos recientes que incluso llegan al absurdo de arrestarlos por hacer trampa en los exámenes de academia.

¿Realmente puede afirmarse que los menores cometen delitos? Podríamos contestar tanto afirmativa como negativamente, siguiendo una u otra postura. Sin embargo, sin adherirnos a los postulados de la escuela positivista, consideramos que los menores, más que infractores o delincuentes, son un síntoma de la existencia de fallas más graves en la estructura social, en especial dentro de la familia y el proceso educativo.

Estamos conscientes de que a diferencia de los adultos, quienes tienen mayores posibilidades de conducirse por libre albedrío, los menores por su inmadurez e inexperiencia, lógicas en quien está todavía en proceso formativo, son mucho más susceptibles a factores externos y opera en ellos, cuando supuestamente cometen ilícitos, un claro determinismo; de tal suerte, que la base del tratamiento para los menores infractores debe ser la educación, como bien dice *María 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”¹.

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 legislación 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.

En fin, el tema es muy extenso y apasionante, por lo que por ahora nos limitaremos a su concepción.

¹ Montessori, María, *El niño. El secreto de la infancia*, 2ª edición, Editorial Diana, México, 2000, pág. 37.

II. CONCEPTO DE MENOR INFRACTOR.

Previamente a aventurarnos a definir, apoyados en la dogmática, lo que debe entenderse por un “menor infractor”, consideramos de trascendental relevancia hacer un breve estudio de la evolución que ha tenido esta noción a lo largo de la historia jurídica, tanto en el mundo como en nuestro país. Ello, con el fin de aclarar, de inicio, el camino para el estudio de la actual legislación de la materia, y determinar no sólo la naturaleza y el contenido del polémico ‘derecho de menores’, sino emitir, en la medida de lo posible, una valoración sobre ésta con miras a su mejoramiento futuro.

A nadie escapa que las ideas con relación a la significación del derecho penal y sus fines, han mutado notoriamente a lo largo de los siglos. “Las respuestas han oscilado entre las justificaciones retribucionistas absolutas que justifican la aplicación de una pena, en atención a la pretendida disolución del mal producido por el delito por el correspondiente de la pena, y las justificaciones de orden utilitarista, que atienden no al fin de la pena como legítimo en sí mismo, sino a fines expunitivos asociados a ella.

“En la modernidad no cabe duda de que el utilitarismo es una de las principales fuentes de justificación del derecho penal, sin embargo, en su versión fuerte, las justificaciones utilitaristas de la pena también pueden conducir a la extralimitación de la intervención punitiva del Estado so pretexto de garantizar el bienestar de la mayoría no desviada.” En la actualidad, se acepta una doble finalidad del derecho penal, “permite concluir que éste cumple también importantes funciones como herramienta de minimización de la violencia hacia los destinatarios de sus normas, cuando las personas caen en el supuesto de infracción a la ley penal.”²

III. DESARROLLO HISTORICO DE LA CONCEPCION DE MENOR INFRACTOR

3.1. En el mundo

Haremos aquí un breve recorrido por la historia de la concepción jurídica del menor, en especial, por lo que hace a su conducta infractora, destacando en especial tres momentos, más o menos generales, de relevancia: a) la valoración

² Ríos Espinosa, Carlos. *Grupos vulnerables y derecho penal: el caso de los menores infractores*, Publicado en *Bien común y gobierno*, Año IV, no. 47, 1998. p. 27

de la responsabilidad del menor y la atenuación de la pena, según la idea del *discernimiento*; b) la *reforma correccional*, con la separación del menor del derecho penal según el modelo tutelar y; c) el auge del *modelo garantista*, como respuesta a las inconsistencias jurídicas y arbitrariedades cometidas por instituciones tutelares, el cual pretende, sin regresar al menor a la jurisdicción penal, recuperarle ciertos derechos que le habían sido denegados.

a) *El discernimiento.*

Antecedente de obligada mención, es el derecho romano.

“Desde la antigüedad romana que distinguió entre infantes, impúberes y menores, fue la preocupación primordial fijar las edades en que, por falta de desarrollo mental, carecía el niño ciertamente de imputabilidad (hasta los 5, los 7 o los 9 años); en que tal deficiencia podía presumirse *iuris tantum* (desde el límite anterior hasta los 12 o los 14 años); y la última en que la presunción se invertía y habría que demostrar que el sujeto había obrado sin discernimiento, período éste que de los 12 o los 14 años no se extiende hasta los 16 o los 18 años, como se suele afirmar, sino que abarca todo el resto de la vida puesto que aun en delinquentes de 50 ó 60 años se presume la completa responsabilidad pero se debe dar plena validez y efectos a la prueba en contrario.”³

“Ya en el Imperio, conforme a las previsiones de la ley *Cornelia de Sicaris* (L. 48, Tit. 8, Ley 12), la consideración variaba según las edades, pues hasta los 7 años duraba la *infantia* y los niños eran considerados como el loco (*furiosus*); una segunda categoría era la de los *impúberes* (o *infantis* próxima) que comprendía a los varones hasta los 10 ½ años y a las mujeres hasta los 9 ½ años y normalmente eran irresponsables de los ilícitos salvo prueba en contrario de una especial capacidad y, por expresa disposición legal, de los delitos contra el honor. Una tercera categoría eran los *impúberes* “*pubertate próxima*” que se extendía para los varones hasta los 14 años y las mujercitas hasta los 12 años, que no podían ser sancionados con pena de muerte y en general se los castigaba en forma atenuada y a veces se los eximía de sanción. A esta etapa pertenece la época en que la punibilidad del menor dependía de su discernimiento o *dolus capax*. La última categoría era la de los menores, que comprendía la etapa entre los 12 y 14 años y los 18, quienes eran mencionados con penas algo mitigadas. No

³ Carrancá y Trujillo, Raúl. Et. al., *Derecho penal mexicano, parte general*, Ed. Porrúa, México, 1995, p. 635

faltan algunos autores que extienden ésta última categoría, para ciertos efectos, hasta los 25 años.”⁴

Por lo que hace a los primitivos regímenes jurídicos surgidos tras la caída del Imperio Romano de Occidente, podemos citar el derecho anglosajón, en el cual se consideraba como límite de irresponsabilidad penal los diez años. Pasada esa edad, podía imponerse al menor inclusive la pena capital; cabe comentar, que “Blackstone cita dos sentencias de muerte impuestas a niños de más de 10 años: una por incendio de un pajar, que se ejecutó, y otra, que no se cumplió, y correspondía a un hurto de peniques.”⁵

Dentro del derecho germano consuetudinario, la irresponsabilidad se extendía hasta los 12 años; en el sistema franco-visigodo, el límite de la imputabilidad eran los 14 años.

El derecho canónico se apejó, por lo general, a los criterios establecidos por el derecho romano imperial, sobre todo en lo relativo a la presunción de irresponsabilidad, la diferenciación en los grados de responsabilidad según la situación específica del menor (*infante próxima o pubertate próxima*), la valoración de la capacidad de discernimiento, con posibilidad de atribución de dolo y una atenuación genérica de las penas, dejada al arbitrio judicial.

En la legislación que se ha dado en llamar *intermedia*, destaca el *Peinliche Gerichtsordnung* del Emperador Carlos V, el cual “acoge las enseñanzas romanas, al asimilar la minoridad a la enajenación y al aceptar el examen del dolo que, comprobado por consejo de entendidos, hacía responsable al menor (axioma de *malitia suplet etatem*). Por su art. 164 al ladrón menor de 14 años se le imponía pena de castigo corporal y renuncia eterna a vengarse (en lugar de la pena capital), pero si se trataba de un muy peligroso o gran ladrón –previa consulta a un Consejo– podías ser penado en bienes, cuerpo o vida con tal que se acreditase que tenía la malicia de los mayores. Para otros delitos se repetía la consulta al Consejo o a jueces superiores, a efectos de saber si el menor realmente carecía de sentido moral.

En otras palabras, se trataba de establecer si el menor poseía suficiente “discernimiento” (para distinguir el bien del mal), problemática que se inició en el Derecho Romano, continuó con el Derecho canónico y siguió con las prácticas jurisprudenciales de las ciudades italianas del medioevo. Cuando se constataba el *dolo capacitas* (o discernimiento, al fin) el infante podía ser castigado con látigo o varillas –siguiendo dictamen de Carpozio de 1635– aunque posteriormente

⁴ Horacio Viñea, Raúl, *Delincuencia juvenil y derecho penal de menores*, Buenos Aires, 1983, pp. 25-26

⁵ *Ibid.*, 1983, p. 26

se interpretó que más que una pena, su ejecución debía llevar a una corrección por fuerte impresión en el niño. Tal ejecución era cumplida por los tribunales, en casos de delitos graves, y de lo contrario, por los padres o maestros del menor (...) Impúeberes de *infantia próxima* podían sufrir destierro, cárcel o penas corporales, si cometían hechos de gravedad, reservándose la pena capital para casos de suma gravedad que el delincuente ejecutara con malicia supina (astucia, perfidia), sin poderse abrigar esperanzas de enmienda (Así el Tribunal de Escabinos de Leipzig, por causas de incendios intencionales en 1615 y 1617 dictó sendas sentencias ordenando la decapitación de un muchacho y una muchacha, en lugar de imponer la pena de hoguera reservada a los adultos). En general, a los menores se imponía una *poena extraordinaria* y aún se la reducía si se constataba una *magna stupiditas* o en casos de ínfimas transgresiones.”⁶

En las Siete Partidas, con relación a los menores, la ley 8 del tít XXXI y la 8 del tít. IX, establecían la irresponsabilidad completa de los que no habían cumplido diez años y medio (*infans e infantiae proximus*), y la culpabilidad atenuada de los que no habían llegado a los diecisiete años: “E si por aventura, el que ouiesse errado fuesse menor de diez años e medio, non le deuen dar ninguna pena. E si fuessen mayor desta edad, e menor de diez e siete años, deuenle menguar la pena que darían a los otros mayores por tal yerro” (ley 8 tít XXXI). Esa misma regla se encuentra reiterada en diversas leyes, respecto de delitos especiales.

Legislaciones del mismo período, como la Tortosa, Cataluña y Valencia, siguieron el modelo romano. Las Leyes de Aragón y Navarra establecieron como topes de edad, respectivamente, los 7 y los 14 años.

Siguiendo la evolución de las ideas penales, durante el período que se ha dado en llamar humanista o humanitario las disposiciones relativas a los menores se suavizaron. Para inicios del siglo XIX, se estableció un tope mínimo de edad, debajo del cual la inimputabilidad se consideró absoluta; 8 años, en 1813 en Baviera; 10, 12 y 11 en Sachsen, en 1868. asimismo, la mayoría de edad se fijó por lo general en los 16, 18 o 21 años. Para los menores de edades intermedias, se les atenuaba la penalidad. Los códigos penales franceses de 1791 y 1810 retomaron la figura romana del “discernimiento” (*o dolo capacitas*), tendencia que fue seguida por lo general por las ulteriores legislaciones europeas.

Posteriormente, con la difusión de las ideas de la escuela llamada clásica, se establece claramente una etapa de inimputabilidad absoluta en la infancia, considerándose que el menor carece de toda maldad. Las nuevas medidas son

⁶ *Ibid.*, p. 28

de carácter preventivo-correctivo, asumiendo gran relevancia la figura del discernimiento. “Si éste faltaba, se absolvía; estando presente, se atenuaban las penas. El fundamento de tales absoluciones o atenuaciones en razón del discernimiento, se basaba en un principio de la ciencia moral; se responde en la medida que se distinga el bien del mal, pero también en otro principio de ciencia biológica: el entendimiento sólo gradualmente llega al desarrollo.”⁷

“Francisco Carrara, fiel a los principios del 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 a la edad. Con criterio exclusivamente jurídico, la divide en cuatro períodos, para los efectos penales: 1) *período de irresponsabilidad absoluta*; 2) *de responsabilidad condicional*; 3) *de responsabilidad plena*; 4) *de responsabilidad modificable en sus resultados*.

“La Escuela Clásica tomó como base de sus criterios punitivos la existencia del libre albedrío y de la responsabilidad moral, siempre de origen teológico, tomando como meollo de la conducta el sentido, que consideraba universal e innato en la especie humana, de lo que es justo, bueno, honesto y lícito. A veces tomaba como producto intelectual y a veces como producto del sentimiento el discernimiento, que suponía existía en todo ser humano adulto, y que podía ser alcanzado por los menores como los demuestra la investigación que se hacía de él en ciertas edades infantiles o juveniles, marcadas expresamente para ello en los diversos pueblos. Se afirmaba, pues, que existía el discernimiento y que, como consecuencia natural, el individuo estaba obligado a hacer el bien, a dirigir su conducta indefectiblemente a lo lícito. Si en cualquier caso obrar ilícitamente, con mala intención o dolo, ello demostraba que había actuado así voluntariamente, por su propia decisión, y por tanto, debía ser castigado.”⁸

En respuesta a la escuela clásica, las ideas positivistas apelan a otra manera de estudiar y atender la cuestión de los menores que infringen leyes penales. Como afirma el mismo Quiroga, si “a la sociedad interesa evitar que los delincuentes la sigan perjudicando, deben investigarse las causas de la mala conducta (entre las cuales las hay endógenas y exógenas de gran importancia, privando en cada sujeto una diferente constelación causal) y combatirlas eficazmente).⁹

⁷ *Ibid.*, p. 29

⁸ Solís Quiroga, Héctor. Justicia de menores. Ed. Porrúa, México, 1986. pp. 47-48

⁹ *Ibid.*, p. 55

b) La reforma correccional.

Desde fines del siglo XIX y comienzos del XX, se “opera una honda transformación en las instituciones jurídicas relativas a la minoridad en general y, en particular, el Derecho penal que se aplicaría a los menores debía perder “casi en absoluto su sentido represivo”, para convertirse en un conjunto de medidas encaminadas a la educación moral, intelectual y física del menor, correccional.

Como antecedentes de las instituciones correccionales, creadas según las nuevas doctrinas aceptadas por los legisladores (que pugnaban por la corrección en lugar del castigo penal), podemos citar numerosos esfuerzos de carácter meramente caritativo, atendidas generalmente por grupos religiosos. Las antiguas Casas de Corrección de Amsterdam, que datan del siglo XVI, son claro ejemplo del valor asignado al trabajo riguroso, como redentor, y a la reeducación moral.

Menciona Horacio Viñea, “que la primera institución correccional destinada a jóvenes fue el Hospicio de San Michele, erigido en Roma por el Papa Clemente XI en 1703, con fines de corrección y enmienda, uso de disciplina y formación profesional y moral. En Alemania, en cambio, hubo institutos modelos desde 1833 en Horn y 1837 en Waldorf y posteriormente en Wittlich (Renania), ya en 1912. Esta última con total aislación de los menores, respecto de los delincuentes adultos, y sometidos a los primeros a medidas de reeducación que seguían en gran medida a los modelos norteamericanos de los Reformatorios de Elmira, Massachusetts y Concord y que ya habían impactado al inglés Sir Evelyn Ruggles Brice, motivando esta apreciación suya: “El acertado sistema de enseñanza moral, física y profesional de esos reclusos, el entusiasmo que dominaba al trabajo, el acabado mecanismo para la supervisión del liberado condicional, todas esas cosas, privadas de extravagancias, me satisficieron, porque un humano, un real esfuerzo estaba siendo hecho en esos Estados para la rehabilitación de la juventud delincuente”.¹⁰

Por lo que hace a los aspectos jurídicos, el movimiento de reforma pugna por la elevación de los topes legales de la inimputabilidad absoluta, a los 14, 16, 18 o 21 años, según las distintas legislaciones.

La implantación del sistema de reformatorios en los Estados Unidos, hacia mediados del siglo XIX, atendía a la idea de que los delincuentes eran susceptibles de ser convertidos en ciudadanos respetuosos de las leyes; que los individuos anormales y querellosos podían ser “entrenados” para ser útiles y productivos.

¹⁰ Horacio Viñea, *Ob. Cit.*, pp. 30-31

Sus principios fundamentales fueron formulados en Gran Bretaña por Mathew Davenport Hill, Alexander Maconochie, Walter Crofton y Mary Carpenter.

La nueva concepción de la penalidad se extendió al ámbito de los menores, donde se entendió como tutela y prevención. “Como Mary carpenter en Inglaterra y Zebulon Brockway en Nueva York, Enoch Wines se esforzaba en la programación de un sistema penal ideal que, con los recursos financieros e institucionales adecuados, pudiera ser aplicado en la práctica. Proponía que las autoridades estatales se encargaran del control de los niños menores de catorce años no debidamente atendidos ni custodiados; su supervisión debía delegarse, decía, en ciudadanos privados y organizaciones de caridad, que deberían estar subsidiados por el Estado, con tal que observaran ciertas normas mínimas. Los reformatorios para niños deberían introducir, hasta donde fuera posible, las condiciones de la vida en el hogar, y estar edificados en el campo, porque “el lugar normal para educar a estos niños es la campiña”. De preferencia deberían seguir el “plan de casitas”, con 40 niños en cada institución; las instituciones para niños muy pequeños deberían ser manejadas exclusivamente por mujeres. “Así se provocaría más esfuerzo voluntario, más interés individual, más simpatía y celo.”¹¹

En resumen, podemos señalar como los principios fundamentales de los reformatorios, entre otros, los siguientes:

- 1) Los delincuentes jóvenes tenían que ser separados de las influencias corruptoras de los criminales adultos.
- 2) Los “delincuentes” tenían que ser apartados de su medio y encerrados por su propio bien y protección. Los reformatorios deberían ser santuarios custodiados, donde se combinarían amor y orientación con firmeza y restricciones.
- 3) Los “delincuentes” deberían ser enviados al reformatorio sin proceso y con requisitos legales mínimos. No era necesario un proceso penal en regla, puesto que los reformatorios debían reformar y no castigar.
- 4) Las sentencias serían indeterminadas, para que los reclusos fueran alentados a cooperar en su propia reforma y los “delincuentes” recalcitrantes no pudieran reanudar su infame carrera.
- 5) No debería confundirse reforma con sentimentalismo. Sólo se requería el castigo mientras fuera conveniente para la persona castigada y después de haberse agotado todos los demás métodos.

¹¹ Platt, Anthony M., *Los salvadores del niño o la invención de la delincuencia*, 2ª ed., Siglo XXI Editores, México, 1988. p. 73

- 6) Los reclusos tenían que estar protegidos de la pereza, la indulgencia y el lujo, mediante el ejercicio militar y físico y una vigilancia constante.
- 7) Los reformatorios deberían estar contruidos en el campo y designados de acuerdo con el “plan de cabañas”.
- 8) El trabajo, la enseñanza y la religión constituyen la esencia del programa de reformatorios.¹²

De especial relevancia, es la creación de los ‘Tribunales de Menores’, con jueces especiales para atender los asuntos relativos a los menores.

“Ello comenzó con las leyes belgas de 1912 y húngara de 1913 sobre educación correccional. El crecimiento de estos tribunales especiales para menores se generaliza y expande con rapidez. La imagen que se desea imprimir a los mismos (...) es paternal, tutelar, educativa. Como es de singularísima importancia conocer bien la personalidad del menor, cuáles puedan ser sus deficiencias biopsíquicas, las condiciones familiares y medioambientales, escolares y profesionales en que se ha ido desarrollando, se preconiza que todo Tribunal de Menores está dotado de un médico especializado y también de asistentes sociales o cooperadores benévolos, para el relevamiento de datos o encuestas.

El movimiento reformista propugnaba por eliminar las distinciones entre el niños delincuente y el desadaptado o desatendido. Se integraron definiciones estatutarias de “delincuencia”: 1) los actos que serían delincuencia si fueran cometidos por adultos, 2) los actos transgresores de las ordenanzas condales, citadinas o municipales y 3) las transgresiones de conceptos generales vagamente definidos, como “comportamiento vicioso o inmoral”, “incorregibilidad”, “holgazanería”, “lenguaje blasfemo o indecente”, “ser un vago”, “vivir con una persona viciosa o de mala fama”, etc., lo que indicaba la posibilidad de una conducta peor en el futuro si no se le ponía coto.

c) El modelo garantista

Algunos aspectos cuestionables desde el punto de vista jurídico, como la supresión del debido proceso legal, la indeterminación de la sentencia, entre otros; motivaron con posterioridad severas críticas que generaron una nueva revolución de las ideas en esta materia.

¹² *Ibid.*, p. 77

A principios del siglo pasado, las principales corrientes doctrinarias que abordaron el tema de la delincuencia juvenil adoptaron la perspectiva de la denominada *doctrina de la situación irregular o de tutela pública*. Esto es, se pensaba que los niños y adolescentes que se encontraban en una situación de abandono podían ser sujetos de la intervención tutelar del estado para impedir que tal situación se convirtiera potencialmente en daño social. En la Declaración de Ginebra de 1928, se estableció que no debía hacerse distinción alguna entre los jóvenes que habían cometido una infracción penal y aquellos que se encontraban en circunstancias que exigían medidas de protección o programas de reeducación, por presentar problemas de conducta.

Con la emisión de la Declaración de los Derechos del Niño, se conforma la *doctrina de la protección integral del niño y de la niña*, la cual “asume como eje sistemático de construcción para la interpretación y creación de normas penales dirigidas a menores el principio axiológico fundamental del interés superior del menor.”¹³ Los nuevos principios impulsados, en los cuales se asienta el nuevo derecho para menores infractores, se desprenden del contenido de los artículos 37, 40 y 41 de la Convención sobre los derechos del niño, en los siguientes términos:

- “a) Los principios generales que comprenden el principio de vulnerabilidad social; el mandato de establecer leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para menores; el deber de trato humanitario y digno a los niños y niñas acorde con su condición de inmadurez y desarrollo; el principio que ordena la determinación exacta de una edad mínima y otra máxima de imputabilidad penal limitada; la prohibición de prisión perpetua y pena de muerte; el de asistencia de niños y niñas ni imputables; y el mandato de garantizar la comunicación del menor con sus familiares.
- “b) Los principios de derecho penal sustantivo que comprende: la reserva de ley; el principio de culpabilidad; el principio de proporcionalidad entre la infracción y la medida; el principio de subsidiariedad en la regulación y aplicación del tratamiento; y el principio de aplicación oficiosa de la norma más favorables.
- “c) Los principios procesal estructurales, entre los que figura el principio de jurisdicción; el principio de impugnación; el de protección contra actos de tortura y tratos crueles; el de respecto a la privacidad del menor en todas

¹³ Ríos Espinosa, Carlos. *Ob. Cit.*, p. 27

las fases del procedimiento; el de legalidad en cuanto a actos de molestia con motivo de la intervención punitiva; el de excepcionalidad de la detención durante el proceso; el de acceso a la jurisdicción de protección de garantías constitucionales.

“d) Los principios del debido proceso legal, que incluye el principio de presunción de inocencia, el de no autoincriminación, el de defensa, de intérprete y de pronta asistencia jurídica y social.”¹⁴

3.2. *En México*

Intentamos en este apartado, hacer un breve esbozo de las diversas concepciones que sobre el menor, y su conducta, se han tenido a lo largo de la historia en nuestro país; atendiendo en la medida de lo posible, dada la amplitud que suele darse al tema en las discusiones actuales, no sólo a los aspectos estrictamente jurídicos, sino a las condiciones y factores sociológicos y económicos, entre otros, que como hoy se sabe, influyen notoriamente en la gestación de la criminalidad infantil.

Es conocida la severidad de los derechos penales precolombinos, siendo muy comunes las penas corporales, y aún la de muerte. Por lo que hace al derecho penal maya, consideraba como una atenuante de responsabilidad la minoría de edad. “En caso de homicidio, el menor pasaba a ser propiedad (como esclavo ‘pentak’) de la familia de la víctima, para compensar laboralmente el daño causado. El robo era un delito grave (...) los padres del infractor debían reparar el daño a las víctimas, y de no ser posible, el menor pasaba a ser esclavo hasta pagar la deuda.”¹⁵

La cultura azteca daba un lugar esencial a la educación de los menores; su organización social se basaba en el núcleo familiar patriarcal, los padres tenían patria potestad sobre sus hijos y derecho de corrección, pero se les negaba el derecho de vida o muerte sobre ellos. En el caso de menores incorregibles, podían venderlos como esclavos. A pesar de la severidad de la educación, es notable el respeto y la protección que se otorgaba a los menores; consideraban que todos los hombres nacían libres, aún los hijos de esclavos, y veían con repudio la venta de niños ajenos, castigando este delito, junto con el rapto de infantes, con la pena de muerte.

¹⁴ *Ibid.*, p. 29

¹⁵ Rodríguez Manzanera, Luis, *Criminalidad de menores*, Ed. Porrúa, México, 1997, p. 6

Todos los menores de diez años estaban excluidos de responsabilidad penal. Para quienes tuviesen entre diez y quince años, su minoría era considerada un atenuante de la penalidad. A los quince años, los jóvenes dejaban el hogar familiar, para asistir a los colegios a recibir educación religiosa militar y civil, dependiendo de la clase social a la cual pertenecieran (Calmécac para los nobles, Telpochcalli para los plebeyos). Debe mencionarse que los aztecas tenían tribunales especializados para menores, los cuales residían en las escuelas. “Estaban divididos en dos, según el tipo de escuela: en el Calmécac, con un juez supremo, el Huitznahuatl, y en el Telpuchcalli, donde los telpuchtatlas tenían funciones de juez de menores.”¹⁶

Es así como las instituciones religiosas, se asumen como las primeras en brindar “protección al menor” en situación de abandono o riesgo; podemos citar el Real Hospital de Indios, con una sección para niños abandonados, fundado por fray Bernardino Álvarez; la casa de cuna del Dr. Pedro López, y el Hospital de San Lázaro. La corona no interviene sino muy posteriormente, fundado en el siglo XVIII la Casa Real de Expósitos, la Congregación de la caridad, y el Hospicio.

Por lo que hace al ámbito jurídico, la Recopilación de las Leyes de Indias establece como edad de responsabilidad plena la de 18 años cumplidos. Disposiciones relativas a los menores en estado de abandono las encontramos en la Ley IV, dada por Carlos V en 1533.

Tras la lucha por la Independencia, y el establecimiento de los primeros gobiernos al margen de la Corona española, la mirada del Estado se redirigió hacia los menores. Guadalupe Victoria, el primer Presidente de la República, pretendió reorganizar las casas de cuna; muy posteriormente, durante el gobierno de Santa Anna, se “formó la “Junta de Caridad para la Niñez Desvalida” en la ciudad de México, en 1836. Éste es un importante antecedente a los patronatos, ya que se trataba de voluntarios (generalmente damas de alcurnia), que reunían fondos para socorrer a los niños huérfanos o abandonados, con un interesante sistema mediante el cual contrataban nodrizas para los recién nacidos. Les pagaban cuatro pesos al mes (un estipendio apreciable), las vigilaban y obligaban a presentar fiador, y cuando el niño hubiera superado la crianza, se le buscaba un hogar honorable para ser adoptado.”¹⁷

Entre 1848 y 1851, José Joaquín de Herrera, siendo Presidente fundó la “Casa de Tecpan de Santiago, conocida también como Colegio Correccional de San

¹⁶ *Ibid.*, p. 8

¹⁷ *Ibid.*, p. 27

Antonio, institución exclusiva para delincuentes menores de 16 años, sentenciados o procesados, con un régimen de tipo cartujo (aislamiento nocturno, trabajo en común con regla de silencio), y con separación de sexos.”¹⁸

En la época juarista, con la promulgación de las Leyes de Reforma, el gobierno pasa a hacerse cargo de orfanatorios y hospicios. Se giran instrucciones precisas para ingresar a planteles educativos, a todos los niños de 6 a 12 años que se encontraran vagando en las calles.

El Código penal Martínez de Castro, de 1871, atendiendo a los principios que le inspiraron, definió la responsabilidad de los menores en función de su edad y de su discernimiento. Declaró al menor de nueve años exento de responsabilidad, amparado por una presunción inatacable. Al menor de entre nueve y catorce años, lo puso en situación dudosa, que se aclararía con el dictamen pericial. Al de catorce a dieciocho años, le asignó discernimiento ante la ley, y presunción plena en su contra. Este criterio se completaba con un régimen penitenciario progresivo, correccional, para el que se designarían establecimientos adecuados.

El Código de 1871, dispuso que “los menores de 14 años que hubieren infringido la ley penal sin discernimiento fueran internados en un establecimiento de educación correccional por el tiempo necesario para concluir la educación primara, pudiendo quedar en su propio domicilio los menores de 9 años cuyos padres fueren idóneos para darles la educación necesaria y siempre que la falta cometida no fuere grave; y pudiendo regresar a él los mayores de 9 años y menores de 14, cuando acrediten haber mejorado de conducta y terminado su educación, o bien que pueden terminar ésta fuera del establecimiento (arts. 157, 159 y 162).”¹⁹

El artículo 157, establecía explícitamente la reclusión preventiva en establecimiento de educación correccional para los casos de minoridad y no discernimiento. Para ello, se formaron las Casas de Corrección de Menores (una para varones, otra para mujeres), convirtiendo en 1880, la Escuela de Tecpan de Santiago en la Escuela Industrial de Huérfanos.

La época revolucionaria trajo consigo una nueva crisis; la estructura social, removida violentamente hasta las raíces, no alcanzó a transformarse positivamente, al menos al principio, y ponerse a la altura de los grandes cambios políticos y económicos que se generaron con el movimiento armado. Nació un nuevo país, sin duda, pero no sin grandes sacrificios y pérdidas de vidas. Como era de es-

¹⁸ *Ibid.*, p. 27

¹⁹ Carrancá y Trujillo, *Ob. Cit.*, p. 635

perarse, la grave situación fue resentida en mayor medida por los infantes, grupo vulnerable, que sobre todo en las clases marginales, se vio en el abandono al marcharse o morir sus padres en la lucha, careciendo de lo más elemental para la subsistencia.

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.
“En 1907 el Departamento Central del Distrito Federal dirigió a la Secretaría de Justicia una exposición acerca de las cárceles adecuadas para menores, y en 1908, dado el éxito del juez paternal en New York, una persona siempre preocupada por el bienestar de los jóvenes, el licenciado Antonio Ramos Pedrueza, sugirió a don Ramón Corral, Secretario de Gobernación, crear jueces eternos destinados exclusivamente a conocer los actos ilegales cometidos por el menor de edad, abandonando el criterio del discernimiento. “Las características del juez paternal neoyorkino eran: que sólo se ocupaba de “delitos” leves; que ellos deberían ser producto del mal ejemplo de los padres que eran, a menudo, viciosos, miserables o de vida promiscua. El juez paternal era suave y enérgico, y esto producía buen efecto si los menores no estaban pervertidos aún. El juez no debería perder contacto con el menor y con su intervención lograba que él tuviera escuela y taller, cuyos efectos aseguraban su corrección.”²⁰
- B) En 1912, se realiza otro estudio donde se propone abandonar el criterio del discernimiento como fundamento para precisar la edad penal. Con base en el estudio de 1908, Ramón Corral designó a los abogados Miguel S. Macedo y Victoriano Pimentel, para que elaborasen un dictamen sobre las reformas necesarias a la legislación.
- 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 Calificación de los Infractores Meno-

²⁰ Solís Quiroga, *Ob. Cit.*, p. 30

res 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.

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 "incorregibles"; 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.

En 1928 se expide la "Ley sobre la Prevención Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal y Territorios". Esta Ley, conocida como "Ley Villa Michel", 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.

"Entre los razonamientos fundamentales de sus considerandos, está expresada la necesidad de que las instituciones se acerquen lo más posible a la realidad social para proteger a la colectividad contra la criminalidad; que la acción del Estado debería encaminarse a eliminar la delincuencia infantil, corrigiendo a tiempo las perturbaciones físicas o mentales de los menores y evitando su perversión moral; que los menores de 15 años que infringieran las leyes penales eran víctimas del abandono legal o moral, o de ejemplos deplorables en un ambiente social inadecuado, o del medio familiar deficiente o corrompido por el descuido, perversión o ignorancia de los padres, o de las perturbaciones psicofísicas de la evolución puberal; que los menores necesitaban, más que la penal estéril y aun nociva, otras medidas que los restituyeran al equilibrio social y los pusieran

a salvo del vicio; que *debería tomarse en cuenta, más que el acto mismo, las condiciones psicomentales y sociales del infractor.*²¹

El 15 de noviembre de 1928, se expidió el “Reglamento de los Tribunales para Menores del Distrito Federal”, en el cual se establece como requisito indispensable, la observación previa de los menores, antes de resolver sobre su situación. En 1929, se declaró, por decreto, la calidad docente del cargo de Juez del Tribunal para Menores.

El Código de 1929 hizo a un lado las ideas en boga, y determinó al menor socialmente responsable, sujetándolo a tratamiento educativo, el cual estaría a cargo del Tribunal para Menores, que fue creado por Ley en el año de 1928. Se establecieron sanciones de carácter especial, tales como arrestos escolares, libertad vigilada, reclusión en establecimientos de educación correccional, colonia agrícola para menores y navío-escuela. La ley procesal concedió a los jueces de menores libertad en el procedimiento, siempre y cuando se sujetaran a las normas constitucionales relativas a detención, formal prisión, intervención del Ministerio Público, libertad caucional, etc.

Con base en el positivismo, doctrina que da por “supuestos el determinismo orgánico, el delincuente nato, la peligrosidad aun predelictiva y la responsabilidad social, toda persona, aun el menor de dos años, es responsable; y el único problema consiste en ajustar el tratamiento adecuado a cada uno.

El Código Federal de Procedimientos Penales de 1934, concedió a los Tribunales Locales para Menores la jurisdicción y la competencia necesarias, para conocer de las infracciones del orden federal cometidas por menores de edad.

Previamente, la Procuraduría General de la República había 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.

En 1936, se creó una Comisión Instaladora de los Tribunales para Menores; ésta promovió la creación de la institución en todo el país. “Al efecto elaboró un proyecto de Ley, que pudiera servir de modelo para todos los Estados; formuló notas con las características que debieran tener los edificios; se expresaron las cualidades que deberían tener los diversos miembros del personal, y presentó

²¹ *Ibid.*, p. 34

ante cada gobierno local, después del estudio concreto, un proyecto de presupuesto en el que estaban comprendidos los gastos del Tribunal y los sueldos del personal.”²²

La Ley Orgánica y Normas de Procedimiento de los Tribunales para Menores y sus Instituciones Auxiliares en el Distrito y Territorios Federales, de 1941, derogó lo dispuesto por el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal y Territorios Federales. “Esta ley contuvo errores fundamentales, como es facultar a los jueces a que impongan las sanciones que señala el Código Penal, meras penas. Conforme al artículo 20 de nuestra Constitución Federal, sólo pueden imponer penas las autoridades judiciales, pero el tribunal para menores (ahora consejo tutelar) es autoridad administrativa, no judicial y, por tanto, estaba incapacitado para imponer penas.”²³

La 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.

El 26 de diciembre de 1973 se promulga la Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal, publicada en el Diario Oficial el 2 de agosto de 1974.

En sus dos primeros artículos, establece que el Consejo Tutelar para Menores tiene por objeto promover la readaptación social de los menores de dieciocho años, mediante el estudio de la personalidad, la aplicación de medidas correctivas y de protección y la vigilancia del tratamiento; interviniendo cuando los menores infrinjan las leyes penales o reglamentos de policía y buen gobierno, o manifiesten otra forma de conducta que haga presumir, fundadamente, una inclinación a causar daños, a sí mismo, a su familia o a la sociedad, y ameriten, por lo tanto, la actuación preventiva del Consejo.

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, sobre la cual ahondaremos en el siguiente capítulo. 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.

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.

²² *Ibid.*, p. 37

²³ *Ibid.*, p. 38

IV. DEFINICION ACTUAL

Difícil es todavía afirmar lo que debe entenderse por “menor infractor”. Jurídicamente, el menor carece de capacidad de ejercicio; misma que adquirirá en el caso de la legislación mexicana, a los 18 años, convirtiéndose asimismo en imputable, y por tanto, en agente de la comisión de ilícitos. Es por ello que hasta antes de adquirir la mayoría de edad, la doctrina moderna coincide en señalar que el menor no puede considerarse como sujeto activo de un delito; así, aunque su conducta se adecue a alguno de los tipos señalados en la legislación sustantiva, no está justificada la intervención del aparato punitivo estatal en su contra. Se afirma entonces, que el menor de edad, por su condición, queda fuera del derecho penal. Su conducta (cuyo carácter ilícito no es afectado por su minoría de edad), motiva la movilización de instrumentos jurídicos muy distintos de los aplicados a los delincuentes adultos, los cuales, forman parte del llamado *derecho de menores*.

La diversidad de denominaciones deriva de las diferentes perspectivas existentes respecto del asunto que nos ocupa. “Delincuencia juvenil, por un lado; inconducta, desviación, inadaptación, parasociabilidad, marginación, rebeldía por el otro, constituyen verdaderos agrupamientos de componentes de los sectores que se disputan la primacía en este aspecto de la problemática minoril.”²⁴

En este contexto, 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”²⁵.

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

²⁴ D'Antonio, Hugo Daniel. *El menor ante el delito*. Ed. Astrea, Argentina, 1992, P. 17

²⁵ López Betancourt, Eduardo. *Manual de Derecho Positivo Mexicano*. Ed. Trillas, 4ª edición, México, 1998. pag 160

ley penal. Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de entender y de querer. La 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.

En nuestra opinión, menores infractores, son aquellas personas, menores de 18 años que realizan conductas tipificadas como delitos por las leyes penales vigentes, no siendo aplicable al caso del menor, la noción de la “pena”, como consecuencia del acto ilícito, por no poderse acreditar su conducta antijurídica como delito, surge la necesidad de someterles a un régimen especial de atención, el cual debe buscar protegerlos, tutelarlos.

V. CONCLUSIONES

El problema de los menores infractores no es vigente, viene de mucho tiempo atrás, las ideas como el mundo han ido evolucionando; sin embargo, sigue siendo un tema sin resolver.

Es indudable que la minoría de edad es la más vulnerable ante la desintegración familiar, el medio social hostil, la mala educación, influencia nociva de los medios de información, la pobreza, la ignorancia; no cabe duda, los menores infractores son víctimas de los adultos, son el resultado de la sociedad que hemos creado.

En este contexto, es indispensable que los gobiernos pongan mayor atención y dediquen superiores recursos económicos, ya que estos menores, serán los futuros delincuentes o los futuros hombres de bien; vale la pena hacer una gran inversión, en ellos, ya que con esto prevemos la delincuencia futura.

La reinserción de los adultos en nuestra sociedad, estimamos, no ha resultado; antagónicamente, pensamos la de los menores infractores es un hecho seguro, están en una época de su vida en la que así como son vulnerables a lo negativo, también pueden ser sensibles a diferentes estímulos educativos, deportivos, culturales, que sepan que tienen otras opciones, así como proyectos de trabajo, en fin, que sepan que tienen alternativas para un futuro de bienestar para ellos y por ende, para nuestra sociedad.

VI. FUENTES DE CONSULTA

- MONTESSORI, María, *El niño. El secreto de la infancia*, 2ª edición, Editorial Diana, México, 2000.
- RIOS ESPINOSA, Carlos, *Grupos vulnerables y derecho penal: el caso de los menores infractores*, Publicado en *Bien común y gobierno*. Año IV, no. 47, 1998.
- CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, *Derecho penal mexicano, parte general*, Ed. Porrúa, México, 1995.
- HORACIO VIÑEA, Raúl, *Delincuencia juvenil y derecho penal de menores*, Buenos Aires, 1983.
- SOLIS QUIROGA, Héctor, *Justicia de menores*, Ed. Porrúa, México, 1986.
- PLATT, Anthony M, *Los salvadores del niño o la invención de la delincuencia*, 2ª ed., Siglo XXI Editores, México, 1988.
- RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Criminalidad de menores*, Ed. Porrúa, México, 1997.
- D'ANTONIO, Hugo Daniel, *El menor ante el delito*, Ed. Astrea, Argentina, 1992.
- LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, *Manual de Derecho Positivo Mexicano*, Ed. Trillas, 4ª edición, México, 1998.