UNIVERSIDAD DE GUANAJUATO

DIVISIÓN DE DERECHO, POLÍTICA Y GOBIERNO

MAESTRÍA EN CIENCIAS JURÍDICO PENALES

TESIS QUE PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRO EN CIENCIAS JURÍDICO PENALES, PRESENTA EL ALUMNO: **LIC. CARLOS ASCENSIO HIDALGO.**

"ANTECEDENTES HISTÓRICO JURÍDICOS DEL DERECHO PENAL DE MENORES"

DIRECTOR DE TESIS: **MTRO. CARLOS MARIO TELLEZ GUZMÁN.**

A Dios, origen y fin de nuestra vida.

A Pilar, amiga, esposa, cómplice, siempre fiel, siempre juntos, gracias.

A mis hijas Carmen, Pilar, Loreto y Carla, y a mis hijos Carlos y Rodolfo, premisas y síntesis de nuestro amor.

A mis padres Rodolfo y Susana, por regalarme el don de la vida, darme sus enseñanzas, fortalezas y cariño, por siempre.

A la Universidad de Guanajuato, por recibirme, enseñarme y formarme en el mundo de las Ciencias Jurídico Penales.

A mi estimado y admirado, Maestro Carlos Mario Téllez Guzmán, por su enseñanza objetiva y surrealista del procedimiento penal, y su oportuno apoyo en impulsar mi conocimiento, gracias.

A todos mis Maestros de la Maestría en Ciencias Jurídicos Penales, mi agradecimiento y reconocimiento, por compartir su amistad, experiencias y conocimientos.

A todos mis compañeros, por la convivencia, compañerismo y amistad que me dispensaron y que sigue perdurando.

INTRODUCCIÓN

La delincuencia de los menores de edad, es sin duda un tema de actualidad por el impulso que se le ha dado a las normas penales de menores en los últimos años, fundamentalmente por los tratados internacionales, auspiciados principalmente por las Naciones Unidas, influyendo en todos los países adheridos a la misma, con lo que se han visto obligados a cambiar, modificar y establecer nuevas normas penales para los menores de edad, primeramente para tratarlos bajo sistemas tutelares y posteriormente bajo sistemas garantistas, donde ya se les trata como verdaderos sujetos de garantías, lo que antes no sucedía, y esto se advierte desde las antiguas civilizaciones de las que tenemos información, como se observa en las primeras leyes que regulaban la conducta de los menores, como el Código de Manu y las posteriores leyes de menores de edad, es por ello que para la investigación del tema propuesto, se hace un seguimiento de la institución jurídica del derecho penal de menores, desde sus orígenes en la antigüedad hasta el presente, rastreando históricamente en legislaciones nacionales y extranjeras, buscando identificar las similitudes y diferencias que pueden encontrarse en normas jurídicas e instituciones en los sistemas jurídicos que se manejan en diferentes estadios de la historia jurídica, anteriores y vigentes en el ámbito de los sistemas jurídicos universalmente reconocidos, en Europa, y en América, y los Tratados Internacionales y Regionales relativos a los menores de edad, que han enriquecido el derecho penal de menores, en el tema presente realizo una búsqueda y análisis histórico-descriptivo-jurídico, para interpretar y determinar los problemas jurídicos de los menores de edad en el ámbito penal, en sus diversos aspectos, encontrando y estableciendo relaciones y niveles que ofrezcan una imagen del funcionamiento y aplicación de una norma o institución jurídica del derecho penal de menores, construyendo un seguimiento de la evolución y fases que ha experimentado la institución jurídica del derecho penal de menores en periodos determinados en el devenir histórico del derecho penal de menores.

En la evolución del derecho penal de menores, desde sus formas más incipientes y hasta nuestros días, se advierte que los menores de edad, en las civilizaciones desde la antigüedad y en diferentes civilizaciones, se mostró preocupación por los actos cometidos por los menores de edad, en la comisión de faltas y de delitos, regulando el castigo o la pena, en relación a aquellos, conforme a la creación de las leyes legisladas por cada País, comparando estas y viendo las diferencias y similitudes históricas, observamos la indudable construcción de un derecho penal de menores que tiende a perfeccionar su ámbito de aplicación, para poder crear una dogmática jurídico penal propia del derecho penal de menores, y convertirse en un derecho penal de menores propio de los menores de edad.

El análisis histórico-descriptivo-jurídico del derecho penal de menores, se funda en las leyes y principios dictados por los legisladores de cada uno de los Países que se mencionan, para entender el nacimiento y desarrollo de las normas aplicadas a los menores, y su evolución en su contenido y su aplicación, existe un periodo amplio de la historia del derecho penal, en que este se aplicaba aun cuando era de adultos, a los menores, en base al discernimiento, imputabilidad e inimputabilidad, para posteriormente desarrollar teorías más apegadas a la manifestación interna de los menores de edad.

Es incuestionable que existe históricamente el problema de la delincuencia de menores de edad, problemática que actualmente se ha convertido en un problema social, económico, y educativo, influyendo negativamente en la familia y sociedad, rebasando a las normas penales de menores, obligando al legislador a crear nuevas leyes que regulen el comportamiento de los menores delincuentes apegándose a la norma, porque además, el derecho penal de menores sigue evolucionando creándose nuevos tipos penales que no se encuentran contemplados actualmente.

Históricamente se advierte que diversos Países de Europa y América, desde hace muchos años, han pretendido normar la actuación de los menores de edad, en leyes más justas a su acontecer, logrando minimizar los daños que se les causaron, existiendo para ello como fundamento los tratados internacionales y los instrumentos regionales relativos a los menores de edad.

Ahora, abordaremos el análisis histórico-descriptivo-jurídico, de nuestro tema, para poder comparar las diferentes legislaciones, así como su evolución hasta nuestros días, llegando a asegurar que lo más importante, es que los menores de edad se encuentran actualmente protegidos por las garantías establecidas por la norma, en sus derechos y obligaciones que debe velar el Estado Garantista.

ÍNDICE

CAPÍTULO 1. HISTORIA DE LA DELINCUENCIA JUVENIL 1
1.1. Antecedentes y Leyes que Regularon la Delincuencia Juvenil en la Antigüedad. 1
1.1.1. Primeros Antecedentes Legislativos 1
1.1.2. Derecho Griego 4
1.1.3. Derecho Romano. 6
1.1.4. Derecho Medieval. 8
1.1.5. Derecho Canónico. 8
1.1.6. Antecedentes Legislativos en Europa 10
1.1.7. Antecedentes Legislativos en Diversos Países de América. 53
1.1.8. Antecedentes Legislativos en México. 64
CAPÍTULO 2. DISCERNIMIENTO PENAL 121
2.1. Discernimiento Penal. 121
2.2. Definición del Discernimiento. 121
CAPÍTULO 3. MENORES INFRACTORES 132
3.1. Definición de Menor de Edad. 132
3.2. Menores Delincuentes. 134
3.3. Definición de Adolescencia. 135
3.4. Menores Delincuentes. 137
3.5. Delincuencia y Criminalidad. 137
3.6. Concepto de Joven. 138
3.7. Definición De Derecho Penal De Menores. 138
3.8. Derecho de Menores. 139
3.9. Derecho de Menores Infractores. 140
3.10. Determinación de la Edad Penal. 141
3.11. Indeterminación de la Edad Penal 142
CAPÍTULO 4. IMPUTABILIDAD DE LOS MENORES 145
4.1. Imputabilidad. 147
4.2. Fundamento de la Imputabilidad. 155
CAPÍTULO 5. LA INIMPUTABILIDAD DE MENORES 229
5.1. La Inimputabilidad, como Elemento Negativo del Delito 229
5.2. Definición de Inimputabilidad. 229
5.3. Los Sistemas Normativos de la Inimputabilidad. 231
5.4. La Inimputabilidad por Minoría de Edad. 232
5.5. La Ficción Jurídica de los Menores Inimputables. 233

CAPÍTULO 6. LOS MODELOS DE JUSTICIA DE MENORES INFRACTORES APLICADOS EN MÉXICO 235
6.1. Teoría del Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli. 237
CAPÍTULO 7. LOS MODELOS DE JUSTICIA DE MENORES APLICADOS EN EUROPA 239
CAPÍTULO 8. LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES VINCULADOS A LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES INFRACTORES 243
8.1. Análisis de los Instrumentos Internacionales Vinculados a la Protección de los Menores Infractores. 244
CAPÍTULO 9. LA PROTECCION DE LOS MENORES INFRACTORES CONFORME A LOS INSTRUMENTOS REGIONALES AMERICANOS 269
CAPÍTULO 10. LA JUSTICIA DE MENORES INFRACTORES CONFORME A LOS CRITERIOS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN 276
10.1. Evolución del Sistema de Justicia de Menores. 276
10.2. Amparo Penal en Revisión 3959/1931. 278
10.3. Amparo Penal En Revisión 3196/1934. 282
10.4. Amparo en Revisión 624/1935. 284
10.5. Conflicto Competencial 279/1982. 288
10.6. Amparo en Revisión 5113/1990. 292
CAPÍTULO 11. ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS 295
11.1. Historia de los Decretos que Reformaron y Adicionaron el Artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en Relación a los Menores. 295
11.1.1. Primera Reforma. 295
11.1.2. Segunda Reforma. 296
11.1.3. Tercera Reforma. 300
11.1.4. Cuarta Reforma. 300
CAPÍTULO 12. LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE NACIONES UNIDAS ... 311
12.1. Instrumentos Internacionales que Sirven de Base a la Doctrina. 312
12.2. El Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil. 316
12.3. La Ley Penal Juvenil de Costa Rica. 316
12.3. Ley del Menor Infractor de el Salvador. 317
CAPÍTULO 13. LEY DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES DEL ESTADO DE GUANAJUATO EN CONCORDANCIA CON LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO 319
13.1. Contenido de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño. 319
13.2. Principios Rectores de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño. 320
13.3. Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Guanajuato. 322
13.4. Análisis Crítico del Contenido de la Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Guanajuato. . 324

CAPÍTULO 14. ANÁLISIS INTERPRETATIVO DEL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 20 APARTADO "A" DE LA CONSTITUCÍON POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS: *PROPUESTA DE REFORMA A LA LEY DE JUSTICIA DE ADOLESCENTES DEL ESTADO DE GUANAJUATO, Y CUMPLIMENTACIÓN DEL IMPERATIVO CONSTITUCIONAL DEL NUEVO SISTEMA ACUSATORIO ADVERSARIAL ORAL DE FECHA 18 DE JUNIO DE 2008.*.....333

14.1. Primer Tema: El Sistema Procesal Acusatorio Adversarial..... 333

14.2. Segundo Tema: Apartado "A" del Artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 340

14.3. Tercer Tema: Propuesta de Reforma de los Artículos Relativos al Procedimiento de la Ley de Justicia Para Adolescentes del Estado de Guanajuato; Cumplimentación del Contenido del Apartado "A" del Artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 344

14.4. Síntesis..... 347

CONCLUSIONES.....348

BIBLIOGRAFÍA 351

CAPÍTULO 1. HISTORIA DE LA DELINCUENCIA JUVENIL

1.1. Antecedentes y Leyes que Regularon la Delincuencia Juvenil en la Antigüedad.

1.1.1. Primeros Antecedentes Legislativos.

Manava Dharmasastra - Código o Leyes de Manu. Era conocido con cualquiera de los nombres anotados y, cuya antigüedad no se ha podido establecer pero se supone sea del siglo XIII A.C.; Las principales disposiciones sobre delincuencia juvenil encontradas en su texto, a decir de Solís Quiroga son las siguientes:[1]

> **Libro VIII, Versículos 27 y 48.** Reconoció la capacidad limitada del niño y del adolescente hasta los diez y seis años.
>
> **Versículo 71.** Reconoce que los niños tienen capacidad limitada.
>
> **Versículos 299 y 300.** Ordenan que, si incurren en falta, se les castigue con una cuerda o tallo de bambú, golpeando solo en la parte posterior del cuerpo.
>
> **Libro IX, Versículo 230.** Indica que los niños se les pene azotándolos con un látigo o rama de tronco de bambú o atándolos con cuerdas. De todos modos se reconocía la incapacidad o la capacidad limitada de los menores.

Rey Asoka. Rey hindú, tenía fama de ser comprensivo y benévolo al juzgar a los niños en conflicto.[2]

Código Penal Hindú. Estableció más recientemente la irresponsabilidad absoluta de los niños menores de 7 años; de los 7 a los 12 debería investigarse el discernimiento; de los 12 a los 15 años solo deberían aplicarse medidas educativas y, en caso de no ser posible realizarlas, se impondrían penas; de los 15 a los 18 debería dictarse internamiento en instituciones tipo *Borstal* o, en último caso, en secciones especiales de las cárceles ordinarias. A partir de 1920, en que se expidieron la *children act*, la *borstal act* y otras disposiciones, quedaron establecidos los tribunales para menores en las ciudades principales y en algunos lugares se fijó la edad límite de 21 años para la minoridad.[3]

[1] Solís Quiroga, Héctor, Historia *General del Tratamiento a los a Menores Infractores o Delincuentes*, Revista Mexicana de Sociología, Vol. 27, No. 2, Mayo-Agosto, México, 1965, p. 489.
[2] León Rey, José Antonio, *Los Menores ante el Código Penal Colombiano*, Imprenta Nacional, Bogotá, 1939, p. 10.
[3] Pérez Vitoria, Octavio, *La Minoría Penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1940, p.p. 55-56.

Leyes de Ur-Nammu. Ur-Nammu, se le considera el primer legislador del mundo, fue soberano de Ur, en el año de 2100-2050 A.C., sus leyes se crearon trescientos años que el Código de Hammurabi; en su texto se encuentran los siguientes aportes:[4]

> El huérfano no se transformase en la presa del rico.
>
> Introduce medidas y reformas de carácter humanitario a favor de los grupos sociales más desfavorecidos.
>
> Estableció jueces especializados, testimonio bajo juramento y faculta a los jueces de ordenar al culpable la indemnización de perjuicios.

Código de Lipit-Ishtar. Código legal de origen sumerio, creado en el año de 1875 A.C., su denominación proviene del autor y legislador el Rey Lipit-Ishtar, precedió al Código de Hammurabi aproximadamente con doscientos años, se uso para la instrucción escolar durante centenares de años después de su muerte. En relación a los antecedentes sobre menores, T. Roth nos dice que las principales citas sobre protección de menores son:[5]

> Si a un hombre casado su esposa le da niños y esos niños están viviendo y una esclava también les da niños de su amo pero el padre concedió la libertad a la esclava y los niños de ella, los niños de la esclava no dividirán la propiedad con los niños de su amo anterior.
>
> Si la esposa de un hombre no ha parido los niños pero una ramera de la plaza pública ha parido sus niños, el mantendrá con grano, aceite y ropa a esa ramera.
>
> Los niños que la ramera ha parido serán sus herederos, y con tal de que su esposa viva que la ramera no vivirá en la casa con la esposa.

Código de Urukagina. Combatió la corrupción respecto a los menores, se cita como el Primer Código Judicial. Eximió a las viudas y huérfanos de impuestos.[6]

Código de Hammurabi.[7] Es el primer conjunto de leyes que se conoce para regular los delitos y las penas; promulgado en el año 2083 A.C., en Babilonia. Este Código que está escrito en cuneiforme, está grabado en un bloque de piedra de 2.25 metros de alto, bajo la esfinge del Dios Samas, y en 282 artículos que regula en detalle los supuestos en que las conductas de los gobernados babilonios se consideraban delito, así como las penas que recibirán por ello, clasificando las conductas más y menos graves en relación a: Hechicerías, juicio de Dios, falso testimonio, hurto, rapiña, derechos y deberes de oficiales, de soldados, mujeres públicas, mercaderes, comercio. Señalaba específicamente las obligaciones de los hijos para con los

[4] *Código de Ur- Nammu*, Universidad de Cantabria, Ocw.unican.es/modulo-2/texto-del-codigo-de-ur-nammu-, fecha de consulta: Enero 2012.
[5] T. Roth, Martha, *Law Collectiones from Mesopotamia and Asia Minor*, Scholars Press, Atlanta, 1995, p.152.
[6] *Código de Urukagina*, www.enciclopediaespaña.com/cuimen.html, fecha de consulta: Enero 2012.
[7] Apartado elaborado con información obtenida de: *Distrito Ciencias Jurídicas*, http://www.derecho.es.mn, fecha de consulta: Diciembre de 2011.

padres y fijaba las penas que habrían de aplicarse en caso de incumpliendo; aparte de esto, no establecía dentro de sus disposiciones ningún régimen de excepción para los menores.

Por la amplia variedad de materias reguladas por este Código, así como por la forma de clasificar las conductas que tipificaban los delitos y sus penas, puede decirse que la sociedad babilónica fue en su momento la más civilizada de que se tenga conocimiento, aun cuando en este Código y otros que le precedieron, subsistían penas tan graves como la Ley del Talión, que contenía la venganza privada, carácter sacerdotal de la punición, distinguió entre dolo, culpa y caso fortuito.

Ahora bien, las principales leyes insertas en el Código de Hammurabi aplicadas a los menores fueron las siguientes:[8]

> **Ley 29.** Si el hijo es menor y no puede cuidar la gestión de los negocios de su padre, un tercio del campo y de la huerta se dará a la madre, y la madre lo educará.
>
> **Ley 185.** Si uno tomó un niño en adopción, como si fuera hijo propio, dándole su nombre y lo crio, no podrá ser reclamado (por sus parientes).
>
> **Ley 186.** Si uno adoptó un niño, y cuando lo tomó hizo violencia sobre el padre y la madre, el niño volverá a la casa de sus padres.
>
> **Ley 188.** Si un artesano adoptó un niño y le enseñó su arte, no puede ser reclamado.
>
> **Ley 195.** Si un hijo golpeó al padre, se le amputara la mano.

Asimismo, deben destacarse los señalamientos realizados por PÉREZ VITORIA, sobre las disposiciones del Código de Hammurabi sobre menores:[9]

> Existían acciones de represión y de protección hacia los menores, condenaba al padre a permanecer abrazado por tres días junto al cadáver de un hijo cuyo maltrato le hubiese ocasionado la muerte.
>
> Los hijos de los delincuentes acompañaban a sus padres a sufrir con ellos el trabajo, que también ejecutaban en el interior de las minas.

Derecho Sirio y Persa. Tampoco establecieron distinción y hasta los hijos de los delincuentes quedaban sujetos a los suplicios y a la pena de muerte.[10]

Derecho Hebreo.[11] En relación a los menores se estableció que; en la primera falta, el hijo perverso o rebelde, era causa de que se convocara a la familia para reprenderlo delante de

[8] *Código de Hammurabi*, Archivum historicum blogia.com/…/080801 el codigo de hamumrabi en las sagradas escritur<s DERECHOEGIPCIO, fecha de consulta: Diciembre de 2011.
[9] Pérez Vitoria, Octavio, *La Minoría Penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1940, p. 14.
[10] *Ídem.*
[11] Apartado elaborado con información obtenida de: *Enciclopedia Judaica Castellana*, Editorial Judaica Castellana S.R.L., México, 1951.

ella; en la segunda falta, se le conducía al Tribunal de los Tres y podía ser sometido a pena de azotes. En posteriores faltas, conocía el asunto el Tribunal de los Veintitrés, y podía ser condenado a la lapidación.

Sin embargo, para hacerse acreedor a estos castigos debía tener; cuando menos dos pelos en cualquier parte del cuerpo y no tener crecida la barba todavía, ya que según el Talmud ello era signo de que el hombre estaba ya desarrollado. Si el padre y la madre conjuntamente pedían la muerte del hijo, podía concederse, pero esto nunca llego a suceder.

1.1.2. Derecho Griego.

En el derecho penal griego se introduce el factor racionalidad, asimismo, la patria potestad estaba subordinada a la Ciudad; por tanto, el menor pertenecía a la Ciudad, la cual exigía una educación adecuada para que sirviese con eficacia a la comunidad. Es bien conocido el hecho de que no se castigaba el robo del menor de edad en el caso de que no se dejara sorprender en el acto.

En la antigua Grecia, la minoría de edad, gozaba de ciertas prerrogativas en algunos delitos, sin embargo, se aplicaba mucha severidad, como en el caso de homicidio, no contemplaban el principio de la ausencia del discernimiento entre lo bueno y lo malo, ni excluía ni atenuaba la penalidad.

En todos los delitos gozaba de atenuaciones o prerrogativas por su condición de menor, si cometía homicidio no se atenuaba la penalidad; fue tal vez, el primer lugar donde empezaron a ser considerados las necesidades de la infancia. La importancia del derecho penal griego, es relativa, lo más interesante es el pensamiento de Sócrates, Platón y Aristóteles, suele ser clasificado en dos temas:

Primero. La independencia del poder público del divino.

Segundo. Individualización de la responsabilidad y de la pena.

Esparta. Los niños eran sometidos a disciplinas severísimas y se les preparaba desde pequeños para la guerra, se sacrificaba según la ley a todo niño deforme, enfermo o defectuoso; a partir de los veinte años pertenece al ejército y, a los treinta todo espartano que se encuentra en plena posesión de sus derechos civiles, pasa a formar parte de la asamblea popular. Las principales leyes y antecedentes sobre tratamiento de menores surgidas en Esparta, se mencionan a continuación:[12]

[12] Apartado elaborado con información obtenida de: www.portalplanetasedna.com.ar/esparta.htm, fecha de consulta: Noviembre de 2011.

Ley de Quintiliano. Es el antecedente de la primera ley que prohíbe el infanticidio, en el año de 374. Es una ampliación de la idea de que los niños necesitan protección, educación y estar al margen de los secretos de los adultos.

Tribunal de los Éforos. Los jóvenes que actuaban con malicia eran sancionados con la pena de azotes, solo se sometían a dicho tribunal a los que habían llegado a los 18 años de edad.

Lex Sálica: Estableció que el menor de doce años, no se le exigiría el pago del *fredum*, no obstante, el *manggeld* y el *wergeld*, recaía sobre aquellas personas bajo cuya potestad o guarda se encontrase el menor responsable. Encontramos que los menores de siete años, eran incapaces de tener intención criminal, careciendo de responsabilidad penal, entre los siete años y la edad de la pubertad (alrededor de los once años), la responsabilidad era determinada por los tribunales y en caso de comprobarse, los jóvenes independientemente de su edad, eran sometidos a las leyes de los adultos.

Leyes de Licurgo. Se refiere a la educación de los niños, quienes eran destinados desde los seis años a ser soldados, pertenecen más al estado que a su familia, al nacer eran examinados por un congreso de ancianos de la tribu, que lo devolvían a la madre si estaba bien constituido, en caso contrario lo hacían arrojar a un abismo llamado *taigeto*.

Todas las madres educaban a sus hijos de la misma manera, no los envolvían y los acostumbran a comer todo y a no tener miedo de nada; ponían especial esfuerzo en liberarlos de los miedos infantiles, la oscuridad, la soledad y las supersticiones. Al cumplir el niño los siete años, se entregaba al estado, era entonces como un hijo de regimiento, que desde luego formaba parte de una clase mandada por el superior, a los otros alumnos por su inteligencia y fuerza.

Los jóvenes, formaban parte del ejército, a los diez y siete años y a los treinta años, eran considerados como ciudadanos y debían contraer matrimonio, sin dejar por ello de pertenecer al estado.

Epicuro. Todo niño debe ser formado desde un principio para ser parte de la elite espartana así que, nada de pañales, nada de lloriqueos, ni uso de zapatos, todo espartano debía tener buen comportamiento y debe demostrar carácter y valía desde su nacimiento.

Al cumplir siete años, los jóvenes espartanos debían partir de su hogar y ser educados en la comuna donde recibían su instrucción militar y civil, aprendían los principios de defensa y tomarían la definitiva identidad espartana. A los veintiún años, ya se consideraba como legitimo ciudadano espartano y se graduaba en la *agoge*.

Atenas. Al adolescente se le educa para que sea un perfecto ciudadano, que realice el ideal de la *kalo kagthia*, belleza del cuerpo-espíritu. La formación del adolescente, era educarlo en las artes de la lectura, la escritura, música y principios de sabiduría.

Solon. A los diez y seis años los jóvenes debían educarse físicamente en los gimnasios, a los diez y ocho pasaban al servicio militar y a los veinte entraban en el disfrute de los derechos de la ciudadanía.

Platón. Decía que las cárceles cumplían tres tipos de finalidad, a saber; de custodia, corrección y castigo y se aplicaban básicamente a condenados por robo, deudores insolventes

o a aquellos que atentaran contra el Estado, abarcando a jóvenes y adultos, con todo, los menores gozaban de privilegios y prerrogativas con excepción del homicida a quien no se le atenuaba la penalidad.[13]

1.1.3. Derecho Romano.

Época de Justiniano.[14] Excluyó de responsabilidad a la infancia que llegaba hasta los siete años. A partir de esa edad se era impúber hasta los nueve y medio años siendo hembra y hasta los diez y medio años siendo varón; los próximos a la infancia eran inimputables y en los próximos a la pubertad debía estimarse el discernimiento.

En caso de afirmarse que había obrado con discernimiento, se aplicaba pena atenuada, el discernimiento era considerado como la existencia de ideas formadas de lo bueno y de lo malo, de lo licito y de lo ilícito pero, en ciertos delitos como el de falsificación de moneda, el impúber era considerado a priori irresponsable. La pena de muerte, que nunca llego a aplicarse a menores, era posible a partir de los 12 años para las hembras y desde los 4 para los varones.

En general, desde esta edad hasta los 25 años se consideraban menores y eran responsables penalmente, pero se les aplicaban penas atenuadas. Este afán de proteger a los menores de edad tuvo mayor razón de existir cuando, en tiempos posteriores, en la sociedad romana se generalizó la costumbre de abandonar a los niños y esto llego a constituir un grave problema.

Valentiniano I. Prohibió el abandono de los recién nacidos.[15]

Trajano. Instituyó hojas de asistencia desde el año 100 D.C., para ayudar a los niños abandonados por primera vez en Roma, para solventar sus más vitales necesidades.

Ulpiano. Comenta que, cuando los menores eran responsables de delito, se les imponía una pena atenuada, aunque en menor grado que aquella que correspondía a los impúberes, cabe aclarar, sin embargo que junto a estas reglas de carácter general subsistían numerosas excepciones que eran de dos tipos, agravantes y atenuantes, un ejemplo de la primera aparece representado en el delito de adulterio, que de acuerdo a la *lex julia adulteris*, se castigaba plenamente, sin atenuación alguna, para los menores de veinticinco años, los delitos de injuria, *carmen famosus* segunda hipótesis los impúberes se asimilaban al *furiosus* y por lo tanto quedaban exentos de toda responsabilidad.

[13] Marco del Pont, Luis, *Derecho Penitenciario*, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1984, p.p. 40-41.
[14] Apartado elaborado con información obtenida de: Raggi y Ageo, Armando M., *Criminalidad Juvenil y Defensa Social*, Tomo I, Editora Cultura S.A., Habana, 1937, p.p. 41 y ss.
[15] *Op. cit.*, Pérez Vitoria, Octavio, p.p. 15-18.

Ley de las XII Tablas.[16] Distinguían entre impúberes y púberes, pudiendo castigarse al impúber ladrón con pena atenuada. Al principio del Imperio, se estableció la distinción entre i*nfans*, impúberes y menores, llegando a la infancia hasta cuando el niño hablaba bien. Es la primera Ley escrita; la capacidad penal se demostraba en la imputabilidad penal del menor que venía considerada y como tal resuelta como una cuestión de hecho.

Los impúberes eran sancionados con una medida benévola: la *castigatio* o la *verberati*. Por otro lado, en la crimina publica se castigaba al impúber con pena atenuada y era responsable de los actos ejecutados por él, incluso por sus progenitores, o por aquellos bajo cuya potestad se encontraba. La principal reglamentación sobre menores contenida en las XII tablas, se cita a continuación:

> **Tabla 4.** Trataba de los inmensos poderes del *pater*, autoridad máxima de la familia romana, que tenía derecho de abandono, y aún tenía la obligación de dar muerte a sus hijos recién nacidos monstruosos, o castigarlos muy severamente, sin importar su edad o los cargos que desempeñaran.
>
> Se establecía un límite a su enorme potestad, el pater que vendiera a un hijo más de tres veces, perdía la patria potestad. Mucho se ha discutido en torno a la minoría de edad, ya en el derecho romano se le clasificó con fines de carácter civil, en infantes, impúberes y menores, fincando así las bases de la llamada capacidad de ejercicio y la imputabilidad.
>
> En las doce tablas, se estableció una legislación protectora, se distinguían entre los impúberes y los púberes, los impúberes no eran sancionados con una pena, sino con una medida más benévola, la c*astigatio* o la *verbatio*, que tenía más el carácter de advertencia que el de castigo. Esta distinción, empero únicamente tenía validez en el área de los *delictiva privata* y no en el área de los crimina pública.
>
> En estos últimos casos, el impúber no solo era responsable de los actos por ejecutados, sino también por actos cometidos por sus progenitores o por aquellos bajo cuya potestad se encontraba.
>
> **Tabla 8.9.** Se castigaba con la pena capital al púber que por la noche pastase o segase, observando que cuando el mismo delito fuese cometido por un impúber seria el pretor, quien determinaría según su criterio, si debía ser castigado con azotes, ordenando por lo demás, la reparación del daño o el pago del doble.
>
> **Tabla 8.14.** Respecto a un *furtum manifestum*, en el que los *decenviros* habían establecido distintas penas en función de quien lo hubiese cometido, así si era un hombre libre debida ser azotado y entregaba a la víctima del hurto, por el contrario, si era un esclavo debía ser azotado y despeñado por la roca, pero si su autor hubiese sido un impúber, al igual que en la tabla 8.9, el pretor determinara si debe o no ser azotado, obligando a reparar el daño causado.
>
> Pero, en cualquier caso, y ciertamente, como regla general la imputabilidad penal por la comisión de un delito se alcanzaba en la pubertad, o sea, en los varones mayores de catorce años y en mujeres de doce años, pero, sin embargo este principio no se mantuvo en la práctica, en donde apreciamos una

[16] Apartado elaborado con información obtenida de: Alemán Monterreal, Ana, *Reseña Histórica sobre la Minoría de Edad Penal*, Universidad de Almería, España, 2007, p.p. 29-30; Valiño, Emilio, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Facultad de Derecho de Valencia, España, 1997, p. 68.

plena irresponsabilidad penal en el *infans*, mientras que para los impúberes, la imputabilidad o inimputabilidad criminal, fue una cuestión a determinar en el caso en concreto, dependiendo de determinadas circunstancias, fundamentalmente del discernimiento, ya que el conocimiento y la malicia podía suplir la edad, por lo que cuando este fuere probado, el impúber era responsable criminalmente, apreciándose, en la mayoría de los casos, una atenuación de la pena prevista para el acto delictivo cometido.

No obstante, no era usual, la condena a los impúberes *infantia maiores*, dada la poca edad y a su proximidad al *infans*, lo que dificultaba sobremanera que tuviesen conciencia de la ilicitud del acto, la que por lo demás, constituye el criterio determinante de la irresponsabilidad, e incluso, alcanzaba la pubertad, la edad es tomada en consideración para fijar la medida de la pena.

1.1.4. Derecho Medieval. Durante la edad media, el derecho creó diferentes sistemas de protección a favor de los menores de edad.

Glosadores. Indicaban que los delitos cometidos por los menores, no debían sancionarse sino cuando estos cumplieran la mayoría de edad.

Germanos. Indicaron que no podía imponerse al delincuente ciertas penas, como la de muerte y otras graves, y así lo dispuso el viejo Código Sajón.

La Sociedad Germánica, defendía la natalidad; la muerte de un joven varón de menos de doce años, se castigaba con seiscientos sueldos, mientras que una niña de edad solo valía doscientos sueldos.

Rey Gontran. Para fomentar la natalidad, estableció que aquella mujer que proporcionara hierbas abortivas a otra debía de pagar sesenta y dos sueldos y medio.[17]

Ley Carolina. Ordenaba remitir el caso del que a causa de su juventud o de otro defecto no se daba cuenta de lo que hacía, al arbitrio de los peritos en derecho.

Los pueblos del medievo, consideraron la inimputabilidad en los primeros años, aun cuando las leyes no la establecieron. En esta época no podía el niño cometer ciertos hechos, como son la falsedad, la violación, el rapto y el adulterio.

1.1.5. Derecho Canónico.[18] Establece, para los menores de 7 años, un periodo de inimputabilidad plena, por carecer de malicia. Desde los 7 años a los 12 en las hembras, y a los 14 en varones, si la responsabilidad es dudosa, se resolvía bajo el discernimiento.

[17] *Leyes y castigos en la edad media, historia medieval*, www.portalplanetasevna.com.ar/edadmedial.htm, fecha de consulta: Noviembre de 2011.

Cuando había obrado con discernimiento, que implicaba el dolo y la malicia en sus actos, como la malicia suplía a la edad, cabía la imposición de penas, pero atenuadas.[19]

Reconoce que los niños menores de siete años carecían de responsabilidad, o sea de un periodo de inimputabilidad plena, por carecer de malicia, pero los que superaban esta edad, debían responder a sus actos de forma atenuada, es así, que estos menores se les sancionaba haciéndoles vivir en los asilos monacales, depositados en celdas solitarias, para incitarlo a la reflexión sobre sus actos y consecuentemente esta reflexión los ayuda a la transformación de su conducta.[20]

Desde los siete años a los doce en las hembras y a los catorce en los varones, la responsabilidad es dudosa, debiendo resolverse en el plano del discernimiento.

Se basó en el Derecho Romano Imperial, en el punto de la irresponsabilidad, se diferenció en grados de responsabilidad, según la situación específica del menor (*infante próxima* o *pubetate 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.

Establece como inimputables a los menores de siete años, y de esta edad a los catorce años, sostiene una responsabilidad dudosa que dependerá del grado de malicia presente en la comisión del hecho delictivo. Se les aplicaba una pena disminuida de los siete a los catorce años.

Reconoció la irresponsabilidad de los menores hasta los siete años cumplidos, y de esta edad hasta los catorce años, se aplicaba una pena disminuida, atendiéndose su responsabilidad, sin embargo dividió a los canonistas en dos tendencias; unos sustentaron la tesis, de que lo era si es que obraba con discernimiento, y otros defendieron la imputabilidad siempre aunque castigándole en forma atenuada.

Código de Derecho Canónico. Las principales disposiciones sobre menores recogidas en el Código de Derecho Canónico, son las siguientes:[21]

> **TITULO VI. DE LAS PERSONAS FISICAS Y JURIDICAS.**
>
> **CAPITULO I. DE LA CONDICION CANONICA DE LAS PERSONAS FISICAS.**

[18] Apartado elaborado con información obtenida de: Solís Quiroga, Héctor, *Historia General del Tratamiento a los Menores Infractores o Delincuentes*, Revista Mexicana de Sociología, Vol.27, No.2. (Mayo-Agosto), México, 1965, www.Jstor.Org/stable/3538634.www.scribd.com/.../1965_Quiroga_Historia_Gral_del Tratamiento a los Menores Infractores o Delincuentes, fecha de consulta: Noviembre de 2011.

[19] *Op. cit.*, Raggi y Ageo, Armando M, p. 41 y ss.

[20] Febres, Henry, *El Menor en Situación de Irregularidad Social y el Derecho de Menores*, Editorial Unas, Buenos Aires, 1977, p. 62.

[21] *Código de Derecho Canónico*, es.catholic.net/bibliotecalibro.phtml?consecutivo=217, fecha de consulta: Noviembre de 2011.

> **CANON 97.** I. La persona que ha cumplido diez y ocho años es mayor, antes de esa edad, es menor. II. El menor, antes de cumplir siete años, se llama infante, y se le considera sin uso de razón, cumplidos los siete años se presume que tiene uso de razón.
>
> **CANON 98.2.** La personas menor está sujeta a la potestad de los padres o tutores en el ejercicio de los derechos, excepto en aquello en que, por ley divina o por el derecho canónico, los menores están exentos de aquella potestad.
>
> **CANON 99.** Quien carece habitualmente de razón se considerado que no es dueño de si mismo y se equipara a los infantes.

Leyes Clementinas.[22] El papa Clemente XI, en 1704, parece haber recogido los criterios más avanzados de su época al establecer el Hospicio de San Miguel, que tenía por objeto dar tratamiento correctivo a los menores abandonados y a los delincuentes.

Establecía para los menores de siete años, un periodo de inimputabilidad plena por carecer de malicia. Conforme al texto de este código, el infante que matase o mutilase a un hombre no incurría en irregularidad canónica y era por tanto, totalmente irresponsable, y de esta edad a los catorce años, sostiene una responsabilidad dudosa que dependerá del grado de malicia presente en la comisión del hecho delictuoso.

Decreto del Papa Gregorio IX. Expidió las Decretales, dictaminó que al menor impúber se le aplicarían penas atenuadas, establece como inimputables a los menores de siete años, y de esa edad a los catorce años sostiene una responsabilidad dudosa que dependerá del grado de malicia presente en la comisión del hecho delictuoso.[23]

1.1.6. Antecedentes Legislativos en Europa.

1.1.6.1. Alemania. En el primitivo derecho alemán, tanto las Gragas de Islandia, como la *Lex Salica*, establecían la minoría penal hasta los doce años, considerándose involuntario el delito cometido por un niño que no llegara a esa edad.

El delito de un niño sometido a tutela, siendo involuntario, no se le privaba de la paz pero, conforme a las Gragas, su padre o tutor pagaba, a cargo del patrimonio del menor, la mitad de la composición. La *Lex Salica*, consideraba a su familia negligente y daba similar solución.[24]

Se reconoció un periodo de irresponsabilidad absoluta para todos los menores de doce años, es decir se fijó en doce años la plenitud de la capacidad que hacia penalmente responsable al

[22] *Op. cit.*, Pérez Vitoria, Octavio, p.p. 20-23.
[23] *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana*, Espasa-Calpe, Tomo 43, España, 1991, p.p. 500-501.
[24] *Op. cit.*, Raggi y Ageo, Armando M, p. 41 y ss.

individuo, considerándose como involuntaria la acción ejecutada por un sujeto carente de discernimiento. El menor en caso de delito puede ser recluido en prisión preventiva.

En muchas ciudades para evitar los perjuicios de este aislamiento, se han creado instituciones que llevan el nombre de *IEM* (Hogar). Debe mencionarse que el *HEIM* (Casa), existente en el *Polizei Criminal Presidium* de Berlín, que constituye una excelente casa de detención de menores, con habitaciones confortables y una biblioteca donde aquellos permanecen bajo la vigilancia de un funcionario de la asistencia social, que se encarga también de darles ocupación.

Ordenanza de Nuremberg de 1478. Separa a los niños corrompidos por sus padres inmorales, vagos o internados en alguna institución de reducación.[25]

Principado de Bamberg. Se les impuso la pena de muerte por delitos de hechicería y brujería a los niños menores de diez años. Se persiguió con rigor a los menores delincuentes y se les impone la pena de muerte por el cargo de hechicería.

Principado de Wurtemberg. En la misma época, se condenó a morir en la hoguera a niños de ocho a diez años.

Dieta de Augsburgo. Acordó que los menores abandonados y delincuentes fueren recluidos en Hospicios y Hospitales.

Siglos XVI-XVII-XVIII.[26] Se aplicó la pena de muerte a niños menores de ocho años y a partir de los diez eran quemados en la hoguera en la que ejecutaban a menores acusados de hechicería, los menores recibían un trato durísimo e inhumano.[27]

La Constitutio Criminalis Carolina. Estableció, en su artículo 165, que no se aplicaría la pena de muerte a los ladrones menores de 14 años y el artículo 179 concedía libertad de apreciación al tribunal, para resolver sobre la suerte de las personas que, por su juventud u otro defecto, no se dieran cuenta de lo que habían hecho.

El artículo 179, contenía una prescripción general, referida a los malhechores que por su edad o alguna otra causa no están en su sano juicio.

Si una persona que, a causa de su juventud o de alguna otra debilidad, es notorio que no está en su sano juicio, cometiese un crimen, el asunto será remitido con todas las circunstancias a los lugares e instancias que se mencionan al final de esta ley y será tratado o castigado según el consejo de esos y otros entendidos.

[25] Sánchez Obregón, Laura, *Menores Infractores y Derecho Penal*, Editorial Porrúa, México, 1995, p. 8.
[26] Martínez Garay, Lucia, *Aproximaciones Históricas al Surgimiento del Concepto de Imputabilidad Subjetivo en la Doctrina Penal Alemana,* Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época, No. 8, Universidad de Valencia, 2001, p.p. 77-78.
[27] *Íbidem*, p. 9.

Año de 1833. Se instituyen modelos para la Readaptación de Menores.

Union Internacional de Derecho Penal de 1889. Es la expresión de la Escuela Moderna o Dirección de Política Criminal. La Escuela Moderna tuvo su máximo exponente en la obra de Von Liszt, como se ha podido observar a lo largo del examen de las diversas cuestiones analizadas por esta asociación.

El punto de arranque de esta orientación doctrinal, se vincula normalmente al conocido **"Programa de Marburgo" de 1882.**

Incorporación al Derecho Positivo de Instituciones Concretas. La trascendencia práctica de la dirección moderna durante esta época se desarrolló, sobre todo, a través de la admisión de instituciones concretas por leyes especiales.

A continuación se citan las tres ideas fundamentales y que en su momento fueron propugnadas por la Union Internacional de Derecho Penal:

1. Condena Condicional.

2. Tratamiento de los delincuentes jóvenes.

3. Medidas especiales frente a delincuentes peligrosos.

Tratamiento de los Delincuentes Jóvenes. La aparición de un derecho penal de jóvenes viene unida a una elevación de la edad de la imputabilidad penal y a la creación de tribunales para jóvenes.[28]

Ley Alemana de Educación Previsora de 1900. Su promulgación inicia cambios favorables para la juventud delincuente, con la intención de rescatar a los menores delincuentes.[29]

Juez de Menores de 1908. Se implantó en las Ciudades de Essen, Kiel y Dusseldorf, el Juez de Menores lo era de tutela y penal, ayudado por patronatos para realizar la libertad vigilada. Su criterio era mixto, punitivo y tutelar.[30]

Jurisdicción Especializada de Tribunales y Juzgados de Menores en Berlín de 1909. Se componían de jueces profesionales letrados o mixtos, como jurados, para conocer las causas de menores infractores.[31]

[28] Barbero Santos, Marino, *Delincuencia Juvenil: Tratamiento*, en Marginación Social y Derecho Represivo, Editorial Bosch, España, 1980, p. 653.
[29] Solís Quiroga, Héctor, *Justicia de Menores*, 2ª Ed., Editorial Porrúa, México, 1983, p. 17.
[30] *Ídem*.
[31] Viñas, Raúl Horacio, *Delincuencia Juvenil y Derecho Penal de Menores*, Ediar, Buenos Aires, 1983, p. 34.

Ley de Tribunales para Menores del 16 de Febrero de 1923.[32] Declaró inimputables a los menores de catorce años, pudiendo ser sometidos a medidas educativas de los catorce a los diez y ocho años, se imponían penas atenuadas o educativas al arbitrio del juez, es decir, aparece la figura del juez de menores que trajo consigo la introducción de tres reformas legales en la materia:

1. Se ocupó del Derecho de Menores dejándolos por primera vez fuera del ámbito del Código Penal para Adultos.

2. Declaró Inimputables a los niños de menos de catorce años.

3. Determinó para los jóvenes entre los catorce y dieciocho años la aplicación de penas atenuadas.

Asimismo, previó la intervención médica, pero no precisa los casos en que ha de tener lugar tal examen. La Asociación Alemana de Tribunales para Menores y Servicios Auxiliares, para quitar esa deficiencia, ordenaron que los servicios auxiliares de los tribunales para menores, se solicitara un examen neurológico y eventualmente la comparecencia de peritos médicos en la audiencia, en los casos de delitos de especial gravedad (robo, incendio voluntario, etc.), o cuando impliquen especiales dificultades de orden moral (delitos sexuales) cuando el adolescente parezca, intelectual o moralmente anormal, cuando los padres se quejen de grandes dificultades para su educación.

Ley de Protección a la Juventud del 9 de Julio de 1923. Estableció el Tribunal de Tutela y las oficinas necesarias para la protección de la juventud; conocía de los casos de abandono ocurridos entre los catorce y los diez y ocho años de edad.

Disposición del 9 de Agosto de 1937. Se dictó la disposición poniendo secciones especiales para juzgar ciertos delitos en los tribunales ordinarios, cuando los menores hubieran intervenido ya sea como sujetos activos o como pasivos de los delitos.[33]

Ordenanzas de los Años de 1939 y 1941.[34] Se dictaron tres ordenanzas que debían abrir camino para la implantación de la Ley del Reich sobre Tribunales de Jóvenes en 1943, ocupándose respectivamente de reprimir la delincuencia juvenil, estructurar arrestos y establecer condenas indeterminadas para menores.

Actualmente, el sistema penitenciario alemán varía según los estados, pero en general, distingue entre la prisión preventiva, la prisión de adultos y las instituciones juveniles, con la intención de reprimir la delincuencia juvenil, estructurar arrestos y establecer condenas indeterminadas para menores.

[32] *Op. cit.*, Pérez Vitoria, Octavio, p.p. 23 y ss.
[33] *Ibídem*, p.p. 33-34.
[34] Mezger, Edmundo, *Derecho Penal: Parte General,* Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1985, p. 405.

Edmundo Mezger.[35] Su propuesta iba dirigida a acabar con los enfermos mentales, irrecuperables o terminales, internándolos en campos de concentración, a esterilizarlos o castrarlos, cuando se podía esperar de ellos una herencia por una tendencia sexual que les llevara a cometer delitos sexuales, incluyendo entre ellos la homosexualidad o simplemente a eliminarlos físicamente aunque fueran menores de diez y ocho años, si su culpa por la conducción de su vida así lo requería.

Propuso su Teoría de la Culpa por la Conducción de Vida, para fundamentar la reforma del Derecho Penal Juvenil Alemán, que permitía la aplicación del Derecho Penal de Adultos, y por tanto, la pena de muerte para los autores de delitos graves a menores de diez y ocho años, o que se les aplique la pena de muerte, que sería simplemente una medida de defensa social.

Derecho Penal Juvenil Alemán. El componente distintivo del derecho penal de menores respecto al de adultos, es la finalidad de las sanciones que originan un derecho penal educativo e interpretado no como derecho penal del hecho, sino como derecho penal de autor.[36]

Disminución de la Edad Penal Mínima para Exigir Responsabilidad Penal. Recientes proyectos de ley, pretendían disminuir la edad mínima para exigir responsabilidad penal conforme a las disposiciones de los vigentes catorce a los doce años, persiguiendo también la regulación de una medida de internamiento en un establecimiento especial de régimen cerrado para los niños con edades comprendidas entre los doce y los catorce años.[37]

Exclusión Genérica de la Aplicación de la Jurisdicción de Menores a los Jóvenes Semi-Adultos de Entre 18 y 21 Años. Pese a su generalizada aplicación por los jueces de menores, también se han formulado propuestas de reforma en este sentido, que afortunadamente no han prosperado.[38]

Nueva Ley de Tribunales de Menores de 1953. Sin haberse llegado a crear todavía esta institución adecuadamente, pues todo tribunal de primera instancia es a la vez tribunal de menores. No se ha creado todavía la especialización del tribunal de menores, debido principalmente a que se aspira a la unidad de la administración de justicia; se dio una nueva ley, sin haberse llegado a crear todavía los tribunales de menores, pues todo tribunal de primera instancia es a la vez tribunal de menores.

---

[35] Muñoz Conde, Francisco, *El Penalismo Olvidado, comentarios a Filipo Grispigni/Edmundo Mezger, la Reforma Penal Nacionalsocialista, y a Karl Binding/Alfred Hoche, la Licencia para la Aniquilación de la Vida sin Valor de Vida,* Colección El Penalismo Olvidado, Director Eugenio Raúl Zaffaroni y Martin Magram, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2009/2010.

[36] Albrecht, Peter Alexis, *Respecto al Futuro del Derecho Penal de Menores*, Ed. Jurídica Conosur, Santiago, 1992, p. 60.

[37] Vázquez González, Carlos, *La Responsabilidad Penal de los Menores en Europa*, www.amigonianos.org/.../V+izquez%20Gonz+ilez,%20Carlos.pdf, fecha de consulta: Noviembre de 2011.

[38] *Ídem*.

1.1.6.2. Bélgica.

Código Penal de 1867. No admitió la irresponsabilidad de los menores, pero si eran condenados por actos cometidos antes de los diez y seis años, la condena quedaba sujeta a la prueba de que habían obrado con discernimiento.

Ley de Protección a la Infancia de 1912.[39] Estableció jueces de menores para resolver todos los casos de faltas y delitos, dándoles facultades para dejar al menor a cargo de su familia o dictar medidas de tratamiento educativo en instituciones. Las audiencias continuaron siendo de puertas abiertas, pero evitando la publicidad periodística y sin que se admitieran entre el público asistente a los menores de diez y ocho años.

Las resoluciones dictadas eran modificables y sujetas a revisión forzosa cada tres años. Podía concederse la libertad vigilada y los menores podían ser internados en el Centro de Observación para facilitar el diagnóstico del caso.

Además, los delegados del juez de menores deberían ejercer funciones de investigación del caso y en su oportunidad de vigilancia. La edad límite se conservó en los diez y seis años pero, en relación con menores hasta los diez y ocho años, el juez conocía también de los casos de vagancia y mendicidad. En la actualidad hay jueces de menores en cada distrito de los tribunales territoriales.

El Conde Carton de Wiart. Henri Víctor Marie Ghislain, creó la Ley del 15 de Mayo de 1912, instituyendo jueces de niños.

Adolfo Prins. Fue delegado Belga al Congreso de Paris de 1912, afirmaba que la jurisdicción de menores debe poseer un carácter familiar y que el Juez de Menores debe ser un padre y un juez de vigilancia.

El menor puede ser confiado a un pariente o a un particular, a una sociedad o institución de caridad o de enseñanza. En ciertos casos pueden ser internados en una prisión perteneciente a la categoría de *maison darret*.[40]

1.1.6.3. España. La historia legislativa en materia de menores se resume en las siguientes etapas:

1. Los Fueros.

2. Las Siete Partidas.

[39] *Op. Cit.*, Pérez Vitoria, Octavio, p.p. 37-38.
[40] *Ídem*.

3. La Novísima Recopilación.

Los Fueros. El Rey Alfonso X de Castilla, definió los fueros como normas jurídicas caracterizadas primariamente por su prexistencia consuetudinaria y usos; se llama fuero[41] al derecho causado por el uso de la costumbre, que es observado como ley.

Fuero de Ledesma de 1111. Rebaja la responsabilidad penal de los menores en nueve años.

Fuero de Salamanca de 1118. Se recoge el juramento que debía prestar el padre o pariente más próximo para eximir a los niños de responsabilidad criminal en los delitos de lesiones o en el delito de homicidio.

Fuero de San Miguel de Escalona de 1118. Alfonso VII de Castilla, establece en el año de 1155, un periodo de irresponsabilidad absoluta en el infante, delimitando el comienzo de la imputabilidad con base en un criterio fisiológico, en la época en que se produce el cambio de dientes.

Fuero de Calatayud en 1131. Dado por el Rey de Aragón, llamado Alfonso el Batallador, en el que se faculta al padre hasta a matar a su hijo en el caso de que no lo obedeciese.[42]

Fuero de Villavicencio 1221. Se declara la irresponsabilidad de los niños culpables de lesiones en riña.

Fuero Juzgo de 1241.[43] Se imponían penas severas a los padres de los niños echados o a aquellos que los vendían o sacaban de su casa con engaño. La delimitación de la edad en lo tocante a la lectura de libros que no contenga la ley de cristo viene determinada en doce años, por lo que los menores de esta edad quedan exentos de responsabilidad penal.

De otro lado, encontramos una referencia imprecisa a infracciones cometidas por quienes se encuentran sometidas al poder de otra persona, entre los que se menciona a los menores, mancebos, pero sin que se haga la más mínima alusión a la edad, tan solo una exención de la pena, por haber realizado el acto punible por mandato de su señor. Se refería a los niños expósitos, imponiendo penas a quienes no los rescatasen.

Fuero de Brihuega de 1242. Establece el comienzo de la responsabilidad penal en los diez años.

---

[41] **El Fuero.** Significa jurisdicción, poder, privilegio, exención; *Diccionario Manual de Sinónimos y Antónimos de la Lengua Española,* Vox, Larousse Editorial, S.L., España, 2007.

[42] Lasala, G., *La Juventud Delincuente en España y sus Tribunales de Menores*, Surgam, España, 1954, p.p. 6-14.

[43] Montero Pedrera, Ana María, *Escuela de Reforma en España y Reeducación de Menores: Mirada Retrospectiva en sus Orígenes*, Universidad Sevilla, España, 1988, p.246.

Fuero Real de 1256.[44] Se recogía en tres leyes, la desheredación y lo que ello comportaba, alcanzando un mayor desarrollo normativo en las siete paridas. Redactada entre 1256 y 1265 por Alfonso X El Sabio, adquiriendo fuerza legal en 1348, por ordenamiento de Alcalá de Alfonso XI.

Padre de Huérfanos de Valencia de 1337. Se le considera el primer Tribunal creado en España, destinado a juzgar a los niños, constituyéndose el precedente más remoto de nuestras instituciones actuales. Comenzó a funciones en Valencia en 1337, merced al Rey Pedro IV de Aragón, el ceremonioso.

Esta institución fue creada según Llorca Ortega, para poner remedio a la grave situación en que se hallaban muchos, jóvenes de ambos sexos, huérfanos, abandonados e indigentes que vagaban por la ciudad sin otra ocupación ni medios de subsistencia que no fuera la mendicidad, la comisión de pequeños hurtos y robos.[45]

La creación de esta institución se extendió por Zaragoza, Huesca y Farragona. Los menores que cometían algún delito recibían un trato semejante al de los adultos; no estaban libres de recibir tormento y otras penas que se regulaban en el Código de las Siete Partidas de Alfonso X que supusieron un avance en la defensa de los menores.

El padre de huérfanos, lo podemos considerar como el primer tutelar establecido con potestad no solo punitiva y jurídica sino educativa y protectora de los menores situados bajo su tutela.[46]

Es la primera institución que se conoce en la línea de los Tribunales para niños, también funcionó en Aragón, Valencia y Navarra hasta 1793, año en que fue suprimida por Carlos IV, se trataba de una institución encargada de recoger a los menores vagabundos y ociosos, huérfanos o desvalidos que vivían en las calles, e ingresarlos en la casa común, a fin de que recibieran la instrucción necesaria para aprender un oficio.[47]

También funcionaba como tribunal con respecto a los menores acusados de la comisión de hechos delictivos. El carácter de la referida institución era marcadamente benéfico y educativo, sin que se requiriese, para el desempeño del cargo de curador que la presidiese, más que gran celo por la salvación de la juventud, de modo análogo a los que serían Presidentes de los Tribunales Tutelares de Menores.[48]

---

[44] Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal I, Concepto de Derecho Penal y de la Criminología, Historia y Legislación Penal Comparada*, 5ª. Ed. Actualizada, Losada, Buenos Aires, 1992, p. 719.

[45] Llorca Ortega, J., *Cárceles, Presidios y Casas de Corrección en Valencia del Siglo XIX, Apuntes Históricos sobre la Vida Penitenciaria Valenciana,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 74.

[46] *Op. Cit.,* Montero Pedrera, Ana María, p.246.

[47] *Ídem*.

[48] Roca T., *Historia de la Obra de los Tribunales Tutelares de Menores en España*, Consejo Superior de Protección de Menores, Madrid, 1968, p.180.

Fuero Viejo de Castilla de 1354.[49] Integrado por fueros, costumbres y fazañas, concertados y divididos en cinco libros que datan de 1354. Se contempló el procedimiento que ha de seguirse en el supuesto de heridas causadas a los niños, así como, la protección de los niños abandonados por sus padres que previó el Fuero Real.

Fue cuando se inició propiamente la legislación protectora de la infancia en España, con las disposiciones consignadas en el Libro II, alcanzando mayor desarrollo en las partidas que supusieron un avance en la defensa de los menores. No existe normativa referente a los límites de edad para exigir responsabilidad penal; se indicaba que los menores de edad, sean tomados por los parientes, a la muerte de padre o madre, y cuidarlos hasta la mayor de edad para que lleguen íntegros a la vida.

Las Siete Partidas. Cuerpo redactado en Castilla, durante el reinado de Alfonso X, para conseguir una cierta uniformidad jurídica del reino. Su nombre original era, libro de leyes y hacia el siglo XIV, recibió su actual denominación, por las secciones en que se encuentra dividida, las Partidas abarcan el saber jurídico de la época dentro de una visión unitaria, por ello se le ha considerado una *summa* de derecho. Precedidas por el Fuero Real, fundamentadas en el Derecho Romano de Justiniano. Se le consideró el Código más completo de la Edad Media en Europa.

Reproduce el sistema romano de la minoría de edad, estableciendo un tramo de edad exento de responsabilidad penal y otro en el que se observa una responsabilidad penal atenuada. Así, el *infans*, es decir el menor de siete años, está exento de responsabilidad penal, del mismo modo que los *impubes*, hasta que alcanzan la edad de diez años y medio. A partir de esta edad, se produce solamente una atenuación de la pena.[50]

Las partidas establecen únicamente una serie de límites penales y procesales aplicables a los menores. No se debe someter a tormento (el tormento no es una pena, sino un sistema de prueba para averiguar la verdad de los hechos, cuando estos no pueden ser sabidos ni probados de otra manera) a ningún menor de 14 años (P.7. L.II.T.XXX.).[51]

Los menores de catorce años no pueden ser acusados de ningún delito realizado en razón de lujuria. Para el resto de delitos los menores de diez años y medio no pueden ser acusados.

[49] *El fuero Viejo de Castilla*, D. Ibarra, Madrid, 1771; *Extracto de las leyes de los fueros de castilla*, imprenta Madrid, España, 1798.
[50] Marchan, A., *Reflejos Jurídico Positivos Históricos de la Minoridad y su Protección*, en Anuario de Justicia de Menores, No. 1, España, 2001, p.p. 362-364.
[51] Gregorio López, *Las Siete Partidas glosadas*, tres volúmenes, edición facsímil, Boe, Madrid, 1985.

Los mayores de esta edad y menores de 14 años, pueden ser acusados, pero si el delito les fuese probado no se les puede imponer una pena como la que se impondría a uno mayor de edad (P.7.L.IX.T.I.).[52]

No se impondrán penas a los menores de diez años y medio, si fuese mayor de esta edad y menor de 17 años, se le mengua o atenúa la pena que se daría a los mayores por tal delito (P.7.L.VIII.T.XXXI.).[53]

Las partidas y el resto de cuerpos legislativos medievales recogen disposiciones de carácter penal en algunos de sus libros, realizando alguna que otra mínima referencia a los menores (generalmente como victimas aunque también como infractores) aunque sin seguir en su elaboración ningún criterio u orden sistemático o científico.[54]

Partida III.[55] Regula las disposiciones procesales relativas a la materia penal. Queda definitivamente consagrado el carácter público de la actividad represiva, y se establece que la finalidad de la pena es la expiación, es decir, la retribución del mal causado, como medio de intimidación, para que el hecho no se repita.

Se distingue conforme a la influencia del derecho romano, el hecho cometido por el inimputable por ejemplo, el loco, el furioso, el desmemoriado y el menor de diez años y medio, sin perjuicio de las responsabilidades en que incurran los parientes por su falta de cuidado.

Distinguida así la condición subjetiva para la imputación, estableciéndose que a tales sujetos no se les puede acusar, queda firmemente fijado el sentido subjetivo de esta ley penal, la cual, en este terreno, traza nítidas diferencias entre la simple omisión de un hecho y su comisión culpable. Contiene también, especialmente en el homicidio, la diferencia entre hecho doloso, culposo y el testificado.

Se prevén ciertas formas de investigación, de tentativa y complicidad. Inspirada en el derecho romano, estableció dos límites de edad para regular el tratamiento punitivo de los menores. Reconoce un periodo de irresponsabilidad absoluta para los menores de diez años, a quienes no se podía acusar de ningún yerro que hiciesen y por lo tanto, no se les podía aplicar pena alguna.

Excluye de responsabilidad a los menores de catorce años, en los delitos de adulterio y lujuria, en segundo término, impone una pena atenuada a los mayores de esa edad y menores

[52] *Ídem*.
[53] *Ídem.*
[54] Sánchez Martínez, F., *Antecedentes y Nuevo Enjuiciamiento de Menores: Ley 4/1992*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p.p. 45-48.
[55] Cuello Calón, Eugenio, *La Infancia Delincuente y abandonada en la Antigua Legislación Penal Española*, Revista Penitenciaria. Año II, Tomo II, Madrid. 1905, p. 743.

de diez y siete años responsables de delito. Se contempla la menor edad como causa de atenuación de la responsabilidad criminal, independientemente del momento histórico, para la minoría de edad penal siempre se ha reconocido legalmente una menor responsabilidad.

Partida VI, Titulo XIX, Ley IV. Excluye de responsabilidad al menor de catorce años, por delito de adulterio y en general de lujuria.

Partida VII. En esta partida, se encuentran las disposiciones penales.

Partida VII, Titulo I, Ley IX.[56] Al menor de diez y medio años, no se le puede acusar de ningún yerro que hiciese. Siendo de más de diez años y medio y menor de catorce años, y si cometiere robo, matare o hiere, la pena será atenuada hasta una mitad de ella.

La edad penal de la persona es tenida en cuenta, en la determinación de la responsabilidad penal, en efecto, la edad en unos casos determina la punibilidad, en otros la exime, y no faltan aquellos supuestos en que la edad determina una atenuación de la pena, advirtiéndose, además, que no existe todavía una nítida distinción entre la responsabilidad penal y civil.

Ofrece una ordenación sistemática de la minoría de edad penal, distinguiendo dos límites de edad, a saber:

> **Primero.** Para los delitos que afectan a la honestidad, delitos de lujuria, en donde la irresponsabilidad alcanza hasta los catorce años en el hombre y doce en la mujer.
>
> **Segundo.** Para los demás delitos, en cuyo caso, la minoría de edad penal se sitúa en los diez años y medio.

Los menores de estas edades venían excluidos de responsabilidad criminal, por lo que no se les podía acusar de ningún yerro que hiciesen, ni se les podía aplicar pena alguna. Junto a ello, existen, como veremos, atenuantes hasta los catorce años, e incluso, hasta los diez y siete años.

Protegió a los niños limitando, a su favor, la patria potestad ante la crueldad de los padres a los que se les podía llegar a imponer hasta cinco años de destierro, siempre que el hijo falleciera a causa de los malos tratos.

Partida VII, Titulo XXXI, Ley VIII. No se le puede aplicar pena alguna, pero si fuere mayor de edad, y menor de diez y siete años, se le aplicara pena atenuada.

Eugenio Cuello Calón. Nos dice que existen numerosas leyes, ordenanzas, pragmáticas, etc., de carácter penal con posterioridad a las partidas hasta la codificación de 1822, que establecen

[56] Apartado elaborado con información obtenida de: Deleito, J., *La Mala Vida en la España de Felipe IV*, Madrid, Alianza, 1987.

nuevos límites de edad penal, con la finalidad de exceptuar o atenuar las durísimas penas impuestas ante la comisión de determinados actos delictivos.[57]

Laura Sánchez Obregón.[58] Nos dice que con las Siete Partidas, aparece una orientación sistemática del tratamiento de los menores infractores. Se recoge una doctrina completa sobre la punibilidad de los menores infractores y se establece una ordenación sistemática, distinguiendo tres límites de edad; constituye un Código que ejerció una enorme influencia en la legislación general.

Los Reyes Católicos. En el siglo XV, renuevan la legislación nacional de España, ordena que no se le imponga la pena de muerte al menor de diez y siete años y atenúa las penas para los menores entre los doce y veinte años, prescribe que los vagos menores de diez y seis años deben ser apartados de sus padres incompetentes para darles instrucción, a los vagos menores de diez y siete años, se les colocaría con amo o maestro, se organizaron hospicios y casas de misericordia. Se regula una atenuación en la aplicación de las penas hasta los doce, diez y siete o veinte años, según los casos.

Bando del 27 de Marzo de 1395. Se dictó en Barcelona, prohibió ciertos juegos peligrosos, como las peleas en bandas y con piedras que suelen efectuar los niños, dentro o fuera de la Ciudad, el cual castiga a los quebrantadores de la orden, con cuatro días de reclusión en la cárcel del veguer, sujetados con grillos y sin más alimento que pan y agua, si los niños eran menores de quince años y si eran mayores de esa edad se les habría de imponer ocho días también con grillos alimentándose asimismo con pan y agua y soportando el encierro durante esos ocho días.[59]

Juzgado de Huérfanos de 1407. Se creó un Juzgado de Huérfanos, se encargaba de castigar delitos de los menores huérfanos, estableciéndose entre los castigos, la entrega como pago al grupo familiar ofendido, azotes, marcas con hierro candente, corte del cabello u otros similares, a juicio del Juez.

Rey Don Martin el Humano en 1407. Dotó al Curador y Padre de los Huérfanos, de plena potestad en materia delictiva de los menores, quedando establecido el Juzgado o Tribunal de los Huérfanos.[60]

En esa época y hasta el siglo XVII, eran terribles los castigos que se imponía a los delincuentes jóvenes; la dureza de aquellas leyes llega a su máximo, azotes, galeras, mutilaciones, exposición en la picota, de todo hay en aquellas leyes represivas e inhumanas.

---

[57] Sánchez Obregón, Laura, *Menores Infractores y Derecho Penal*, Editorial Porrúa, México, 1995, p.10.
[58] *Ídem.*
[59] Bando recogido íntegramente por la Real Academia de la Historia, *Colección de las Decisiones de las Cortes Celebradas en España*, Tomo XVIII, Pág. 301.
[60] Juderias, J., *Problemas de la Infancia Delincuente*, Pro-Infantia, Madrid, 1910, p. 19.

El abuso y crueldad para los niños llego a un grado tal, que la patria potestad, a imitación de la antigua roma, no tuvo límites, como puede apreciarse en el Fondo dado a Calatayud, en el año de 1131, por el Rey de Aragón, Alfonso el Batallador, en el que se faculta al padre hasta a matar a su hijo en el caso de que no lo obedeciese.[61]

Padre General de Menores.[62] Existía en Castilla en el siglo XVII, esta institución parecida al Padre de los Huérfanos, aunque su cometido parece ser que estaba más orientado a velar por los menores y sus bienes, cuando quedaban sin padres, viniendo a constituir una especie de tutela civil. Ejerció una doble función:

> **Primera.** La de carácter positivo, consistía en atender a los huérfanos buscándoles acomodo para que tuvieran honrosa ocupación u oficio.
>
> **Segunda.** Otra de signo negativo, la de reprimir las situaciones de vagabundo e incluso hechos delictivos cometidos por los niños.

San Vicente Ferrer de 1410. Fundó la Cofradía de Huérfanos, para los niños abandonados por sus padres. Se les alojaba en un asilo que, en los tiempos de Carlos V, se convirtió en el Colegio de Niños Huérfanos de San Vicente.[63]

Ordenanzas Reales de Castilla de 1483. Llamadas también ordenamiento de Montalvo, se exceptuaba a los menores de doce años de las severas penas impuestas a los vagos en la Ley II, Titulo XIV, Libro VIII de dicho cuerpo legal.

Constitución Criminal Carolina de 1532.[64] Conocida como la Carolina, es una ordenanza de Carlos V, el antecedente ilustre de esta codificación fue la Constitución Criminal de Bambergensis del año de 1507, escrita para el obispado de Bamberg. Posteriormente se acoge en el Parlamento la idea de crear un Derecho Penal Común, para toda Alemania. Dividiéndolo en tres partes:

1. Derecho sustantivo.

2. Derecho procesal penal.

3. Organización de tribunales.

---

[61] Lasala, G., *La Juventud Delincuente en España y sus Tribunales de Menores*, Surgam, España, 1954, p.p. 6-14.
[62] Mause, LL., *Historia de la Infancia*, Alianza, Madrid, 1982, p. 180.
[63] López Riocerezo, José María, *Delincuencia juvenil*, Editorial Victoriano Suarez, Madrid, 1960, p.p. 69 y ss.
[64] Ordenanza de Justicia Penal, creada por Carlos V, cuerpo de leyes del sacro imperio romano germánico, estableció medidas protectoras a favor de los menores, se dispuso en una ordenanza que los niños que cometieran delitos serian juzgados de acuerdo con esta ley, respetando en todo caso la atenuación que la ley prevenía; apartado elaborado con información obtenida de: www.webmii.es/resuit.espx/carolina/de%20carlos, fecha de consulta: Noviembre de 2011.

Admitió la interpretación analógica, con expresa advertencia a los jueces y legislaciones de que en caso de duda deben pedir consejo a los juristas; lo punitivo queda en manos del Estado; reconoció la tentativa; y aceptó como formas de culpabilidad el dolo y la culpa.

Prescribió que los niños fueran juzgados por los tribunales comunes, quienes investigaban si obraron con discernimiento y en tal caso, se les penaba conforme a la Constitución Criminal Carolina que establecía la atenuación.

Asociación de Salamanca de 1537. Se creó para proteger a los niños delincuentes.

Nueva Recopilación de 1562. Felipe II, promulga la pragmática, señala su carácter oficial. Aunque consta de nueve libros con multitud de leyes, pragmáticas y ordenamientos, fue una compilación de derecho anterior, hallándose las disposiciones de derecho penal relativas a menores en su Título XI, Libro VIII.

Leyes VI y VII, Titulo XI, Libro VIII. Relativas a incremento de las penas a vagabundos y ladrones, establecen para los vagabundos y ladrones que deban ser condenados a la pena de azotes, que por primera vez, sean puestos en vergüenza y que sirvan cuatro años en galeras, si son mayores de veinte años. Los ladrones, vagabundos y holgazanes menores de 21 años, estando presos no son castigados a galeras, sino que serán penados y castigados conforme a las leyes del Reino.

Leyes IX, X, Y XI, Titulo XI, Libro VIII. Se reduce la edad para la imposición de pena de galeras a los ladrones, rufianes, y vagabundos, a los 17 años.

Hospicio de la Misericordia de 1600.[65] Buscaba en parte la protección infantil, y en 1734 surge en Sevilla, a cargo del hermano Toribio Velasco, una institución para ocuparse de la regeneración de jóvenes infractores prescindiendo de cualquier tipo de castigo y sustentada en una ideología correctiva y protectora.

Ese mismo año Felipe V, atenúa la penalidad a los menores entre los quince y los dieciséis años y poco tiempo después, Carlos III, ordena la creación de escuelas y hospicios para delincuentes de menos de dieciséis años.

No volvemos a encontrar ninguna disposición con las medidas que tomó Carlos III, para la represión de la vagancia y la criminalidad de los jóvenes, hasta la Ordenanza de Presidios de 1834, no se pensó en España, en la juventud delincuente, y eso para separarla en las cárceles de los criminales adultos.

[65] *Op. cit.*, Juderias, J.

Toribios de Sevilla de 1723.[66] Toribio de Velasco, crea el Sistema Correccional que sería el antecedente del Tribunal para Menores; es al mismo tiempo Tribunal Tutelar y Escuela de Reforma, creó un método jurídico-penal de la infancia.

El primero de Septiembre de 1837, se mandó incorporar los alumnos al Hospicio, terminando así la labor protectora y reformadora de esta institución. En el ámbito institucional de protección al menor tenemos que citar a los Toribios de Sevilla, que ofreció amparo, educación y formación profesional a multitud de los niños y jóvenes durante el mismo siglo.

Se ocupa de la regeneración de los menores, previo enjuiciamiento de sus actos, con la finalidad de corregir y proteger, resultando interesante que este personaje recorriera las calles de Sevilla para pedir limosna y alquilar la casa de corrección con escuela y taller, cuando ingresaba un menor de edad nuevo, sentado en el suelo, entre los demás, rogaba que relatara su vida, después los internados decían todo lo que supieran de él, terminando el acto los niños dictaban sentencia que Toribio atenuaba y exhortaba con cariño a la enmienda.

Fue el primero en utilizar la investigación biográfica del menor, antes de resolver sobre su futuro. Los llamados Toribios se adelantaron siglo y medio a la famosa institución norteamericana *George Junior Republic* de 1887, considerada históricamente como la iniciadora de las instituciones reeducadoras de menores disóciales en nuestra época.[67] Al fallecer su fundador en 1730, los Toribios desaparecieron.

Roldan Barbero. Considera que la Casa Sevillana, permaneció durante todo el siglo XVIII, como una gloria del tratamiento particularizado del menor peligroso, cuando en esta época, continúa, los usos dominantes descansaban en el Hospicio en el mejor de los casos, la pillería infantil y adolescente disponía de una estancia separada de la del resto de los asilados.[68]

Pragmática de Felipe V de 1734. Dictó una pragmática en el que atenuaba la penalidad a los menores delincuentes de 15 a 17 años, que les fuere probado haber robado en la corte y en las cinco leguas de su rastro y distrito.[69]

Manuel Lardizabal y Uribe en 1782.[70] Fue Consejero del Rey, Alcalde del Crimen y por encargo de Carlos III, preparó un proyecto de reformas al Sistema de Justicia Penal, que se justificaba en su libro Discurso sobre las Penas contraído a las Leyes Criminales de España para facilitar su Reforma en el año de 1782. Planteó una reforma para humanizar la justicia criminal.

---

[66] Apartado elaborado con información obtenida de: Guallart, J., *El Derecho Penal de los Menores: Los Tribunales para Niños*, La Academia, Zaragoza, 1925, p.p. 88 y ss.
[67] *Op. cit.*, Mausse, Ll.
[68] Roldan Barbero, H., *Historia de la Prisión en España*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1998, p. 76.
[69] *Op. cit.*, Solís Quiroga, Héctor.
[70] Apartado elaborado con información obtenida de: Lardizabal y Uribe, Manuel, *Discurso sobre Penas*, Editorial Porrúa, México, 1982. p. 117.

Al cuestionar la generalización de la pena de muerte aplicable a todo tipo de delitos Lardizabal daba luz sobre la necesidad de que el Magistrado, al imponer la pena, tomara en cuenta el daño sufrido por la sociedad, así como las características personales del delincuente. Específicamente con respecto a los niños, con base en lo dictado en las Leyes Partidas, recomendaba que el Juez tomara en cuenta la edad y el sexo del acusado para la imposición de la pena, ya que ambas condiciones tienen una influencia determinante sobre el conocimiento que ostenta el reo, puesto que un niño carece de capacidad, mientras que en uno menor de catorce, su capacidad es imperfecta.

Lardizabal propuso estrategias para el tratamiento de los delincuentes menores dentro de las cuales podemos identificar: una buena educación para el pueblo, a fin de evitar la ociosidad y la mendicidad, como se verá más adelante, el tema de la vagancia y la mendicidad fue prioritario para los Gobiernos Novohispanos y de los inicios del México Independiente, al crearse una Jurisdicción Especializada para la calificar la vagancia, que de manera general incluía a una buena cantidad de niños que se encontraban en la orfandad y en el abandono, recomendaba que esta formación al pueblo debía iniciar desde la infancia, por la maleabilidad y docilidad que el niño presenta para habituarse al trabajo, haciendo ver la conveniencia de prevenir con la educación, la comisión de delitos, que reprimirlos una vez cometidos.

Por último, asigna la responsabilidad a los Magistrados de convertirse en verdaderos tutores de la república y padres de la patria, sustituyendo a los padres que han incumplido con su obligación de educar a sus hijos. Mostrándose ya en esa época, una idea que se materializara en un sistema de carácter tutelar un siglo y medio después.

Esto es, que sean las instituciones del Estado, por medio de los Jueces y los Tribunales de Menores quienes asuman la función de tutores de los menores abandonados física y moralmente, en el ejercicio de una patria potestad sustituta.

Las recomendaciones de tan importante autor en materia de prevención del delito, específicamente con los menores huérfanos, abandonados y vagos, las veremos reflejadas en la legislación española y en las leyes novohispanas y de territorios de dominación española en el transcurso de los años posteriores.

Pragmática de Carlos III de 1788.[71] Se produce un notable adelanto en materia de protección social de los menores que contrasta con el estancamiento, cuando no el retroceso, que se observa en épocas inmediatamente posteriores.

Mediante una serie disposiciones trato de hacer desaparecer los criterios que inspiraron la dura penalidad y los barbaros castigos de los siglos pasados. A las medidas inhumanas suceden procedimientos tutelares y educativos de orientación completamente moderna.

[71] Apartado elaborado con información obtenida de: *Op. Cit.*, Juderias, J.

En este sentido han de valorarse las medidas que entonces se dictaron en relación a los menores vagabundos, las disposiciones que se adaptaron con respecto a la infancia, la creación de casas de misericordia, el Fondo Pio Beneficial, para el sostenimiento de estos últimos establecimientos. En su pragmática, ordeno se internara en una escuela a los vagos menores de diez y seis años.

Padre de los Huérfanos de 1793.[72] Se considera el primer tribunal creado en España, destinado a juzgar a los niños, constituyéndose así el precedente más remoto de las instituciones actuales. Una institución destinada a la educación correctiva y la capacitación profesional de los menores delincuentes y desamparados.

La Real orden de 11 de Diciembre de 1793, expedida por Carlos IV, ordenó la extinción del Padre de Huérfanos y la entrega de su archivo a la Casa de la Misericordia, que deberían acogerse en adelante a los menores huérfanos.

Reglamento de Carlos IV de 1796. Establece un Reglamento para el establecimiento de las casas de expósitos, con la finalidad de evitar el infanticidio, muy frecuente en las madres con hijos ilegítimos, facilitándose a estas, entre otras cuestiones su entrega anónima a la institución. Sin embargo, como afirma Fernández Vargas:[73]

> …pese a las buenas intenciones del legislador, podemos pensar que ni las condiciones de vida de estos niños, ni las expectativas de futuro de los supervivientes debieron ser muy halagüeñas, estas medidas fueron esporádicas con Carlos IV, cuyo reinado supuso un retroceso importante en la protección de la infancia si lo comparamos con la época de su antecesor Carlos III.

Lentamente fueron cayendo en desuso las sabias disposiciones del monarca ilustrado y hasta el primer cuarto del siglo XIX, no volvemos a encontrar ninguna disposición que pueda parangonarse con las medidas que tomo Carlos III, para la represión de la vagancia y la criminalidad de los jóvenes.[74]

Novísima Recopilación de Carlos IV de 1805. Ordena que, si el delincuente es mayor de 15 años y menor de 17 habría que investigar su grado de discernimiento y, en caso de haber obrado sin él, serían devueltos a sus padres, si lo acogían.

En caso contrario serian internados en una casa de corrección y si hubieren obrado con discernimiento, se les aplicaría una pena atenuada. Tampoco ofrece novedades dignas de mención, refiriéndose a los menores en el ámbito penal en el Titulo XIV del Libro XII.

---

[72] El texto completo del documento que dio origen al Padre de Huérfanos de Valencia, se puede consultar en García Valdés, C., *Los Presos Jóvenes (Apuntes de la España del Siglo XIX y Principios del XX),* Ministerio de Justicia, Madrid 1991, p.p. 14-16.

[73] Fernández Vargas, V., *El Niño y el Joven en España, Siglos XVIII-XX*, Anthropos, Barcelona, 1989, p.34.

[74] *Op. cit.*, Juderias, J.

Establece en las Leyes I y II, Títulos XIV, Libro XII, una disminución en la edad por la que pueden ser castigados a galeras los ladrones y vagabundos, al recoger las pragmáticas de 1552 y 1566, que rebajan la edad de los 20 años a los 17 años.

Ley III (del mismo Titulo y Libro) la pragmática de Felipe V de 1734, recoge la condena a muerte a los autores mayores de 17 años de robos o hurtos en la corte y dentro de cinco leguas de su rastro. Es una sistematización del derecho español, usado también como texto de estudios durante el siglo XIX.

Como consecuencia de la importancia que adquirieron las corrientes codificadoras y el movimiento ilustrado, y las numerosas críticas que había contra la Nueva recopilación, en el siglo XVIII surgió una nueva recopilación de derecho castellano conocida como Novísima recopilación de leyes de España.

La necesidad que tenía Carlos IV de disponer de un cuerpo legal actualizado lo llevó a encargar la realización de otro suplemento a Reguera Valdelomar, la Nueva recopilación. Para realizar dicho trabajo, utilizó los materiales de Lardizábal y los de la Junta de Recopilación, finalizando su cometido en 1802.

Ofreció también un proyecto distinto, se trataba de un cuerpo metódico de legislación, el plan fue aprobado y una cédula de 15 de julio de 1805 promulgaba la Nueva recopilación de las leyes de España.[75]

Libro XII, Titulo XIV. Ordena que si el delincuente es mayor de quince años y menor de diez y siete, no se le imponga pena de muerte, sino otra diferente, además, atenuaba las penas para menores de doce a veinte años.

Recopilación 12.16.2. También, se atenúan, respecto a esta edad, las durísimas leyes contra gitanos. Pocos años después se reduce la edad a diez y siete años.

Recopilación 12.27.12. Los ladrones menores en veinte años, son castigados con arreglo a las leyes comunes, que establecen penas más benignas que las galeras; idéntico criterio que se sigue para los rufianes de la misma edad.

Leyes I y II, Titulo XIV, Libro XII. Establece una disminución en la edad por la que pueden ser castigados a galeras los ladrones y vagabundos, al recoger las pragmáticas de 1552 y 1566, que rebajaban la edad de los veinte años a los diez y seis años.[76]

[75] *Op. cit.*, Pérez Vitoria, p.p. 24-29.
[76] *Ídem*.

Leyes I y II, Titulo XIV, Libro XII. La pragmática de Felipe V de 1734, recoge la condena a muerte a los autores mayores de diez y siete años, de robos o hurtos en la Corte y dentro de cinco leguas de su rastro.[77]

Primer Código Penal Español de 1822. Durante el Reinado de Fernando VII, se realizó el primer Código Español, promulgado el 9 de julio de 1822, entrando en vigor el 1 de enero de 1823.[78]

Se establecía la irresponsabilidad absoluta de los menores de siete años, considerados como incapaces de culpabilidad (inimputabilidad) y la responsabilidad presunta de las mayores de 7 años y menores de 17 años, sometidos a la prueba del discernimiento.[79] El Artículo 23 estableció que:

> Tampoco puede ser considerado como delincuente ni culpable en ningún caso el menor de siete años cumplidos.
>
> Si el mayor de esta edad, pero que no haya cumplido la de 17, cometiere alguna acción que tenga el carácter de delito o culpa, se examinara y declarara previamente en el juicio si ha obrado o no con discernimiento y malicia según lo que resulte y lo más o menos desarrollados que estén sus facultades intelectuales.

El Código sigue la postura clásica de establecer el límite de edad en 7 años, según lo estableció el derecho romano y a partir de esa edad, que era cuando aparecía la inteligencia y hasta los 17, cuando se les consideraba mayores de edad, se establecía una comprobación que debía realizar el juez basada en el discernimiento del menor, esto es, si conocía la ilicitud del hecho y había obrado con malicia obsérvese el excesivamente amplio margen de edad sometida al criterio del discernimiento (10 años) lo que conlleva a una notoria inseguridad jurídica y un excesivo arbitrio judicial.

Cuando se declaraba que el menor de 17 años, había obrado sin discernimiento y malicia, se le equiparaba al menor de 7 años y no se le imponía pena alguna. Si ocurría lo contrario y se probaba la actuación del menor con discernimiento y malicia, se le castigaba con la pena señalada para el delito, de forma atenuada, salvo las penas de muerte, trabajos perpetuos, deportación, presidio, obras públicas, infamia o destierro, que no se le podían imponer y eran sustituidas por otras más benignas. Otros de los artículos relacionados con el tema son los siguientes:

> **Artículo 24.** Si se declarare haber obrado sin discernimiento y malicia el menor de 17 años, no se le impondrá pena alguna, y se le entregara a sus padres, a vuelos, tutores o curadores para que le corrijan y cuiden de él, pero si estos no pudieren hacerlo, o no merecieren confianza y la edad adulta del menor

[77] *Ídem*.

[78] Antón Oneca, J., *Historia del Código Penal de 1822*, Tomo II, Runinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002, p. 238.

[79] Lasso Gaite, J.F., *Crónica de la Codificación Española, Codificación Española*, Vol. I, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Centro de Publicaciones, Madrid, 1970, p.p. 106-107.

> y la gravedad del caso requieren otra medida al prudente juicio del juez, podrá este ponerle en una casa de corrección por el tiempo que crea conveniente, con tal que nunca pase de la época en que cumpla los 20 años de edad.
>
> **Artículo 25.** Si se declarare haber obrado con discernimiento y malicia, se le castigara con la cuarta parte a la mitad de la pena señalada al delito, según lo que se prescribirá en los artículos 64 y 65.
>
> **Artículo 64.** En ningún caso se podrá imponer pena de muerte ni de trabajos perpetuos, deportación, presidio, obras públicas, infamia ni destierro al que cuando cometió el delito fuere menor de 17 años cumplido.

El Código Penal de 1822, no tiene un capítulo dedicado exclusivamente a las faltas, (constaba el código de un título preliminar y de dos partes, la primera de los delitos contra la sociedad y la segunda de los delitos contra los particulares).[80] Para los mayores de esa edad y menores de diez y siete procedía examinar si habían obrado con discernimiento y malicia, según el desarrollo de sus facultades intelectuales.

Si no había discernimiento se declaraba al menor como peligroso y cabían dos posibilidades: se le entregaba a sus padres, si estos mereciesen confianza respecto a su educación, o en su defecto, se ingresaba a una casa de corrección por el tiempo que el juez considerase conveniente, con tal de que nunca superase la época en que cumpliera los veinte años de edad. Estas casas de corrección, sin embargo, eran prácticamente inexistentes en la inmensa mayoría del Estado español.

En consecuencia los mayores de 7 años que a juicio del Tribunal hubiesen obrado con discernimiento, sufrían la pena de cárcel igual que los adultos.[81]

Reformatorios de 1833. Se expidió una Ley fundamentando la Corrección de Reformatorios.

Ordenanza General de los Presidios de 1834. Disponía que los delincuentes menores de 18 años, fueran recluidos en un mismo departamento, separados de los adultos. Hasta la llegada de esta ordenanza, no se pensó en la juventud delincuente, y se pensó en separarlos en las cárceles de los criminales adultos.

El artículo 123 disponía que los delincuentes menores de 18 años fueran recluidos en un mismo departamento, separados de los adultos.

Declaró la irresponsabilidad de los menores hasta los 7 años, de los 7 a los 17 se guiarían por el grado de discernimiento, devolviendo al menor con su familia, aplicándole una pena atenuada o bien, internándolo en una casa de corrección. Si había obrado con discernimiento,

[80] López Bauja de Quiroga, J. L.; Rodríguez Ramos; L. Ruiz de Gordejuela, *Códigos Penales Españoles, Recopilación y Concordancias*, Akal, Madrid, 1988, p. 12.
[81] Sánchez García de Paz, María Isabel, *Minoría de Edad y Derecho Penal Juvenil*, Ed. Comares, España, 1998, p. 76.

en cuyo caso se le imponía una pena discrecional, pero siempre inferior en dos grados a la señalada por la ley para el delito que hubiese cometido.[82]

En caso de ausencia de discernimiento, se declaraba la irresponsabilidad del menor, sin que estuviera previsto adoptar algunas de las medidas correccionales que establecía el Código de 1822.[83]

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

Reforma Montesinos de 1850. El Coronel Montesinos, realiza una labor reformadora en el presidio de Valencia, para conseguir la separación de los niños presos de los mayores, creando una sección especial para los menores de 18 años y dotándola de talleres y escuela, además de procurar que los niños y jóvenes estuvieron asistidos por los mejores funcionarios a su cargo con el fin de suavizar el rigor con el que hasta entonces venían siendo tratados.

Código Penal de 1850 y 1870. Mantuvieron esta misma regulación, restableciendo este último, no obstante, la previsión con respecto a los inimputables de su entrega a los familiares para su vigilancia y educación o su internamiento, por tiempo determinado, en un establecimiento de beneficencia destinado a la educación de huérfanos y desamparados.

Todos estos Códigos consagran la idea del discernimiento como condición primera de responsabilidad. El concepto de discernimiento no quedaba suficientemente clarificado, y en consecuencia han nacido interpretaciones muy varias; si unos limitan el discernimiento a la distinción del bien y del mal, a la noción de moralidad y de responsabilidad, otros lo entienden en el sentido de la inteligencia, de la legalidad del acto, mientras unos terceros se fundamentan en la distinción entre los delitos naturales e inmorales y los puramente positivos y de simple conveniencia social.[84]

Escuela de Antonio de Guerola de 1870. Por el año de 1870, se inicia una campaña de defensa de los menores encarcelados dirigida por D. Antonio de Guerola, que tenía como objetivo la fundación de escuelas especiales dedicadas a menores que hubiesen cometido acciones delictivas.[85]

Escuela o Asilo de Reforma Santa Rita de Madrid de 1875. Destinada a la función de corrección paternal y a la reforma de los niños mayores de 9 años a quienes los tribunales

[82] *Op. cit.*, Juderias, J.
[83] Landrove Díaz, Gerardo, *Introducción al Derecho Penal de Menores*, 2ª. Ed., Tirant lo Blanch, España. 2007. p. 29.
[84] *Op. cit.*, Guallart, J., p. 209.
[85] Palacios Sánchez, J., *La Enseñanza en las Instituciones Españolas para la Reforma de Menores*, El Siglo XIX y las Escuelas de Reforma de Menores, España, 1987. p.p. 31-48.

declaraban irresponsables y necesitaban de medidas de tutela, de la que hablaremos más adelante, sirvió como institución auxiliar de la niñez.

Sociedad Protectora de Niños de 1878. Reguló tres aspectos:[86]

> a) Las clases medias entendían la infancia cada vez más como la etapa más feliz de la vida que hay que intentar proteger.
>
> b) A los niños comenzó a vérseles como víctimas no solo de algo tan impersonal como el sistema industrial sino de la crueldad de sus padres.
>
> c) La filantropía que desplazo su esfuerzo misión al a las zonas más pobres de las ciudades, difundiendo un conjunto de imágenes con un inmenso poder propagandístico.

Se aplicó en todo el reino, las leyes generales sobre trabajos peligrosos de los niños.

Escuelas de Reforma Terciarios Capuchinos de Dos Hermanas de 1879. Luis Amigo y Ferrer, visitó la cárcel de Santander, donde concibe la idea de fundar una:[87]

> Congregación destinada a proponer métodos más humanos en la rehabilitación de delincuentes, sobre todo los menores.

Patronato de Nuestra Señora de la Merced de 1880. Fue fundado por iniciativa privada. Para la redención de niñas y niños presos de la Ciudad de Barcelona.

Años más tarde, en 1890, se reorganizó con el nombre Patronato de Niños y Adolescentes Abandonados y Presos que tuvo por presidente a Don Ramón Albo, personaje que de enorme influencia, posteriormente, en los Tribunales Tutelares de Menores.[88]

La finalidad de este Patronato se refleja fielmente en el artículo primero de sus estatutos:[89]

> El Patronato de menores abandonados y presos tiene por objeto lograr la rehabilitación moral y social de los jóvenes encarcelados y amparar y proteger a los demás contra el abandono, la miseria, los malos tratamientos y la inmoralidad.

Constitución Protectora de Niñas y Jóvenes de 1881. Comenzó la redacción de la constitución que dará lugar a la Congregación de Terciarias Capuchinas de la Sagrada Familia, destinada a la protección de las niñas y jóvenes y asistir a los enfermos.[90]

---

[86] Santos Sacristán, Marta, *Los Inicios de la Protección a la Infancia en España. 1873-1918*, Universidad Rey Juan Carlos, http://www.um.es/ixcongresoaehe/pdfB3/Los%20inicios%20de%20la%20proteccion%20infancia.pdf, fecha de consulta: enero de 2011.

[87] Iriarte, L., *Historia de la Congregación de las Hermanas Terciarias de la Sagrada Familia (1885-1985) Roma Curia Cardenalicia de las Hermanas Terciarias Capuchinas*, España, 1985, p. 23.

[88] *Op. cit.*, Roca, T.,

[89] *Op. cit.*, Lasal, G., p.p. 6-14.

[90] Op. cit., Iriarte, L., p.23.

Ley del 4 de Enero de 1883. Se expidió esta ley, estableciendo reformatorios en los que se brindara una educación paternal.

Terciarios Capuchinos de Nuestra Señora de los Dolores de 1885. Se creó para atender a los jóvenes delincuentes masculinos. La importancia de estas dos órdenes fueron dadas por Luis Amigo y Ferrer, se ha dedicado, casi en exclusiva a la reinserción y educación de los menores internados en Escuelas de Reforma, reformatorios y otros Centros Tutelares.

Se adelantó a la ley de Tribunales Tutelares, separo a los reclusos menores de 16 años, de los demás y darles una educación moral y religiosa, además de instrucción y formación profesional.

Primer Reformatorio de 1888. Se funda en Alcalá de Henares, para jóvenes delincuentes.

Primer Tribunal para Niños de 1889. Aparece en la Ciudad de Valencia, el primer tribunal para niños.

Patronato de Niños y Adolescentes Abandonados y Presos de 1890. El Patronato de nuestra Señora de la Merced, se reorganizó y se llamó Patronato de Niños y Adolescentes Abandonados y Presos, tenía por objeto lograr la rehabilitación moral y social de los jóvenes encarcelados y amparar y proteger a los demás contra el abandono, la miseria, los malos tratamientos y la inmoralidad.

Asilo de Toribio Duran de 1890. Se funda en Barcelona, actuó como institución auxiliar de la niñez, principalmente para menores rebeldes, depravados y delincuentes.[91]

Año de 1893. Se derogó la separación de jóvenes y adultos y los menores fueron enviados nuevamente a la cárcel junto con los mayores de edad.[92]

Escuela de los Terciarios Capuchinos Dos Hermanas de 1894. Se funda en Sevilla, protegiendo a la niñez desvalida y delincuente.[93]

Leyes Protectoras de la Infancia del 13 de Marzo de 1900. Debe destacarse el contenido de los siguientes artículos:

> **Artículo 11.** Para cuidar la condición laboral de los menores se publicó esta ley, prohibiendo a los menores de diez años toda clase de trabajo.
>
> **Artículo 14.** El trabajo nocturno a los niños de ambos sexos de edad inferior a catorce años.

[91] Sánchez Vázquez, Vicente; Guijarro Granados, Teresa, *Apuntes para una Historia de las Instituciones de Menores en España*, Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría, Vol. XXXII, N. 84, España, 2002, p.p. 121-138.
[92] Gómez Mesa, Antonio, *Organización y funcionamiento de un tribunal tutelar de menores*, Editorial Bailly Bailliere S.A., Madrid, 1935, p.17.
[93] *Op. cit.*, Sánchez Vázquez, Vicente; Guijarro Granados, Teresa.

Real Decreto de 25 de Mayo de 1900. Poco tiempo después de la promulgación de esta ley, se insiste en la obligación que tienen los patronos de conceder a los menores de 18 años una hora de tiempo de labor reglamentaria para su instrucción elemental. Consecuencia de esta disposición es la creación de escuelas y talleres para los obreros menores.

Real Decreto del 30 de Julio de 1900.[94] Normativas que se extendían a los sobreros adultos que no hubieran recibido instrucción primaria y religiosa.

Leyes que intentaban la redención laboral de la infancia, pero que no disipaban el abandono y los abusos a que el niño estaba sometido.

Además, las leyes no se cumplían en la mayoría de ocasiones creemos que por no tener asociada pena y por la mano de obra barata de los niños, con lo que su educación quedaba relegada a un segundo término.

Escuela de Reforma y Corrección de Alcalá de Henares de 1901. Establecida por el Real Decreto de 1901, donde los jóvenes debían asistir obligatoriamente a las escuelas y talleres allí establecidos; otro de 1902, se ocupa de las escuelas-asilo de Madrid, y en 1907 se manda construir en la finca de Vista Alegre de Carabanchel bajo la Escuela de Reforma y Asilo de Corrección Paternal de Jóvenes, cuyas obras no finalizarían hasta 1925.

Dio lugar a la Escuela Central de Reforma de Alcalá de Henares, antiguo reformatorio de jóvenes delincuentes, creado por Ordenanza de 11 de Agosto de 1888, con dos secciones, una para varones entre 9 y 15 años y otra para niños menores de 12 años.

Ley de Protección a la Infancia de 1903. Se aplican leyes sobre la represión de la mendicidad de menores.

Patronato de Valladolid de 1904. Sostenía un asilo que por Real Decreto de 28 de Marzo de 1912, se transformó en Escuela de Reforma.

Ley Reguladora de la Prisión Preventiva de Menores de 1904. Su función principal era regular la prisión preventiva de los menores delincuentes.[95]

Consejo Superior de Protección a la Infancia y Represión de la Mendicidad o Ley Tolosa de 1904.[96] Hasta 1904, no hubo en España un intento de creación de una institución de carácter estatal que abordara algunos aspectos de la infancia abandonada y marginal. En este año Alfonso XIII, firmaba una ley por la se creaba el Consejo Superior de Protección a la Infancia y Represión de la Mendicidad.

---

[94] *Ídem*.

[95] Ribera Cañizares, M.*, Comentarios a la Ley de 25 noviembre de 1918, sobre Organizaciones y Atribuciones de los Tribunales para Niños*, en F. Bergamín y Otros, Tribunales Tutelares para Niños, Góngora, Madrid, 1929, p. 456.

[96] Apartado elaborado con información obtenida de: *Op. Cit.*, Sánchez Vázquez, Vicente; Guijarro Granados, Teresa.

Su autor **Manuel de Tolosa Latour,** durante toda su vida estuvo trabajando generosamente para paliar las enormes carencias de todo género de los niños marginados de su época. La finalidad de la Ley Tolsa como se la conocía en el lenguaje coloquial, era la protección física y moral de los niños abandonados menores de 10 años.

Esta Ley se centró sobre todo en la regulación y control de la lactancia de las nodrizas que contrataba el Estado para la alimentación y crianza de los niños huérfanos y abandonados. Si desde el punto de vista legal supuso un significativo avance y reflejo de la sensibilidad que se estaba despertando en la sociedad con respecto a los niños marginados, no lo fue tanto para estimular la creación de centros específicos de educación especial o reforma para estos niños.

El precursor de este cambio de actitud es sin duda **Jean Jacques Rousseau,** al señalar que el conocimiento de los alumnos es indispensable para los educadores.[97]

Consejo Superior y Juntas Provinciales y Locales de Protección a la Infancia Año de 1904. Surgen las primeras leyes especiales de protección a la infancia, como la del 12 de agosto de 1904 y su reglamento del 24 de Enero de 1908, se confió el ejercicio de la acción protectora a un Consejo Superior y a las Juntas Provinciales y Locales.

Patronato de Valladolid de 1904. Sostenía un asilo que ayudaba principalmente a los menores de edad, dándoles un oficio para que pudieran vivir mejor. Por Decreto del 28 de Marzo de 1912, se transformó en Escuela de Reforma.

Ley de Protección a la Infancia de 1904. Era urgente una verdadera ley para la infancia que llego en 1904, conocida también como Ley Tolosa, una ley que protege tanto la salud física como moral del niño. La acción protectora se regula de acuerdo con una jerarquización territorial quedando aquella a cargo de un Consejo Superior de Protección a la Infancia, de las juntas provisionales y de las juntas locales.

Patronato de Jóvenes Presos y Abandonados en Madrid de 1906. Se creó por iniciativa de Juan Viso, funcionario de prisiones, aparto a los menores de los criminales adultos.[98]

Ley del 21 de Diciembre de 1908. Se dictó para evitar la promiscuidad de menores con adultos delincuentes, estableciendo además que los menores de 15 años, no deberían sufrir prisión preventiva, si no quedar con su familia o ser alojados en instituciones de beneficencia, solo podían ser enviados a la cárcel o a falta de dichas posibilidades, pero evitando el contacto con los mayores de edad. El único caso que definía que el menor debía ser enviado a la cárcel: era cuando fuera reincidente.[99]

[97] Palacios, J., *La Cuestión Escolar*, laia, Barcelona, 1987, p. 27.
[98] *Op. Cit.*, Sánchez Vázquez, Vicente; Guijarro Granados, Teresa, p.p. 121-138.
[99] *Op. cit.*, Solís Quiroga, Héctor.

Centro de Reeducación de Menores de Córdoba de 1910. Se creó por iniciativa de Juan Viso, quien fue funcionario de prisiones, fue costeado por el ayuntamiento.[100]

Protectorado del Niño Delincuente de 1916. Auspiciado por Alicia Pestana, al amparo de la Institución Libre de Enseñanza, fundando con intención de aplicar las ideas de Giner de los Ríos y de Concepción Arenal en la corrección de jóvenes delincuentes.[101]

Escuela de Detención de Madrid. Su creación era con el fin de evitar el ingreso de los niños en la cárcel. Sin embargo esta escuela no paso de la etapa de proyecto debido a las dificultades financieras.[102]

Decreto de Ley de 1918. Creó los Tribunales Tutelares para Menores, mismo que fue revisado varias veces y modificado el quince de julio de 1925, tres de febrero de 1929, diez y seis de junio de 1931 y el quince de septiembre de 1931.[103]

Ley Montero Ríos de 1918. Se expide el dos de octubre de 1918, básicamente era proteger a la infancia, mediante tribunales instalados en la capital de las provincias.

Reglamento de la Ley Montero Ríos de 1919. Se promulgó en el año 1919.

Casa Escuela Concepción Arenal de 1920.[104] El Protectorado tuvo que hacer frente al problema de los niños encarcelados ensayando primero, procedimientos de libertad vigilada, como el sistema de colocación en familias, en las que encontraría un ambiente propicio para su reeducación y después, a través de la fundación de esta escuela.

El carácter familiar propiciaba el conocimiento y educación de las aptitudes de los niños excarcelados, en aras de su posterior inserción en la sociedad con un empleo fijo. A diferencia de los reformatorios y escuelas de reforma, el aspecto religioso ocupaba una parcela insignificante.

Se tendía a una formación ética y laica. La casa-escuela cerró sus puertas en 1924, con la implantación del Tribunal para niños en Madrid.

Decreto de Ley del 15 de Julio de 1925. Habla sobre organización y atribuciones de los tribunales tutelares para niños, trató fundamentalmente de subrayar la dimensión es educativa de la institución, extendiendo su competencia por razón de la edad, hasta los 16 años del infractor.[105]

---

[100] *Ídem*.
[101] Pestana, A., *El Protectorado del Niño Delincuent*e, B.I.L.E., España, 1923, p. 757.
[102] *Ídem*.
[103] *Op. cit.*, Solís Quiroga, Héctor.
[104] *Op. cit.*, Pestana, A., p. 757.
[105] Viñas, Raúl Horacio, *Delincuencia Juvenil y Derecho Penal de Menores*, Editorial Ediar, Buenos Aires. 2000, p.p. 32-33.

Código Penal de 1928. Acabo por fin con el sistema de discernimiento y elevo a los diez y seis años el límite de la imputabilidad. Esta regulación paso al Código de 1932 y de este al de 1944.

El actual Código Penal de 1995, ha recogido la creciente consideración de un amplio sector de opinión pública, en la última década, de extender la mayoría de edad penal a los diez y ocho años.[106]

Real Decreto de Ley del 3 de Febrero de 1929. Sobre la organización y atribuciones de los tribunales de menores, supuso una armonización de este ámbito con las previsiones del Código Penal de 1928, estipulando además una ampliación de la competencia correctora de la institución, fue convalidado en 1931.[107]

Código Penal de 1932.[108] Estableció la irresponsabilidad de los menores hasta los 16 años, elimino el criterio del discernimiento, estableció atenuaciones por el solo efecto de la edad, entre las 16 y los 18 años.

Hasta los 16 años, no importaba el alcance jurídico del acto cometido, por lo que solo el criterio protector privaba en las etapas anteriores a dicha edad.

Ley de Vagos y Maleantes de 1933. Seguramente para completar la legislación protectora, de otra manera sus actos hubieran quedado comprendidos solamente en el Código Penal Vigente. El avance de los criterios protectores, educativos y tutelares en España se demuestra, posiblemente con el hecho de que hay ya Tribunales para Menores en casa provincia.[109]

Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948. Los artículos más destacables sobre el tema son los siguientes:

> **Artículo 9.**
>
> A). La competencia de los Tribunales se extendería a conocer: (…)
>
> B). De las infracciones cometidas por menores de la misma edad (diez y seis años).
>
> C). De los casos de los menores de diez y seis años, prostituidos, licenciosos, vagos y vagabundos, siempre que a juicio del Tribunal respectivo, requieran el ejercicio de su facultad reformadora.
>
> **Artículo 11.** Los indisciplinados menores de diez y seis años, denunciados por sus padres, tutores o guardadores. Respecto de todos ellos es posible la aplicación de medidas privativas de libertad.

[106] Mendizábal Oses, L., *Derecho de Menores*, Tomo General, 2ª. Ed., Pirámide, Madrid, 1977, p. 198.
[107] *Ídem*.
[108] *Op. cit.*, Solís Quiroga, Héctor.
[109] *Ídem*.

Eugenio Cuello Calón. Nos dice que es un reflejo de la tendencia dominante en el Derecho Tutelar de Menores, tratándose de niños a quienes no se va a imponer una pena, a hacer un mal, sino a tomar una medida de protección y tutela, a tomar una buena medida, no cabe exceso ni abuso, en el bien no hay exceso.[110]

Luis Jiménez de Asúa.[111] En el mismo sentido se pronuncia al afirmar que; debe abolirse toda solemnidad y publicidad en el proceso (…) como no se trata de una litis, no hay intervención de abogados, no cabe aquello de que haya un defensor, de que exista un Juez que oiga a ambas partes.

Allí no hay más, que un hombre que estudia a los menores y que trata de ayudarles, al que debe darse el más amplio arbitrio (…) para determinar la forma en que haga las investigaciones.

El Juez, no va a investigar hechos, no va a dilucidar si el crimen se cometió en tal o cual forma, si existía esta o aquella otra causa de justificación, si había circunstancias agravantes o atenuantes. Lo que va a hacer es estudiar la personalidad del menor.

Código Penal de 1995. Se recoge la creciente consideración de un amplio sector de opinión pública, en la última década, de extender la mayoría de edad penal a los 18 años.

Ley Orgánica 5/2000. Regula la responsabilidad penal de los menores, también denominada Ley Penal del Menor, la finalidad era regular la responsabilidad penal del menor de edad, (mayores de 14 años y menor de 18 años), incluido la de los mayores de que no superen los 21 años en determinados supuestos.

Se publicó en el Boletín Oficial del Estado el 13 de enero de ese año y entró en vigor el 14 de enero de 2001. Ello a pesar de que ya en el Código Penal vigente, de 23 de noviembre de 1995, se preveía la necesidad de regular la responsabilidad penal del menor, manteniendo en suspensión determinados artículos hasta dicha promulgación.

Con ella ha quedado derogada la anterior Ley Orgánica reguladora de la competencia y procedimiento de los Juzgados de Menores, texto aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948, modificada por la Ley orgánica 4/1992, de 5 de junio, así como también su reglamento de ejecución y determinados preceptos de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

La finalidad de dicha ley no es otra que la de regular la responsabilidad penal del menor de edad, concretamente del mayor 14 años y menor de 18, incluida la de los mayores que no superen los 21 años en determinados supuestos, conforme a los artículos 1 y 4 de la Ley

[110] *Op. Cit.*, Cuello Calón, Eugenio, p. 38.
[111] Jiménez de Asua, Luis, *Cuestiones de Derecho Penal*, Talleres Gráficos Nacionales, Quito, 1953, p. 85.

Orgánica 5/2000, tanto desde el punto de vista estrictamente penal, comisión de hechos tipificados como delito o falta en el Código penal o leyes penales especiales, como la responsabilidad civil dimana de la infracción penal y el proceso a seguir para exigir tales responsabilidades, que es lo que aquí nos interesa.

El procedimiento de menores como se conoce al regulado en la ley que comentamos, se caracteriza fundamentalmente por dos rasgos o notas definitorias; por un lado, la instrucción de este proceso corre a cargo del Ministerio Fiscal, que posteriormente remitirá las actuaciones al Juzgado de Menores competente para la celebración, en su caso, de la audiencia, lo que equivaldría al juicio oral en los procedimientos comunes, y la otra característica que preside este procedimiento es la ausencia de acusación particular y, por supuesto, de acusación popular, con lo que las posibilidades de intervención del perjudicado o la víctima del delito son mucho más reducidas que en otros procedimientos, y ello a pesar de lo que se dice en la Exposición de Motivos de la ley.

Reviste especial importancia para este trabajo, la situación española, porque su legislación no solamente estuvo vigente por largo tiempo en nuestro país, sino que además, ha continuado ejerciendo una constante y positiva influencia en nuestro régimen jurídico a través de sus significativos logros y aportaciones en el área penitenciaria y correccional.

Exclusión Genérica de la Aplicación de la Jurisdicción de Menores a los Jóvenes Semi-Adultos de entre 18 y 21 Años. Ley Orgánica 8/2006. Modificó la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, se suprime definitivamente la posibilidad de aplicar la ley a los jóvenes adulto de entre 18 y 21 años.[112]

Ampliación de los Supuestos en los que se Priva de Libertad al Menor. La Ley Orgánica 8/2006, limita la discrecionalidad en la elección de la medida por el Juez, al añadir nuevos supuestos en los que el internamiento en régimen cerrado es una medida obligatoria, comisión de delitos graves y delitos que se comentan en grupo o cuando el menor perteneciere o actuare al servicio de una banda, organización o asociación.[113]

Aumento de la Duración Máxima de la Pena Juvenil. La medida de internamiento en régimen cerrado en la redacción originaria de la ley penal del menor, no podía superar en ningún caso los 5 años. Hoy en día el límite máximo alcanza los 8 años, e incluso, los 10 años en supuestos concretos de pluralidad de infractores.[114]

Fortalecimiento de la Posición Procesal de las Victimas en el Proceso Penal ante Menores Delincuentes. Se introdujo en el artículo 25 de la Ley Orgánica 8/2006:

---

[112] Vázquez González, Carlos, *La Responsabilidad Penal de los Menores en Europa*, ---------- www.amigonianos.org./.../v+inquez%20gonz+ilez,%20 Carlos.pdf., fecha de consulta: enero de 2012.

[113] *Ídem*.

[114] *Ídem*.

> Prohibía la acusación particular y la popular, subordinando la participación del perjudicado a la del Ministerio Fiscal.
>
> La alarma social producida por el crimen de Sandra Palo, sumada a la perseverante campaña llevada a cabo por la familia de la víctima en los medios de comunicación (audiovisuales y escritos) y a una masiva campaña de recogida de firmas, consiguieron que prácticamente seis meses después del triste suceso, se reformara la ley del menor, en el sentido perseguido por los familiares de la víctima.

Ley Orgánica 15/2003. Por su parte en el numeral 25 de la ley citada, se Introdujo en el proceso de menores a posibilidad de personarse como acusación particular a las personas ofendidas por el delito.[115]

Medidas de Alejamiento. Semejantes a las penas y medidas cautelares de alejamiento previstas en los códigos penales-consistentes en la prohibición al menor infractor de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez.[116]

1.1.6.4. Francia.

Ordenanza de 1268 de San Luis Rey. Considera con irresponsabilidad absoluta a los niños hasta los 10 años, de ahí a los 14 recibirían amonestación, y a partir de los 15 años quedaban sujetos a las mismas penas que los adultos; asimismo, a los niños menores de 10 años como irresponsables de los delitos que cometieran, pero desde esta edad hasta los 14 años, debería dárseles una reprimenda o azotes. A partir de los 14 años quedaban sometidos a las penas comunes.

El Derecho Francés ha tenido decisiva influencia en materia de menores, sobre todo a partir de su teoría del discernimiento,[117] aunque su legislación se ocupa de ellos desde mucho antes.

Ordenanza de 1407. Creó un Juzgado de Huérfanos.

Ordenanza de 1410. San Vicente Ferrer, constituyó una cofradía que atendía en un asilo a niños abandonados por sus padres. Un siglo más tarde, igual iniciativa ampliada a delincuentes menores, tuvo San Vicente de Paul.

Ordenanza de 1539. Se dictó durante el reinado de Francisco I, excluyó las penas corporales para los menores y las sustituyó por internamiento de los mismos en Hospicios y Hospitales, pero en el año de 1567, se volvió a la pena de azotes, de galeras y extrañamientos del reino.

---

[115] *Ídem*.
[116] *Ídem*.
[117] *Op. Cit.*, Mezger, Edmundo, p.p. 205 y 416.

Parlamento de Paris de 1452. Estableció el principio de que los señores debían de participar en el mantenimiento de los niños pobres. Dos figuran resplandecen en Francia, Vicente de Paul y Juan Budos, quienes fundaron establecimiento para niños abandonados.

Ordenanza de 1567. Se volvió a los azotes, a las galeras y al extrañamiento.

Código Penal de 1791. Ordenó la desaparición para los niños, de las penas corporales y su sustitución por una educación correccional en establecimientos adecuados. Retomaron la figura romana del discernimiento o dolo capacitas, tendencia que fue seguida por lo general por otras legislaciones europeas.

Declaración de los Derechos del Hombre de 1798. Surgida de la Revolución Francesa, no contiene expresamente mención alguna hacia los niños.

Rey Francisco I. Creó un movimiento de dulcificar la penalidad de los menores, quedando libres de penas corporales y se les envió a instituciones hospitalarias, se les instruía y moralizaba. Excluyó de responsabilidad a todos los menores de edad y se estableció un criterio proteccionista.

Siglo XVI. El Rey Francisco I, excluyo de responsabilidad a todos los menores de edad, y se estableció un criterio proteccionista, que excluye de responsabilidad a los menores, más tarde y como antítesis del mismo, surge el Código Penal de 1810, proclamando la responsabilidad penal de todos los niños, frenando de esta forma, los adelantos hasta entonces conseguidos.

Ley Sobre Tribunales para Niños y Adolescentes y de Libertad Vigilada del 22 de Julio de 1912.[118] Fue modificada varias veces en los años de 1913, 1921, 1927, 1929, y 1930. Según ella, hasta los 13 años el tribunal civil, constituido en Cámara de Consejo y actuando privadamente, acordaba medidas cautelares; de los 13 a los 16 y de los 16 a los 18, los tribunales correccionales, constituidos en tribunales para niños y adolescentes, acordaban, en audiencia especial, medidas educativas en caso de haber obrado el niño sin discernimiento pero, en caso contrario, acordaban aplicar penas atenuadas.

Podía obtenerse la libertad de los menores de 13 años antes de que se resolvieran sus casos y para los mayores de 13 había prisión preventiva. Los tribunales de menores eran parte de la carrera judicial y actuaban colegiadamente, pudiendo imponer medidas de reforma para los menores de 13 años y pudiendo conceder libertad vigilada, sujeta al resultado de los informes trimestrales sobre la conducta.

Código de Napoleón de 1810. Eliminó las diferencias entre niñas y niños; estableció la mayoría de edad penal en los 16 años. Aparecen medidas de corrección.

[118] *Op. cit.*, Pérez Vitoria, p.p. 36 y 37.

El poder del padre de hacer detener al hijo menor, durante el tiempo máximo de un mes, cuando tenga motivos muy graves de descontento por su conducta, si el hijo era menor de 16 años, el Presidente del Tribunal no podía juzgar en modo alguno la decisión del padre y debía ordenar su arresto.

Los Jueces debían examinar si los menores enjuiciados tenían capacidad de discernimiento y solo los menores con esta capacidad podían ser condenados a una pena rebajada, en este caso por medio de la atenuante de minoridad de edad.

Jules Vives en el Año de 1832. Estuvo entre los primeros en formular la defensa de los derechos del niño. Su obra autobiográfica "El niño" publicada en el año de 1879, fue una abierta denuncia hacia los métodos coercitivos aplicados por la cultura burguesa.[119]

Quinto Congreso Internacional de Prisiones de Paris de 1895. Se estipuló que los menores de 12 años siempre fueran enviados a instituciones de preservación y que los padres indignos sean privados del derecho de criar a sus hijos.[120]

Ley de Asistencia Pública de 1904. Se expidió para tutelar a los desvalidos, entre los que se encuentran los menores delincuentes.

Primer Congreso de Tribunales para Niños de Paris de 1911. Se estableció que tuvieran una especial competencia en materia de psicología y pedagogía.

Ordenanzas del Número 58-1274, 58-1300, 58-1301, *Journaux Officiels* de 22, 23 Y 24, de Diciembre de 1958.[121] A través de estas ordenanzas, el Gobierno modifica el Sistema de Legislación sobre Menores, con el objeto de prevenir y reprimir la delincuencia infantil, que constituye uno de los efectos del desquiciamiento moral de la posguerra.

Ordenanza Número 58-1274, Jurisdicción de Menores.[122] Esta ordenanza nos habla de la Jurisdicción de Menores, establece en la sede de cada uno de los Tribunales *de grande instance* un Tribunal de Menores para conocer de los problemas asistenciales y penales de los menores que residan en la jurisdicción tanto del Tribunal *de grande instance* como de los limítrofes, de acuerdo con las reglas competenciales que se fijaran por decreto.

Cada Tribunal para Menores, se integra con un Juez de Menores que lo preside, y que es nombrado entre los miembros del Tribunal *de grande instance* tomando en consideración su

[119] *Vid.* Chisholm, Hugo, *Enciclopedia Británica*, Tomo XI, Ed. Cambridge University presses, Inglaterra, 2000, p. 1911.
[120] Platt, Anthony, M., *Los Salvadores del Niño o la Invención de la Delincuencia*, 2ª Ed., Siglo XXI Editores, México, 1988, p. 74.
[121] Fix Zamudio, Héctor, *Leyes Orgánicas y Complementarias de la Constitución: Estructuración y Organización de los Poderes del Estado y Órganos del Gobierno*,www.juridicas.unam.mx/publica/libreu/reu/indercom/cont/35/.../leg7.pdf, p.p. 97 y 98, fecha de consulta: Noviembre de 2011.
[122] *Ídem*.

interés por los problemas infantiles, y por dos asesores (con sus respectivos suplentes) que son designados por acuerdo del Ministro de Justicia, entre personas de ambos sexos de más de 30 años, de nacionalidad francesa y que se hayan distinguido por su interés y conocimiento en relación con los problemas infantiles, todos ellos dan en su encargo tres años, que pueden ser renovables para el Juez.

El Tribunal de Menores de Sena, tiene un Presidente y un Vicepresidente, funciones encomendadas a un Consejero de la Corte de Apelación de Paris y un Vicepresidente del Tribunal *de grande instance* del Sena.

Además, cada uno de los Tribunales de Menores, cuenta con uno o varios Jueces de Instrucción, designados por el Presidente a proposición del Procurador General, y de uno o varios Agentes del Ministerio Publico designado por el mismo Procurador General y que se encargan especialmente de todos los asuntos de menores.

De la Apelación de las resoluciones dictadas por los Jueces y Tribunales de Menores, conocen las Cortes de Apelación en una Audiencia especial presidida por un Magistrado de la misma Corte, que toma el nombre de Delegado para la Protección de la Infancia y cuando la Corte relativa está integrada por varias Salas, se formaría una especial para conocer de los negocios relativos a los menores.

El Ministerio Público estaría a cargo de un funcionario especialmente designado por el Procurador General.

Ordenanza Número 58-1300, Modifica la Ordenanza 45-174, del 2 de Mayo de 1945. Relativa a la Infancia Delincuente. La modificación es únicamente con el objeto de coordinar las disposiciones penales sobre delincuencia infantil con la nueva reglamentación de los Tribunales de Menores anteriormente mencionada, por lo que no son reformas sustanciales, reforma también el artículo 69 del Código Penal, para establecer que cuando la contravención o el delito son cometidos por un mayor de 13 años pero menor de 18, la pena impuesta no podrá exceder a la mitad de la que correspondería si tuviera 18 años de edad al ser condenado.[123]

Ordenanza Número 58-1301, Referente a la Protección de la Infancia y de la Adolescencia en Peligro.[124] Reforma sustancialmente los artículos 375 a 382 del código civil, estableciendo un Sistema Preventivo y Asistencial para los menores de 21 años, cuya salud, seguridad, moralidad y educación se encuentren comprometidas, medidas que son tomadas por el Juez de Menores de la residencia del afectado, de sus padres o tutores, o bien donde haya sido encontrado el menor, ya sea de oficio o bien a petición de los propios menores, padres,

[123] *Ídem.*
[124] *Ídem.*

tutores o del Procurador General, que en todo caso, de ser ellos los promovente, deben ser notificados tanto de la iniciación del procedimiento como de las providencias tomadas.

El Juez de Menores, debe realizar una investigación de la personalidad del menor a través de exámenes médicos, psiquiátricos y psicológicos, incluyendo la observación de la conducta del menor, y provisionalmente, mientras se realiza dicho estudio puede acordar las medidas de protección necesarias, entre las cuales se cuentan el deposito del menor en la casa de uno de los padres que no tenga el ejercicio de la patria potestad, o de un pariente o persona digna de confianza, en un centro de observación; algún establecimiento apropiado o bien en el servicio de ayuda social a la infancia.

Estas medidas pueden ser tomadas por el Procurador del Republica, en caso de urgencia y comunicarlas al Juez respectivo para que dentro del término de tres días ratifique o modifique la medida propuesta.

Ley Sobre Tribunales para Niños y Adolescentes y de Libertad Vigilada de 1912. Según esta ley, hasta los 13 años el Tribunal Civil, constituido en Cámara de Consejo, y actuando privadamente, acordaba medidas tutelares de los 13 a los 16 y de los 16 años a los 18, los Tribunales correccionales, constituidos en Tribunales para Niños y Adolescentes, acordaban en audiencia especial, medidas educativas en caso de haber obrado el niño sin discernimiento pero, en caso contrario, acordaban aplicar penas atenuadas.

Podía obtenerse la libertad de los menores de 13 años antes de que se resolvieran sus casos y para los mayores de trece años, había prisión preventiva.

Los Tribunales para a Menores eran parte de la carrera judicial y actuaban colegiadamente, pudiendo impone medidas de reforma para los menores de 13 años y pudiendo conceder libertad vigilada, sujeta al resultado de los informes trimestrales sobre la conducta. Fue modificada varias veces en los años de 1913, 1921, 1927, 1929, y 1930.

Ley 12 de Abril de 1912. Suprimió la cuestión del discernimiento para los menores de 13 años. Creo una nueva jurisdicción, el Tribunal para niños y adolescentes, habilitado para juzgar a los menores de más de 13 años en el momento de los hechos.

Ordenanza del 02 de Febrero de 1945. Es el texto en que se fundamenta la Justicia Penal de Menores, es decir relativa a la infancia delincuente. El eje principal no es el acto, sino el individuo al que se le reprocha dicho acto, el modelo penal establecido está dirigido hacia la protección más que a la represión.

Características de la Ordenanza del 02 de Febrero de 1945. 1. Primacía de la Educación sobre la Represión; 2. Especialización de las Jurisdicciones; 3. Individualización del Tratamiento.

Creaciones de la Ordenanza del 02 de Febrero de 1945. 1. Juez Especializado en Niños; 2. Suprimió la cuestión del discernimiento con independencia de la edad del menor.

Sanciones Penales de la Ordenanza del 02 de Febrero de 1945. 1. Los menores de trece años, solo podrán ser objeto de sanciones educativas; 2. Los mayores de trece años, podían ser condenados tanto a medidas educativas como a otras penas; 3. La medida educativa es de aplicación prioritaria; 4. Si se determina una pena, podía atenuarse a través de la minoría de edad, pero esta atenuación era susceptible de desestimarse para los mayores de diez y seis años.

Objetivo de la Ordenanza del 02 de Febrero de 1945. Es la Reeducación del menor, para alcanzar el privilegio el sistema tutelar y, la elección del modelo tutelar, se deriva del hecho de que el niño delincuente debe ser considerado prioritariamente como digno de protección.

Disminución de la Edad Mínima para Exigir Responsabilidad Penal. Reforma de 09 de septiembre de 2002, pese a que la minoría de edad penal, se sitúa en 13 años, con la reforma citada, se incluye una serie de sanciones educativas que los jueces de menores pueden pronunciarse contra los menores de más de 10 años.[125]

Medidas de Alejamiento. Semejantes a las penas y medidas cautelares de alejamiento previstas en los códigos penales, consistentes en la prohibición al menor infractor de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de los familiares u otras personas que determine el juez.[126]

Primer Tribunal Exclusivo para Menores de Edad de 2007. Introdujo el principio de la responsabilidad solidaria de los padres, tutores o guardadores con los menores infractores. Quienes apoyaron este proyecto, manifiestan que se cumple con todos los principios constitucionales e internaciones sobre los menores.

Instituto en Vaucresson. Actualmente hay tribunales para menores en cada departamento y se cuida que los jueces de menores tengan especial formación y se perfeccionen; para ello hay un Instituto en Vaucresson, cerca de Paris, donde se dan cursos intensivos 15 días por año. El arbitrio del juez de menores es actualmente muy extenso, porque el determina el proceso, la imposición de medidas de internado y cuando ha de concluir la educación correccional.[127]

[125] *Op. cit.*, Vázquez González, Carlos.
[126] *Ídem*.
[127] *Op. cit.*, Raggi y Ageo, p. 40.

1.1.6.5. Grecia.

Ley del 23 de Diciembre de 1924. El 23 de Diciembre de 1924, se expidió una orden que reglamentaba provisionalmente sus tribunales para menores, indicaba la calidad de sus magistrados y marca el procedimiento regular.

Ley del 07 de Julio de 1931. El 7 de Julio de 1931, se expidió una ley sobre tribunales para menores, declarando irresponsable al niño menor de doce años, pero sujetándolo a medidas educativas, a partir de los 12 años y hasta los 16 años, había dos casos; al declararse que obro sin discernimiento, quedaba sometido a la situación ya expresada, pero si había obrado con discernimiento se le remitía a la cárcel de menores por periodo de seis meses a diez años. Si el delito cometido era grave, quedaba internado por un tiempo variable entre 5 y 20 años.[128]

1.1.6.6. Holanda.[129]

Ley de Protección Infantil de 1901. Se expidió para proteger a los infantes desvalidos y delincuentes.

Ley de Tribunales para Menores de 1921. Consideraba la minoría hasta los diez y ocho años y las faltas eran de la competencia de los jueces de paz, los delitos debían conocerlos el juez de menores para imponer medidas tutelares y si eran graves resolvería el juez ordinario. La detención puede tener lugar en cualquier sitio, con excepción de los lugares de aprehensión de los adultos, con preferencia en un centro de observación o en el domicilio del menor.

Se inicia legalmente la protección a la infancia y aparecen los Tribunales para Menores. Anterior al siglo XX, no se encuentran datos importantes sobre la situación jurídica de los menores infractores.

Disminución de la Edad Mínima para Exigir Responsabilidad Penal. Redujo la edad mínima de responsabilidad penal, de catorce a doce años.

Exclusión Genérica de la Aplicación de la Jurisdicción de Menores a los Jóvenes Semi-Adultos de entre 18 y 21 Años. La ley de Justicia Juvenil de 1995, redujo notablemente los requisitos necesarios para transferir a los jóvenes infractores (menores de 18 años) a la jurisdicción penal ordinaria, donde serán juzgados como adultos.[130]

Ampliación de los Supuestos en los que se Priva de Libertad al Menor. La duración máxima de la medida cautelar de la prisión provisional que era de seis meses, se ha

[128] *Op. cit.*, Pérez Vitoria, p.p. 15 y 42-43.
[129] Apartado elaborado con información obtenida de: *Op. cit.*, Vázquez González, Carlos.
[130] *Ídem*.

duplicado (doce meses) para los jóvenes de 12 a 16 años, y cuadruplicado para los de 16 a 18 años (veinticuatro meses).[131]

1.1.6.7. Inglaterra.

Judicia Civilitatus Lundoniae del Rey Aethalstan. En el siglo X, estableció que la pena de muerte no se aplicaría a los niños menores de 15 años, cuando por primera vez delinquen y que, si los parientes de un menor de edad, acusado de un delito, no le toman a su cargo y no constituyen una garantía de su honestidad, el deberá jurar, como le habrá enseñado su obispo, no volver a delinquir, debiendo permanecer en una prisión por la falta cometida, y si después de este, robare de nuevo, dejad que los hombres le maten o le cuelguen como a sus mayores.[132]

The Year Book of Edward I. El Rey Eduardo I, en el siglo XIII, estableció que los niños menores de 12 años no serían condenados por delitos de robo, como consta en *The year book of Edward I*.[133]

Tribunal de Equidad de Enrique VIII.[134] Enrique VIII, estableció el tribunal de equidad, como parte de la *Common Law*, ya que el estado a su agente, deben considerarse como el último de los parientes del niño necesitado de protección, ya que el Rey es el *Prens Patrie* que debe cuidar el equilibrio de todos los intereses y por tanto, tutelar a los menores.

En lo referente a los niños delincuentes se establece la irresponsabilidad por la falta de *mens rea*. En caso de que un menor no tenga ninguna clase de bienes el señor feudal debe hacerse del huérfano.

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

Parens Patrice.[135] Es una antigua doctrina del *Cammon Law*. Las cuestiones vinculadas a los niños fueron reguladas bajo la doctrina del *parens patrice*, esta doctrina indicaba que el Rey era, figurativamente el padre de la nación y como tal asumía la responsabilidad por todo asunto que involucraba a los niño; este poder discrecional del *chancellor* se ejercitaba, con quienes no habían cumplido los 18 años.

---

[131] *Ídem.*
[132] *Op. cit.*, Solís Quiroga, Héctor, p. 8.
[133] *Op. cit.*, Raggi y Ageo, p. 16.
[134] Peña Hernández, Jiose, *La Delincuencia de los Menores,* Editorial Botas, México, 1937, p.p. 30-31.
[135] Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Justicia Restaurativa*, Rubinzal - Culzoni Editores, Argentina, 2004, p.p. 49-50.

La filosofía de esta doctrina enfatiza el tratamiento, la supervisión y el control del menor infractor, en lugar de la punición tradicional, indica el poder y la responsabilidad del estado en proveer protección a los niños cuyos padres no les proporcionan los cuidados apropiados, de allí que el ofensor juvenil necesite la intervención benevolente del estado.

Posee diversos tipos de casas de detención, uno lo constituyen los *hosteles*, semejantes a nuestras casas de familia, donde se internan los menores que trabajan, terminado su trabajo regresan al *hoste* y allí duermen y toman su comida.

Birmingham y Liverpool. Los menores internados, no salen al exterior, permanecen en el *hom* donde reciben instrucción durante el tiempo de su permanencia, en las pequeñas localidades donde no existen instituciones especiales de detención, cuando no sea aconsejable la convivencia del menor con su familia, permanecen en casa de un funcionario de la policía casado o un *probation oficer*.

Cárceles de Inglaterra en 1789. John Howard, en su obra Estado de las Cárceles en Inglaterra y Gales de 1789, propuso las siguientes reformas: separación del recluso por sexo y edad, ya que en ese tiempo las mujeres, los niños y los hombres compartían la misma celda.[136]

Prisión de la Isla Wight de 1834. Fue una prisión exclusiva para menores de 18 años, en donde se les enseñaba oficios para rehabilitarlos a la sociedad.

Juvenile Offenders Act y la Reformatory School Act de 1847. Se creó la *Juvenile Offenders Act*, con el fin de mejorar la situación de los infractores juveniles. Se implantó una jurisdicción sumaria para juzgar a los menores delincuentes de 14 a 16 años. Se ordenó la reclusión separando a los menores de los adultos delincuentes y, se estableció la libertad bajo palabra.

Summary Jurisdiction Act de 1849. Fue reformada la *Juvenile Offenders Act* y La *Reformatory School Act* de 1847, ordenando que los menores de 14 a 16 años fueran juzgados sumariamente.[137]

Reformatory School Act de 1854. Se determinó recluir por separado a los menores delincuentes para rehabilitarlos en centros separados para los delincuentes adultos. Se estableció la libertad bajo palabra para los menores que hubieren cumplido en reclusión las tres cuartas partes de su pena.[138]

Escuela Tipo Reformatorio de 1854. Aparece dicha institución con la intención de reformar la vida de los menores delincuentes y mediante la rehabilitación mandarlos a la sociedad con un oficio mediante el cual cambiara su vida.

[136] Machiado, Jorge, *El Derecho Penal a Través de las Escuelas Penales y sus Representantes*, Bolivia, Centro de Estudios de Derecho, 2009, p. 36.
[137] *Op. cit.*, Solís Quiroga, Héctor, p. 33.
[138] Bonger, W. A., *Introducción a la Criminología*, Fondo de Cultura Económica, México, 1943, p. 91.

Primera Corte Juvenil en Birmingham de 1905.[139] Se funda la primera Corte Juvenil en Birmingham, para conocer los delitos cometidos por los menores, aplicando normas de corrección y rehabilitación. En el mismo año se implantó por todo el Reino Unido.

Se estableció la conducta de separar a los niños que hubieran cometido delitos graves, de los que fueren autores de delitos leves. Por principio siempre quedaban detenidos los primeros, en tanto los segundos quedaban en libertad a menos que ella les fuera perjudicial.

Probation of Offender of Crime Act de 1907. Estableció el sistema de probación, o libertad vigilada, y la preocupación por prevenir los delitos.

Prevention of Crimen Act de 1908. Nace la corriente de prevención del delito.

Código de la Infancia o *Children Act* de 1908. Era un verdadero Código de la Infancia, que trata todos los aspectos de la protección a la minoridad. Se crearon los Tribunales Juveniles que iniciaron su funcionamiento en la ciudad de Birmingham.

Poor Law Act de 1932. Protegía y tutelaba a los menores de edad.

Children and Young Persons Act de 1933. Protegía a los menores y a los adultos.

Englantyne Jaebb. Activista inglesa, impresionada por los sufrimientos de los niños durante la primera guerra mundial, hizo un llamado al mundo, ¡salvad a los niños!.[140]

Disminución de la Edad Mínima para Exigir Responsabilidad Penal. La presunción de incapacidad de culpabilidad de la que gozaban los niños de 10 a 14 años, ha sido derogada por *el Crimen and Disorder Act* de 1998, presumiendo que un niño de 10 años es enteramente responsable de sus actos y podrá ser juzgado por un tribunal de menores.[141]

1.1.6.8. Italia. Es la época donde el derecho presenta la más grande evolución y progreso, durante los siglos XII al XVII, glosadores, posglosadores y sistematización del derecho, en esta época se propugna un derecho especial para los menores de edad y se reservaba la pena hasta que el menor alcance la mayoría de edad.[142]

---

[139] Iturbe Valdés, Andrés, *La Implantación de Tribunales para Menores en todo el País*, México, 1937, p.p.13-14.

[140] Tornero Díaz, Carlos, *Medidas de Orientación, Protección y Tratamiento al Menor en la Reforma al Artículo 18 Constitucional*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2680/13.pdf, fecha de consulta: Octubre 2011.

[141] *Op. cit.*, Vázquez González, Carlos.

[142] Alemán Monterreal, Ana, Reseña Histórica sobre la Minoría de Edad Penal, Universidad de Almería, España, 2007, ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2506/1/AD-11-3-pdf, fecha de consulta: Septiembre de 2011.

Los glosadores y posglosadores manteniéndolos tres periodos de la menor edad, con alguna variante del derecho romano, no se pronunciaron expresamente sobre la responsabilidad penal en dichas edades, no obstante, parece advertirse, una paridad entre el menor y el incapaz, siempre que estas fuesen de escasa edad, y en este sentido, afirmaron la irresponsabilidad del incapaz, estableciendo, además, que sus guardadores, generalmente los padres, estaban obligados a vigilarlos.[143]

Algo mas explicita parece ser la posición sostenida por el derecho canónico, que adoptando fundamentalmente la distinción romana, señalaba determinadas edades en relación a las consecuencias provenientes del delito.[144]

El límite mínimo de edad para exigir responsabilidad se concretaba en los 7 años, hasta esa edad, la capacidad y subsiguiente responsabilidad será una cuestión apreciable en cada caso en concreto y que, por lo demás, podía constituir una circunstancia atenuante. La plena responsabilidad parece hallarse en la pubertad, fijada, ahora en 14 años para ambos sexos.

Pero, ciertamente, como lo ha sostenido Cuello Calón, en nuestra legislación penal con autoridad a las partidas no se encuentra una doctrina orgánica sobre la punición de los delitos cometidos por los menores. En efecto, en los textos legales anteriores a las partidas solo se encuentran disposiciones aisladas, confusas y entremezcladas con otros temas.[145]

Constitución de Sicilia de 1200. Tenía procedimientos que establecían la inmunidad de penas para niños los que hubiesen cometido homicidio y exceptuaban de la pena de muerte a los menores de 18 años.[146]

Cesar de Beccaria. De manera esencial toca el tema de la prevención de delito por medio de la educación cuando se trata de los menores. Efectivamente en uno de sus capítulos, Beccaria apuesta por una dirección adecuada en las inquietudes de los jóvenes por medio de una formación en las virtudes que lograría una socialización satisfactoria y sugiere una vigilancia permanente en la educación del joven que sustituya a la represión de la infancia, con la que se obtiene solo una disimulada y momentánea obediencia.[147]

Circular del Ministro de Justicia de 1908. Ordenó que para juzgar a los menores se tomara en cuenta los aspectos sociales, familiares, educativos y de medio ambiente, como elementos de juicio.[148]

---

[143] *Ídem*.
[144] *Ídem*.
[145] *Ídem*.
[146] *Op. cit.*, Kemelmajer de Carlucci, Aida, p. 21.
[147] De Beccaria, Cesar, *Tratado de los Delitos y las Penas*, 17ª Ed, tomada de la 14ª. Ed. facsímil, Editorial Porrúa, México, 2008, p. 129.
[148] *Op. cit.*, Raggi y Ageo, p. 40.

Obra Nacional para la Protección de la Maternidad y la Infancia de 1925. Se creó para el cuidado maternal e infantil y, comenzó a intervenir para mejorar la situación de los menores.

Código Penal de 1930. Ordenó que los menores fueran protegidos mediante internado en instituciones hasta su juventud y, estableció la absoluta irresponsabilidad hasta los catorce años, pudiendo dejarlos en libertad vigilada o darles tratamiento en un internado para su reforma, de los catorce a los diez y ocho, habría que resolver la cuestión del discernimiento para que, en caso positivo se impusieran penas atenuadas.

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

Filipo Grispigni. Esta de acuerdo con la aplicación del Derecho Penal de Adultos a los menores de 18 años o que se les aplique la pena de muerte. Siguió la Tesis de Edmundo Mezger, anteriormente mencionada.[149]

Código Penal de 1940. Conservó un verdadero y autentico poder punitivo doméstico, libre de toda forma de control o limitación, establecía que el padre que no lograba impedir la mala conducta del hijo puede, confiarlo a una institución de corrección, con autorización del Presidente del Tribunal, estas normas rigieron hasta 1975.[150]

1.1.6.9. Portugal.

Foral de Fortaceda de 1193. Dictó preceptos para no privar de la paz a los menores de 17 años que hubieren cometido delitos.[151]

Ley sobre Tribunales Especiales para Menores del 27 de Mayo de 1911. Se dedicaron exclusivamente a los menores infractores.

Decreto del 15 de Mayo de 1925. Establece las Cortes de Tutela, extendiéndolas a todo el país para beneficio de los niños menores de 15 años. A los menores no se les lleva a la cárcel en ningún caso, sino a lugares de detención denominados refugios. En la actualidad hay tres Cortes Centrales para Menores, ubicadas en Lisboa, Oporto y Coimbra, asimismo, es considerado el primer antecedente de la exclusión de penalidad a los menores.

[149] *Op. Cit.*, Muñoz Conde, Francisco.
[150] Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, Ed. Trotta, Madrid, 1995, p.p. 787 y 805.
[151] *Op. Cit.*, Pérez Vitoria, p.25.

1.1.6.10. Rusia.

Año de 1897.[152] Se expidió una ley relativa a jóvenes delincuentes, indicando que para juzgarlos entre los 10 y los 17 años, debería hacerse a puerta cerrada y en audiencia especial, separada de los asuntos de los adultos; que podían ser defendidos no por abogados, sino por persona de su confianza y los padres podían tomar parte en los debates. Ello establece ya desde esa época condiciones que posteriormente han sido características de la acción de los tribunales para menores.

Para el Código Penal ruso la minoría penal estaba considerada hasta los 16 años, pudiendo imponerse hasta los 14, medidas pedagógicas y de los 14 a los 16, medidas también pedagógicas, pero con la opción de aplicar medidas judiciales correctivas, en caso de no surtir efecto las anteriores.

Es un precedente con equivalencia en otras naciones, de la discreción con que tenía que manejarse a los menores delincuentes, surge desde finales del siglo antepasado y comienzos del siglo veinte. Se aspira a remplazar totalmente la idea de represión o responsabilidad moral, por la instauración de un sistema psicopedagógico tutelar y proteccionista. A pesar de estos cambios se mantenían los castigos al menor ya que era considerado como un objeto al cual no se le reconocía sus derechos.

Comisariados de Instrucción Pública del 14 de Enero de 1918. La ley creó Comisariados de Instrucción Pública, para atender, por etapas, a los menores de 17 años.

Medidas Medico Pedagógicas del 26 de Marzo de 1926. Se aplicaban medidas medico pedagógicas, debiendo poner especial interés en los hechos cometidos por jóvenes de 14 a 16 años.

07 de Abril de 1935. Se comenzaron a aplicar nuevamente penas comunes y, en ciertos delitos hasta la pena de muerte, a partir de los doce años de edad, lo que marca un notorio retroceso en la comprensión que se venía teniendo para los casos de menores de edad.[153]

1.1.6.11. Suecia.

Congreso Penitenciario Internacional Celebrado en Estocolmo en 1878. En dicho Congreso se resolvió que, los niños delincuentes no debían ser castigados, sino educados para permitirles ganarse honestamente la vida y ser útiles, no perjudiciales para la sociedad.[154]

[152] *Ibídem*, p.p. 41-42.
[153] *Ídem*.
[154] *Op. Cit.*, Platt, Anthony, M., p.8.

El Código Penal, establecía para los menores de 15 años, se deberían imponer medidas cautelares y que, de los 15 a los 18 años, se imponían penas atenuadas.

Ley de Menores del 15 de Junio de 1935. Se expidió una ley que entro en vigor hasta 1938, decretando que, cuando los menores tuvieran de 18 a 20 años, el tribunal, previo acuerdo con el Consejo de Protección a la Infancia, impondrá penas que deberían cumplirse en una cárcel juvenil y cuya duración seria de 1 a 4 años. Establecía la mayoría penal desde los 21 años de edad.[155]

1.1.6.12. Suiza.

Ordenanza de 1862. Los primeros antecedentes modernos diferenciales en el caso de los menores pueden encontrarse en disposiciones relativas a limitar la publicidad de los hechos de naturaleza penal supuestamente cometidos por menores. Se creó disposiciones de inimputabilidad penal de los menores de 14 años.[156]

Ley Especial de 1872. La ordenanza se transformó en esta Ley especial, con disposiciones que incluían además la inimputabilidad penal de los menores de 14 años.

Ley Norways Child Welfare Acts de 1892. Se aprueba en el año de 1896, y puesta en vigor en 1900, constituye el documento jurídico más importante. Incluía la inimputabilidad de los menores de 14 años; Aumento la edad de la responsabilidad para sustraer a los niños del sistema penal de adultos. Impuso sanciones específicas para los niños delincuentes y, prohibió la publicación de los juicios de menores.[157]

Sistema de Libertad Vigilada de 1908. En el año de 1908, fue de los primeros países en abandonar el criterio de discernimiento, estableció como edad límite los diez y ocho años. Implantó el sistema de libertad vigilada, asimismo, excluyó al menor del Derecho Penal Común.

Código Penal de 1937. Predominó el concepto de educación y se detalla el tratamiento de rehabilitación para los menores, tomando en cuenta los aspectos psicológicos que rodean al hecho delictivo de los menores.

En la actualidad en la mayoría de los cantones suizos, que tienen legislaciones diferentes, han dictado disposiciones para favorecer a los menores y para aplicarles medidas tutelares.

[155] *Op. cit.*, Solís Quiroga, Héctor.
[156] Cuello Calón, Eugenio, *Tribunales para Niños*, Librería de Victoriano Suarez, Madrid, 1917, p. 20.
[157] *Ídem*.

En la mayoría de ellos pueden imponerse pena al adolescente cercano a la edad límite, cuando ha cometido hechos graves.

1.1.7. Antecedentes Legislativos en Diversos Países de América.

1.1.7.1. Argentina.

Ley Agote de 1919.[158] Se creó la Primera Ley Especializada de Menores, por influencia de esta iniciativa se extiende la Jurisdicción Tutelar al resto de los países latinoamericanos, orientados en las formulaciones de la Doctrina de la Situación Irregular.

A los Jueces de Menores se les asigna por ley una función de tipo tutelar para el caso de niños abandonados, desamparados, víctimas de delitos, en peligro físico o moral, y al mismo tiempo son competentes en materia penal para enjuiciar a jóvenes de menos de 18 años acusados de cometer conductas delictivas.

Los Tribunales de Menores desempeñan su función jurisdiccional a través de un juez unipersonal. La Ley de Patronatos de Menores, que autorizaba a los jueces ordinarios para intervenir con facultades exclusivas y sin limitaciones, en los procesos promovidos contra menores.

Limita el poder de los padres, entregan ese poder discrecional a los jueces, el patronato estatal sobre los menores abandonados, les niegan las garantías del sistema penal y legitiman un sistema de sanciones para-penales, que incluyen distintos tipos de encierro y castigo.

Código Penal de 1922.[159] Su Código Penal, estableció no ser punible la conducta de los niños menores de 14 años, por lo que se seguirían viviendo con sus padres, pero, si fuere peligroso dejarlos a cargo de ellos, se les internaría en un establecimiento correccional hasta los 18 años y si estuvieren pervertidos ello se prolongaría hasta los 21 años.

Si un joven tuviere de 14 a 18 años de edad, y la ley ordenare una pena menor para el delito cometido, se daría igual solución que en los casos anteriormente dichos, pero si la ley impusiere una pena mayor, se aplicaría con las atenuaciones que correspondieran a la tentativa.

Determinó la creación de establecimientos de tipo correccional para jóvenes de 14 a 18 años, que podría prolongarse hasta los 21 años en casos graves, se determinó la irresponsabilidad de los niños menos de catorce años. Asimismo, se declaraba la irresponsabilidad de los niños menores de 14 años.

[158] Foucalt, Michel, *La vida de los Hombres Infames*, Ediciones de la Piqueta, Madrid, 1990, p. 58.
[159] Turbio de Barba, Georgelina M., *Delincuencia y Servicio Social*. 2ª Ed., Humanitas, Buenos Aires, 1972.

Ley de Patronatos. Concede a los jueces ordinarios, facultades exclusivas e ilimitadas para actuar con menores.

Primera Ley que Creó los Tribunales de Menores en Buenos Aires. Se creó en el año de 1938; dichas leyes dispusieron:

> **A).** A los niños y jóvenes, no se les reconocen plenamente los derechos procesales fundamentales aplicables para los adultos.
>
> **B).** Mezclan lo asistencial con lo penal.
>
> **C).** Dejan a los menores fuera del sistema penal, como sujetos de derechos, pero materialmente ejercen control social coactivo sobre ellos.
>
> **D).** Causan de hecho, una institucionalización de la pobreza.

A pesar de lo antes expuesto, Argentina está también iniciando programas y propuestas novedosas como es el caso de la mediación en la justicia de menores infractores.

Tribunales de Menores en Mendoza y Santa Fe. Se crearon en Mendoza y Santa Fe, en el año de 1939.[160]

Tribunal Colegiado de Menores. Se creó en el año de 1939, la Provincia de Córdoba en su Código de Procedimientos Penales, promulgó la formación de dicho Tribunal, iniciando funciones en 1942.

1.1.7.2. Brasil.

Código Penal de 1890. Consideraba la absoluta inimputabilidad hasta los 9 años de edad, de los 9 a los 14 habría que resolver la cuestión de discernimiento, ni de los 14 a los 17 se consideraba que los actos eran ejecutados con discernimiento, pero deberían imponerse penas atenuadas.

Ley sobre Menores Delincuentes del 05 de Enero de 1921. Se expidió, para regular los ilícitos cometidos por los menores de edad. El órgano jurisdiccional de menores se ejerce por juez unipersonal, siendo obligatoria la participación de un curador con funciones de promotor público, de abogado y de un médico psiquiatra; todos designados por el Presidente de la República.[161]

[160] Sevane, María Isabel, *Instituciones Tutelares del Menor en el Siglo XVIII*, Revista de Historia del Derecho, Núm. 5, Buenos Aires, 1977.
[161] *Op. cit.*, Raggi y Ageo, p. 40.

Legislación sobre Asistencia y Protección de Menores de 1923 y 1924. Para regular el aspecto asistencial y de protección a los menores de edad que delinquen.[162]

Código de Menores del 12 de Octubre de 1927. Se expidió el Código de Menores que creó los juzgados de menores en el Distrito Federal, ordenando que hasta los 14 años el menor siguiera a cargo de sus padres; si ello no fuere posible por cualquier causa, se le internaría en una correccional.

De los 14 a los 18 años se le daría tratamiento especial, pero si estuviere abandonado, se le internaría en una escuela de reforma de 1 a 5 años y si estuviere o pervertido se le internaría de 3 a 7 años.[163]

Consideraba inimputables a los menores hasta los 9 años, de los 9 a los 14 seguía la Teoría del Discernimiento y de los 14 a los 17 se les aplicaba penas atenuadas.[164]

Código del Menor de 1980. Aparece el Código del Menor, que cuenta con importantes avances relativos a la intervención estatal para la protección de la infancia.[165]

1.1.7.3. Canadá.

Año de 1894. Se autorizó a los jueces ordinarios para que los juicios contra menores de edad, se desarrollaran en el ambiente privado de su propio despacho. Cada provincia ha fijado su propia edad límite de la minoría penal.[166]

Ley Juvenile Delinquents Act de 1929. Establece que hasta los 7 años, el menor es absolutamente inimputable, de los 7 a los 14 años se deberá de investigar el discernimiento, como lo establece el Código Penal, pero la *Juvenile Courts*, impondrá solamente medidas educativas y siendo mayor de 14 años, la Corte Juvenil puede pasar el caso a los Tribunales Ordinarios. Se expidió con carácter de Ley Federal y que venía a complementar a las disposiciones del Código Penal.[167]

Sistema de Justicia Reparativa. Regula la situación de los menores que delinquen. En este esquema, los adolescentes desde los 12 años hasta los 17, tienen responsabilidad penal que será resuelta y definida por un Tribunal especializado en delincuencia juvenil.

---

[162] *Ídem*.
[163] *Op. cit.*, Pérez Vitoria, p.p. 47-48.
[164] *Op. cit.*, Solís Quiroga, Héctor. p. 42.
[165] *Ídem*.
[166] *Ídem*.
[167] *Op. cit.*, Pérez Vitoria, p.p.54-55.

La Justicia Reparativa se Organizó en Dos Niveles. *Primer Nivel*: Se rige por la Ley de Protección de la Juventud, que crea un organismo administrativo, no judicial, cuya finalidad es proporcionar asistencia social a la niñez desvalida; *Segundo Nivel*: Es el relativo al régimen de menores infractores y se ocupa de los jóvenes delincuentes. Este sistema busca evitar la reclusión de los menores infractores y, en cambio, hace ineficaz la prevención, la adaptación y la reparación del daño.

1.1.7.4. Chile.

Ley de Protección de Menores del 23 de Octubre de 1928.[168] Se crearon los Tribunales de Menores, fijo como edad límite los 21 años, imponía medidas pedagógicas y tutelares hasta los 16 años. De los 16 a los 20 años, debía resolverse la cuestión del discernimiento.

Si el menor había obrado sin discernimiento, se aplicaban las medidas ya mencionadas, pero si obraba con discernimiento deberán imponerse las penas comunes, solo que para cumplirse en sección especial del establecimiento para mayores. La ley mencionada es aplicable a los menores de 20 años, que se encuentran en situaciones especiales como:

A). Menores inimputables, inculpados de cometer un crimen simple, delito o falta. (Artículo 18.).

B). Menores abandonados. (Artículo 22.).

C). Menores cuyos padres se encuentran en caso de inhabilidad física o moral (Artículo 22.).

D). Menores en peligro material o moral, caso en que se entenderá que ambos padres se encuentran inhabilitados (Artículo 22.).

E). Respecto de todos los niños el Tribunal dispone de un mismo catálogo de medidas que incluye desde la devolución a sus padres hasta la internación de un reformatorio. (Artículo 21.).

1.1.7.5. Colombia.

Juez de Menores del 11 de Noviembre de 1920. Se creó el Juez de Menores extendiéndose a cuatro ciudades; se estableció que la minoría se consideraba hasta los 17 años, por lo que pocos delictuosos cometidos entre los 7 y esa edad, requerían de la intervención de tales tribunales que impondrían medidas tutelares y en su caso, internación por tiempo indeterminado, establecía además la libertad vigilada.[169]

[168] *Ibídem*, p.p. 49-50.
[169] *Op. cit.*, Solís Quiroga, Héctor. p. 45.

Se creó la figura del Juez de Menores, estableció por ley, la minoría de edad hasta los 17 años. A los menores infractores cuyas edades oscilaran entre los 7 y los 17 años, se les impondrían medidas tutelares pudiéndoseles decretar la libertad vigilada.[170]

1.1.7.6. Costa Rica.

Cuenta con una legislación penal dirigida a los menores de 18 años de edad; establece para los menores las mismas garantías para el juzgamiento de los adultos y además las que les corresponda por su condición especial de menores.

El juzgamiento de los menores, queda regulado por una serie de principios rectores tales como; el derecho a la igualdad y a no ser incriminados. En principio podemos afirmar que el texto recoge los principales postulados técnicos al establecer, una serie de reglas y garantías según las cuales rigen también para los jóvenes de 12 a 18 años, todas las garantías previstas para el juzgamiento de los adultos, y además las que les corresponden por su condición especial de menores.

La nueva legislación señala en forma expresa que el juzgamiento de adolescentes queda regulado por una serie de principios rectores tales como el derecho a la igualdad y a no ser discriminados, el principio de justicia especializada, el principio de legalidad, el principio de lesividad, la presunción de inocencia, el derecho al debido proceso legal, el derecho a no declarar y el derecho a no auto incriminarse, el principio del *non bis in ídem*, el principio de la irretroactividad de la ley, el derecho a la privacidad, el derecho a la defensa, el in dubio pro reo, el principio de proporcionalidad, el derecho de audiencia, entre otros.

Estas garantías y principios son expuestos y desarrollados prácticamente en todo el articulado de la ley, de manera que con ello se destierran viejas prácticas y vicios como aquellos que permitieron durante mucho tiempo la aplicación de medidas cautelares, a menores de edad que no habían delinquido pero que se encontraban, según resolución de la autoridad tutelar, en situación de riesgo social, o estado de peligro.

En el modelo costarricense, los sujetos a quienes se dirige la moderna Justicia Penal Juvenil son menores de 18 años, con la posible fijación de dos franjas:

Una que va de más de 12 años a menos de 15, y otra que se aplica a los jóvenes de más de 15, pero menores de 18 años de edad, según las disposiciones de las Naciones Unidas, contenidas especialmente en la Convención de los Derechos del Niño, las Reglas Mínimas de las

[170] Martínez López, Antonio, *Rehabilitación del Menor Desadaptado Social*, Universidad Externa de Colombia, Bogotá, 1976, p. 38.

Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil.

El principio de justicia especializada que priva en el sistema en comento, supone una jurisdicción penal juvenil compuesta por juzgados penales juveniles, tribunales superiores juveniles, cuerpos de fiscales y defensores especializados en la materia penal juvenil y una policía investigadora especial para menores de edad.

Para la etapa de ejecución de sanciones, se prevé la creación de jueces de ejecución de sanciones, quienes tendrán en cuenta que el fin de la sanción penal juvenil es eminentemente pedagógico y que el objetivo fundamental del marco sancionatorio es el de fijar y fomentar las acciones que permitan al menor de edad su permanente desarrollo personal y su reinserción en la familia y en la sociedad, sin olvido de que la sanción comporta igualmente una limitación de los derechos del individuo y que en este sentido responde también a los criterios de la prevención general. En atención a lo expuesto, pueden concluirse las siguientes características en la ley de Costa Rica, en relación a los menores:

1. Limita la competencia del juez a la resolución exclusiva de conflictos penales.

2. Señala una edad entre doce y diez y ocho años para la aplicación de la jurisdicción de menores.

3. Reconoce el principio de presunción de inocencia.

4. Establece la no privación de la libertad ni la imposición de medida alguna sin que se cumpla el debido proceso legal.

5. Incorpora el derecho a la defensa, a ser oído en juicio y a que la sanción que se aplique se imponga una vez comprobada la participación del sujeto activo en el hecho delictivo.

6. Las sanciones deben ser proporcionales al delito.

7. Prohíbe la imposición de penas y medidas indefinidas e indeterminadas.

8. En la actualidad la privación de la libertad o el internamiento en Costa Rica es la medida tutelar menos utilizada

1.1.7.7. Estados Unidos de Norteamérica.

Siglo XVIII. Siguiendo lo dispuesto por el *Common Law* inglés y norteamericano, los niños de menos de 7 años eran considerados incapaces para cometer actos criminales, en cambio, los mayores de 14 años tenían completa responsabilidad.[171]

[171] Lejins, Meter, P., *El Problema de la Delincuencia Juvenil en Estados Unidos, 50 Años de Criminalidad*, Editorial Porrúa, México, 1984. p.p. 57-73.

Siglo XIX. Se mantuvo a los menores de 7 años como irresponsables, pero a partir de esta edad la responsabilidad dependería de la capacidad del sujeto para entender el acto cometido, y es un hecho que hubo niños que no alcanzaban los 12 años de edad y, fueron sentenciados a pena de muerte.

Primer Reformatorio Juvenil de 1825. Se estableció el Primer Reformatorio Juvenil en Nueva York.

Reformatorio de Boston de 1826. Se creó un reformatorio en Boston.

Reformatorio de Pensilvania de 1828. Se creó un reformatorio en Pensilvania, dando inicio con esto a una nueva etapa en el derecho de menores que buscaba la protección infantil más que su castigo.

Casas de Cuna o de Crianza de 1853. Se crearon en Nueva York, casas de cuna o de crianza, para ayudar a niños huérfanos, abandonados o rechazados.

Escuela Reformatorio de Westboro de 1853. Se crea la Escuela Reformatoria de la Ciudad de Westsboro en el Estado de Massachussets, fue el primero en crear una Escuela Reformatoria, con una sección especial en los Tribunales para juzgar a los menores de edad.[172]

Sección Especial de los Tribunales de Menores de 1863. Se creó especialmente para juzgar a los menores de edad.[173]

Libertad Vigilada de 1868. En Massachussets, se creó la Liberta Vigilada con el nombre de *probation*.[174]

Agente Visitador de 1869. Se designa en la ley un agente visitador para los hogares de los niños objeto de problemas de carácter penal, quienes deberían representarlos judicialmente y procurar que fueran colocados en casas o instituciones que sirvieran a sus intereses. Estableció las audiencias especiales para menores, separados de los adultos.

Separación de Niños y Adultos. Se establecieron audiencias para menores separándolos de los adultos, en el año de 1870.

Sistema de Libertad Vigilada de 1871. En Boston, se logró la tramitación por separado de los juicios de menores, y como resultado de esto, surge en Massachussets el sistema de libertad vigilada.

[172] Ceniceros y Garrido, *La delincuencia infantil*, Ediciones Botas, México, 1936, p.15.
[173] *Ídem*.
[174] *Ídem*.

Proyecto de un Tribunal de Menores de 1891. El Juez de la Corte Superior del condado de Cook, Illinois, Mr. Harvey H. Hurd, presentó un proyecto ante la legislatura del Estado de Illinois, para crear un Tribunal de Menores.

La *Bar Association Womens Club* de Chicago, tomando en consideración los resultados obtenidos en Masschussets, presento una iniciativa para la creación de un Tribunal para menores bajo el sistema de prueba.

Estableció la excluyente de responsabilidad criminal para los menores de 10 años, los mayores de esa edad iban a la cárcel a disposición de la *childrens court*, que tenía un local especializado. Se limitó notoriamente la publicidad de los casos y continúo existiendo, como institución fundamental, la libertad vigilada.

System of Probation de 1892. Se creó en Nueva York, se logró separar la tramitación por separado de los Juicios de Menores, y como resultado de esto, surge en Massachussets, el sistema de libertad vigilada, conocida como *The System of Probation*.[175]

Kate D. Wiggin. Esta educadora publicó en 1892, *Childrens Rights* donde no solo plantea la necesidad de defender los derechos del niño, sino que otorgaba un contenido específico al concepto.

Primer Tribunal de Menores de 1899.[176] Se logró el establecimiento del Tribunal de Menores en el Condado de Cook, Illinois, para juzgar a jóvenes delincuentes, sirvió de base para todos los Estados de la Union Americana.

En Estados Unidos, cada Estado tiene su propio sistema judicial de adolescentes diferente que refleje sus propios requerimientos, tradiciones, convicciones y costumbres. Muchos Estados adoptaron un modelo tutelar flexible y compasivo, en lugar de un sistema judicial penal severo y orientado a la imposición de castigos.

Rechazaba la idea de crimen y no se adjudicaba responsabilidad a los niños y menores que cometían actos tipificados como ilícitos penales, y en lugar de ello, sostenían que había que curar y rehabilitar o readaptar a los jóvenes, por ello desde su captura hasta su confinamiento en una institución debían regirse por criterios clínicos y no punitivos.

Se funda bajo la denominación de *Childrens Court of Cook County*, como un área dependiente de la corte de circuito inconstitucional por lo que no pudo convertirse en Ley, como culminación de muchos años de intensa labor jurídica, encaminados ya a la protección de los menores infractores.

[175] Mck., J.W, *The Juvenile Court Harvard Law Review*, Vol. 23, Num.104, Boston, 1975, p.p. 119-120.
[176] Apartado elaborado con información obtenida de: *Ídem*.

La nueva legislación vino a crear mecanismos al margen del derecho pena para adultos, para juzgar a los jóvenes delincuentes, sirviendo de base para que todos los estados de la Unión Americana y prácticamente todas las sociedades modernas establecieran a partir de entonces, procedimientos legales especiales para conocer de los asuntos sobre menores que presentan conductas delictivas.

Hoy en día, Estados Unidos no tiene un sistema judicial único para menores infractores, y si bien los estados prestan atención a lo que hacen otros estados, y lo que hace un estado puede influir en otro, cada uno de ellos tiene el derecho de establecer y poner en práctica un sistema judicial de adolescentes diferente.

Cabe mencionar que son varios los estados que reconocen el hecho de que inherente a este sistema existe una diferencia fundamental entre las leyes que protegen a los menores del maltrato, el descuido y el abandono, y las que atienden el comportamiento delictivo.

Los Tribunales de Menores en Estados Unidos, han experimentado cambios radicales desde sus inicios en 1899, con la fundación de este Tribunal, nace el fuero especial de menores.

Tribunal de Menores de Denver de 1901. Se creó el segundo tribunal de menores en Denver, Colorado, interviniendo un juez que, por sus luchas públicas a favor de la niñez y la juventud, llego a ser famoso y combatido por Ben B. Lindsey.[177]

Tribunal de Menores de Philadelphia de 1901. Creó su *Juvenile Court*, pero la Suprema Corte, declaro inconstitucional su ley, porque no se obedecía disposiciones en la ley fundamental en el sentido de que el menor fuera juzgado por un jurado y porque se le negaba el derecho de apelación.[178]

Jueces Paternales de 1902.[179] Se funda la Corte de Jueces Paternales; en los años cincuenta y sesenta, los analistas señalaron en los jóvenes transgresores una tendencia hacia la comisión de actos delictivos más violentos.

El sistema jurisdiccional tuvo que enfrentar severas críticas y cuestionamientos en torno a su efectividad. Los estados respondieron con el establecimiento de programas de prevención y de vigilancia vecinal, así como con la imposición de sanciones más estrictas para intentar frenar el incremento de delitos violentos cometidos por menores.

Algunos estados modificaron sus procesos para poder trasladar a una institución penal de adultos, luego de su sentencia condenatoria impuesta por un tribunal tutelar. En otras

[177] *Ídem*.
[178] León Rey, José Antonio, *Los Menores ante el Código Penal Colombiano*, Imprenta Nacional, Bogotá, 1939, p.11.
[179] Apartado elaborado con información obtenida de: *ídem*.

entidades, el joven podía ser transferido a un tribunal de adultos en una etapa más temprana del proceso para ser encausado como adulto.

Se produjo una reacción contra el enfoque paternalista y protector motivada por varios casos de gran notoriedad que dirigieron la atención de los medios de comunicación al sistema de justicia de menores. Crece y se reafirma la impresión de que los homicidas, violadores, transgresores sexuales, saltantes y otros delincuentes juveniles peligrosos eran puestos en libertad sin haber enfrentado las consecuencias que correspondían a sus acciones.

En la actualidad se extiende a los menores, el derecho a la notificación de las acusaciones contra ellos, el derecho a ser representados y defendidos por un abogado, el derecho al careo, el derecho a no incriminarse a sí mismo, el derecho a un juicio público y a la transcripción del proceso judicial, el derecho a la apelación, de la misma manera que se le garantizan dichos derechos procesales a los adultos.

Sin embargo, debido a la percepción de inseguridad y a la convicción generalizada de que el sistema de justicia para menores carecía de efectividad y de severidad, muchas legislaturas locales en Estados Unidos, modificaron sus ordenamientos jurídicos para adoptar una línea dura contra la criminalidad infanto-juvenil.

Algunos incluso transfirieron, como señalábamos anteriormente, el poder y la autoridad de los tribunales de menores al sistema de justicia penal ordinario de adultos.

Ellen Key. Escribió en el año de 1900, el libro *El Siglo De Los Niños* en el que plantea ideas que fortalecieron la noción de derechos del niño por ejemplo: Defendió el derecho de los hijos a tener una familia unida por el amor y la armonía.

En la educación no debe haber castigos, habría que respetar la personalidad de los niños, no obligándolos por un método impuesto por los adultos.

Juvenile Court de New York de 1902. Inicia sus trabajos ocupándose solamente de delitos leves, debidos a la concurrencia del menor a la escuela.

Estatuto de Illinois de 1907. Señalaba que, es delincuente el menor que infringe cualquier reglamentación del estado, o es incorregible o se asocia con ladrones, se aleja de su casa, o crece en la ociosidad o el crimen, o manifiestamente frecuenta una casa de mala reputación o donde se venden bebidas exóticas, o vaga de noche.

Primera Corte Juvenil en 1908. El estado de Utha, estableció el primer sistema de cortes juveniles, al fundar una central y otras regionales o municipales.

Juvenile Psychopathic Institute de 1909. Se creó para encargarse del análisis de los menores delincuentes que comparecían ante el tribunal; pues se consideraba que los trastornos de carácter físico pueden ser en los niños causa indirecta en la delincuencia.

Congreso Penitenciario de Washington Celebrado de 1910. Exigía para los magistrados conocimientos especiales de antropología criminal, de sociología y de psiquiatría y proponía que las facultades de derecho organizaran cursos sobre estas materias.[180]

Wolf Middendorff. Hizo la observación, de que en los Estados Unidos, no hay un tipo unitario de Cortes Juveniles, pues en tanto que hay algunas que casi no difieren de los Tribunales penales, en cambio hay otras altamente especializadas como la de New York y como los Tribunales de Familia, que abarcaban problemas de alimentos, adopción, divorcio y toman conocimiento de problemas de corrupción o criminalidad de los menores y de los hechos cometidos por los adultos contra ellos.[181]

Año de 1910. En treinta y ocho Estados de la Union Americana tenían ya sus tribunales para menores pero todavía recientemente los hechos graves y los menores peligrosos pasaban a los tribunales ordinarios en muchos de ello.[182]

Año de 1940. Los estados de Maine y Wyoming, carecían de cortes juveniles.[183]

Segunda Corte Juvenil de 1941. Se fundó en Connecticut, para atender en forma mas directa e inmediata los problemas de los menores que, dada la extensión territorial hubieran tenido que ser remitidos hasta la capital del estado, con todos los inconvenientes de investigación, prueba y dilaciones en el procedimiento, que eso significa.[184]

1.1.7.8. Uruguay.

Ley sobre Protección de Menores de 1911. Se expidió en dicho año, y posteriormente se integró, con criterios más realistas y modernos, en el Código Penal. Dicho Código ha sido considerado uno de los más grandes aportes en materia de legislación para proteger a la infancia.

Código del Niño de 1934. Se le consideró un código completo y perfecto de la legislación para proteger a la infancia, por lo que es celebre en el mundo.

---

[180] Rosa del Olmo, *América Latina y su Criminología*, Social Science Books, 1999, Google.com/books?isbn=9882310377, fecha de consulta: noviembre de 2011.
[181] Middendorff, Wolf, *Criminología de la Juventud*. Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1963, p. 45.
[182] *Ibídem*, 215-217.
[183] *Ídem*.
[184] *Op. cit.*, Solís Quiroga, Héctor, p.87.

Juez Letrado de Menores de 1934.[185] Se crea el Juez Letrado de Menores, tiene a su cargo resolver casos de menores delincuentes y abandonados, brindándoles protección hasta los veintiún años y resolviendo casos de delitos hasta los 18 años.

Uruguay manejó el modelo tutelar de corte paternalista y protector, y la incorporación de medidas que endurecen al sistema de menores para convertirlo en espejo de la justicia de adultos.

Ha renacido la controversia en torno a la determinación de la minoría de edad y el reclamo popular de bajar dicha edad a 16 años en lugar de los 18 usualmente aceptados pero al mismo tiempo están surgiendo novedosos e innovadores proyectos de prevención y asistencia social para atender a los grupos de jóvenes calificados en riesgo social por sus actitudes, conductas y situación de vida.

1.1.8. Antecedentes Legislativos en México.

En México, el tratamiento de los menores de edad, frente al derecho penal desde la época prehispánica, hasta nuestros días, ha sido objeto de especial atención.

Aztecas, mayas, y otros pueblos, construyeron un marco lleno de crueldad en el que fundamentaban el control social, sin embargo era frecuente que hubiera la separación del dolo y la culpa y que se considerara la minoría de edad como un atenuante.

Durante la conquista y la época colonial, se amalgamaron las culturas española y mexicana, que en algunos casos como el del derecho penal, prevaleció la menos cruel, esto es la peninsular, la edad penal señalaba que los menores de 9 años y medio eran irresponsables y la semi-imputabilidad en los mayores de 10 y menores de 17, y se autorizaba la aplicación de la pena de muerte para los mayores de 17 años.

Como puede verse en la Colonia existió una corriente punitiva complicada que provoco con fusión entre los indígenas y un tratamiento desigual a los menores.

La época de la Independencia, representa la ruptura y la búsqueda de la consolidación de la nacionalidad, durante esta época el derecho penal discrimina a mestizos, indicios, mujeres y a delincuentes menores y adultos, donde se destaca la fundación de la primera casa correccional de San Antonio en 1848, institución exclusiva para delincuentes menores de 16 años sentenciados o procesados.

[185] *Op. cit.*, Raggi y Ageo, p. 41.

Resulta imposible la obtención de datos en torno a la historia del tratamiento legal dado a los menores infractores, a pesar de esto, intentare analizarlo históricamente, separándola en cuatro épocas: Prehispánica, Colonial, Independiente, Actual. En México, como muchas naciones hasta el siglo XX, los menores fueron sujetos del derecho penal.

El derecho penal precortesiano, como todos los aspectos de la vida indígena, se encontraba íntimamente ligado a la religión y al resguardo de la sociedad, consecuentemente resultaba en extremo severo, no exceptuándose de ello al régimen correccional de menores.

El derecho prehispánico no rigió uniformemente para todos sus pobladores, en virtud de que constituían poblaciones diversas, gobernadas por distintos sistemas y aunque abundan las semejanzas, las normas jurídicas varían.

1.1.8.1. Época Prehispánica.

Derecho Penal Azteca.[186] Es el derecho más conocido en esa época y del que más datos se tienen, es un derecho consuetudinario y oral, de aquí la dificultad de su estudio.

El padre ejerce solamente la patria potestad, no teniendo derecho de vida o muerte sobre ellos, tenían además derecho de corrección.

A primera vista podría parecer una sumisión absoluta del menor, al grado de pasar a la categoría de cosa, pero en el pueblo azteca se advierte un respeto extraordinario a la persona humana, principalmente a la protección de los menores, como lo vemos en las siguientes normas; todos los hombres nacen libres, aun siendo hijos de esclavos.

Todos los hijos de cualquier matrimonio, sea principal o secundario (ya que la poligamia es permitida, siempre y cuando se pueda sostener a las esposas.), serán considerados legítimos.

Vender a un niño ajeno es un delito grave y raptar a un niño, se pena con la muerte por estrangulación. Por ello, nos avocaremos a esclarecer en lo posible, la situación jurídica de los menores delincuentes entre los aztecas. La Ley era brutal de hecho, desde la infancia; el individuo seguía una conducta social correcta; el que violaba la ley sufría severas consecuencias.

Se advierte que en esta época, el derecho tuvo su origen en la costumbre, transmitiéndose de generación en generación por aquéllos que cargaban con la obligación de juzgar, sin rastro alguno de derecho escrito.

[186] Elaborado con información obtenida de: Marín Hernández, Genia, Historia del Tratamiento de los Menores Infractores en el Distrito Federal, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1991, p.p. 13-14.

Entre los aztecas, la máxima autoridad judicial era el Rey, quien delegaba sus funciones en un magistrado supremo y éste, a su vez, designaba a los jueces encargados de los asuntos civiles y penales.

Asimismo, las infracciones eran clasificadas según su gravedad; en caso de ser leves, resolvían los jueces menores de lo contrario, resultaba competente un tribunal colegiado, integrado por tres o cuatro jueces.

Observamos que los aztecas, excluían totalmente de la responsabilidad a los niños menores de 10 años, mientras que los 15 años marcaban la mayoría de edad.

Prevalecía una extrema gravedad, siendo la muerte la pena de mayor aplicación, aunque las penas infamantes y los golpes gozaban también de gran maldad, el vicio y la desobediencia juvenil era invariablemente castigada con la pena de muerte.

La menor edad, es un atenuante de la penalidad, considerando como límite los 15 años de edad, en que los jóvenes abandonan el hogar para ir al colegio a recibir educación religiosa, militar y civil, dichos colegios era el *calmecac* para nobles, el *telpuchcalli* para los plebeyos y otros especiales para mujeres.

Uno de los avances más notables, y que más nos interesa, es que los aztecas tenían establecidos tribunales para menores, cuya residencia eran las escuelas.

***Calmecac*.** Se integraba con un Juez Supremo, el *huitznahualt*, y en el *telpuchcalli*, donde los *telpuchtatlas* tenían funciones de juez de menores.

La Conducta de los Menores es Vigilada.[187] *1.* Los jóvenes de ambos sexos que se embriaguen serán castigados con la pena de muerte por garrote; *2.* La mentira en el niño, cuando este se encuentre en educación, se castigaba con pequeñas cortadas y rasguños en los labios del mentiroso, siempre que la mentira hubiese tenido graves consecuencias. *3.* El que injurie, amenace o golpee a la madre o al padre, será castigado con la pena de muerte y será considerado indigno de heredar, por lo que sus descendientes no podrán suceder a los abuelos en los bienes de estos. *4.* Cuando los hijos jóvenes de ambos sexos sean viciosos y desobedientes serán castigados con penas infamantes, como cortarles el cabello y pintarles las orejas, brazos y muslos, estas penas serán aplicadas por los padres; *5.* Si alguna esclava pequeña, que no es de edad para hombre, alguno la toma, es esclavo el que se echo con ella si muere, de otra manera paga la cura; *6.* Si alguno quedo pequeñito y los parientes lo venden y se sabe después cuando es mayor, sacan los jueces las mantas que les parecen para dar al que lo compro y queda libre; *7.* Si algunos vendieron algún niño por esclavo y después se sabe, todos los que en ello entendieron son esclavos y de ellos dan uno al que lo compro y los otros

[187] Apartado elaborado con información obtenida de: *Los Códices de México*, Instituto Nacional de Antropología, Ediciones de la Secretaria de Educación Publica, México, 1979.

los reparten entre la madre de quien era el niño que vendieron y entre el que lo descubrió; *8.* Si el padre pecaba con su hija, moría ahogado o con garrote o le echaban una soga al pescuezo. *9.* Se advierte un adelanto extraordinario en materia jurídica, principalmente en materia penal, en la que las leyes son obligatorias para todos, nobles y plebeyos, en que se conocen y manejan con habilidad los conceptos de culpabilidad, dolo, punibilidad, excluyentes, agravantes.

El niño hasta los 5 años queda con la madre, la cual tiene una obligación absoluta hacia el niño, al grado que la falta de cuidado debe ser considerada como una gran traición.

En caso de enviudar la madre no podía casarse de nuevo hasta no terminar la educación primaria del hijo.

Los menores vivirán en una sociedad de elevadísima moralidad, en que aun las faltas menores se penan con la esclavitud o la muerte, la sociedad azteca cuida de sus niños, los hemos visto en las normas, en su organización social, en los colegios públicos a donde todo niño debe ir.

En una sociedad así es difícil encontrar delincuencia infantil y juvenil, dentro de este marco, no sorprende la existencia de penas tales como pinchazos con puntas de maguey en el cuerpo desnudo de los niños, aspirar el humo de chile tostado, cortadas y rasguños en los labios como ya se mencionó, y como hemos señalado la pena de muerte.*

Derecho Penal de Netzahualcoyotl.[188] Es el primer conjunto de normas jurídico-penales que se registra en la historia del México prehispánico. Este Código penal era exageradamente benévolo con los aristócratas, lo cual era justificado si se toma en cuenta que el poder absoluto se concentraba en un Rey y en un grupo de sus allegados con el objeto de mantener su atroz control sobre las masas populares.

Así, era necesario valerse aun de las formas de represión más crueles, por ejemplo:

> El ladrón después de ser arrastrado por las calles, era ahorcado.
>
> Al homicida se le decapitaba.
>
> El plebeyo que se embriagaba, era muerto.

Estableció que los menores de 10 años estaban exentos de pena, la minoría de 10 años era, por tanto excluyente de responsabilidad penal, la minoría de edad después de los 10 años, era considerada solo una atenuante de la penalidad, y tenía como límite los 15 años de edad en la que los jóvenes abandonaban el hogar para ir al colegio a recibir educación religiosa, militar y civil, los menores que infringían la ley eran, no obstante juzgados de la misma forma que toda

[188] *Ídem*.

la población y después de los diez años, el juez podía fijarles la pena de muerte, la esclavitud, confiscación de bienes o el destierro.

Derecho Penal Maya. Hubo ritos de pubertad, después de los cuales los adolescentes tenían que vivir hasta su matrimonio o hasta los 18 años en casas comunales. Se usaba la figura jurídica del tutor para los menores de edad.

El menor en su primera infancia tenía gran libertad y su primera educación estaba encomendada a los padres, a los 12 años los varones se van del hogar para ser entregados a las escuelas que se dividían en dos:

A). Una para nobles con estudios científicos y teológicos.

B). Otra para los plebeyos, con educación militar y laboral.

La reacción social estaba claramente diferenciada en el campo penal a cargo del estado, y comunitaria con formas primarias. La minoría de edad, era considerada como atenuante de responsabilidad.

En caso de homicidio, el menor pasaba a ser propiedad de la familia de la víctima, para compensar laboralmente el daño causado.

Eran comunes las penas corporales y la pena de muerte, con un sistema parecido al talión y con diferencias entre dolo y culpa. En homicidio intencional, se aplicaba la pena del talión, excepto en los menores, para los cuales la pena era la esclavitud.

El robo también era considerado 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, en las clases nobles era deshonroso convertirse en esclavo a cambio se le reparaba el daño pero además se hacían cortes en la cara del menor ofensor.[189]

1.1.8.2. Época Colonial.

Código Mendocino.[190] Fue realizado por orden del Virrey Don Antonio de Mendoza y data del Siglo XVI; Ordenamiento que disponía castigos extremos para los niños entre los 7 y los 10 años.

[189] Luis Rodríguez, Manzanera, *Criminalidad de Menores*, Editorial Porrúa, México, 1997, p. 6.
[190] R. de Parres, Amparo, *La Niñez en el Código Mendocino*, Revista Perinatol, Reprod. Humanista, Enero- Marzo 2001, Vol. 15 No. 1, México, p.p. 89-95.

Tercera Sección del Código.[191] Describe un panorama de la vida diaria de los mexicas, en el que se hace referencia a la crianza y educación de los hijos; Reconoció pautas de conducta, castigo y maltrato hacia los niños.

A los niños que decían mentiras o que robaban, se les castigaba con quemarle el cabello. A las niñas de 12 años, se les obligaba a barrer por las noches por desobedientes y en el caso de los niños, también de 12 años, se les amarraba de pies y manos y se les acostaba sobre tierra mojada como castigo.

Quinto Mes de Fiesta de *Tezcatlipoca*.[192] Se acuchillaba con una navaja de piedra a los jóvenes y niños pequeños en el pecho, el estómago, brazos y muñecas.

Sexto Mes de Fiesta de *Tloloques*.[193] Castigaban a los niños por faltas y errores cometidos con el ayuno de 4 días, los llevaban al agua arrastrándolos por los cabellos, maltratándolos y arrojándoles lodo, dejándolos casi muertos.

Describe la dureza de los castigos aplicables a niños entre los 7 y 10 años, refieren pinchazos en el cuerpo desnudo con púas de maguey, aspirar humo de pimientos ardiendo, comer solo una tortilla y media durante un día.

Dentro del sistema jurídico en tiempos de la Colonia, encontramos normas referentes a la responsabilidad de los menores.

Las Siete Partidas. El régimen de las partidas, en el caso de los menores, contemplaba ya un tratamiento diferenciado, que con el paso de los años, fue evolucionando y haciéndose más consiente en la necesidad de escindir la respuesta del Estado, frente al delito cuando el activo es un menor.

Se hace cargo del sistema penal, en algunas ocasiones los procedimientos en ella contemplados justificaban atrocidades en esta materia, fueron modificados bajo la influencia del pensamiento iluminista y liberal por medio de algunas disposiciones de las cortes españolas y luego por leyes nacionales emitidas en la primera parte del siglo XIX.

El régimen de las partidas reglamentaba y legitimaba tratamientos brutales en contra de los reos o acusados por algún delito, en el caso de los menores contemplaba ya un tratamiento diferenciado, que con el paso de los años fue evolucionando y haciéndose más consciente en la necesidad de escindir la respuesta del estado frente al delito cuando el activo es un menor.

No se puede hablar de un sistema de justicia especializado para menores, que se encontraran en conflicto con la ley penal, a partir de las disposiciones de las partidas, si se identifican

[191] *Ídem*.
[192] *Ídem*.
[193] *Ídem*.

algunos rasgos que orientaban a las autoridades jurisdiccionales para dar al menor un trato diferenciado de los adultos, asumiendo su condición personal específicamente respecto de su capacidad de entendimiento sobre los hechos delictivos cometidos.

Se implanto en la nueva España, las leyes de indias, y se aplicaba en forma supletoria las leyes de la metrópoli, establece irresponsabilidad penal total a los menores de 10 años y menores de 17, con excepciones para cada delito, en ningún caso podían aplicarse la pena de muerte al menor de 17 años.

Este periodo se distingue por la existencia de diversos grupos étnicos: españoles, criollos, mestizos e indígenas.

Los españoles y los criollos eran tratados de acuerdo con lo que disponía la legislación española, los mestizos se encontraban en situación semi-privilegiada en relación con los indígenas quienes quedaban en calidad de siervos de los conquistadores, con excepción de los que huyeron a lugares apartados, y no contaban con más ayuda ni defensa que la que les brindaban algunos frailes y misioneros.

A consecuencia de la Conquista y de la unión de españoles con indígenas resultaron una gran cantidad de niños huérfanos, abandonados y desamparados, los cuales fueron auxiliados por diversas órdenes religiosas.

Durante esta época destaca la creación de instituciones asistenciales para los menores; Fray Bernardino Álvarez, fundó el Real Hospital de Indios con una sección especial para niños abandonados.

En esta época, fueron los franciscanos los primeros que se ocuparon de los menores apoyados en las pandectas reales, muchos niños abandonados fueron instruidos en los Colegios Franciscanos.

Luis Rodríguez Manzanera.[194] Nos dice sobre las Siete Partidas, que estableció un sistema de irresponsabilidad penal total para los menores de 10 años y medio, (infantes) y una especie de semi-imputabilidad para los mayores de 10 años y medio pero menores de 17 años.

El sistema contemplaba ciertas excepciones, dependiendo del delito, no podían aplicarse la pena de muerte al menor de 17 años, la inimputabilidad se consideraba en 10 años y medio para la mayoría de los delitos, la inimputabilidad total se extendía a 14 años en delitos sexuales como lujuria, sodomía e incesto y entre los 10 y medio a los 14 años, había una semi-imputabilidad para los delitos de lesiones, homicidio y hurto, pudiendo aplicarse penas graves.

[194] Rodríguez Manzanera, Luis, *Criminalidad de Menores*, Editorial Porrúa, México, 1987. p. 11.

Partida 7ª. Titulo XXIX. Ley IX. Establecía que los menores de 14 años, no podían ser acusados por delitos de lujuria, ya que aun cuando el menor lo cometiera, se consideraba que no tenía capacidad de entender ni saber lo que hacía, y respecto de los demás delitos, si era posible que el menor de esta edad, pudiese ser acusado, pero la pena que se le impone debía ser menor a la que se aplicaría si ese mismo hecho lo hubiere cometido un mayor de edad, de igual modo declaraba que el menor de 10 años y medio no podía ser sujeto de acusación por delito alguno.

Partida 7ª. Titulo XXX. Ley II. Regulaba un tratamiento diferenciador, ordenando a los jueces excluir de la posibilidad de aplicar tormento a los menores de 14 años, así como a los caballeros y maestros en leyes.

Ley VII. Recomendaba que en el caso de los sirvientes fueran menores de 14 años, no se les aplicara el tormento en el caso de que el señor de la casa o algún miembro de su familia, apareciese muerto, se recomendaba espantarlos con amenazas de herirlos, o en su caso lesionarlos un poquito para saber la verdad.

Partida 7ª. Titulo XXXI. Ley III. Ordenaba a los jueces tomar en cuenta las particularidades de la persona y su clase social al momento de aplicarlas, en el caso de los menores de 10 años y medio, esta ley les excluía de cualquier pena y recomendaba a las autoridades ser más benignas con los mayores de esta edad y menores de 17 años, en relación con las penas que debiesen sufrir si hubiesen sido mayores, al momento de cometer ese delito.

Se señalaba la responsabilidad penal de los menores de 10 años y medio y una semi imputabilidad a los mayores de 10 años y medio, pero menores de diecisiete, con algunas excepciones, según cada delito. En ningún caso, se aplicaba la pena de muerte al menor de 17 años.

La inimputabilidad se conserva en10 años y medio para la mayoría de los delitos (calumnia, injuria, hurto, lesiones, homicidios), porque el sujeto no sabe ni entiende el error que hace.

La inimputabilidad total se amplía a 14 años, en delitos sexuales como lujuria, sodomía e incesto, en este último, la mujer es responsable a los 12 años. Entre los 10 y medio y los 14 años hay semi-imputabilidad en los delitos de lesiones, homicidio y hurto, pero solo se pueden aplicar penas leves.

Se establecía un sistema de irresponsabilidad penal total para los menores de 17 años; para los menores entre 17 años existía cierta imputabilidad; y en ninguno podía aplicarse la pena de muerte a niños menores de 17 años.

La inimputabilidad para el que no excediera de 10 años se consideraba en la mayoría de los delitos, como son la calumnia, la injuria, el hurto, las lesiones, el homicidio y se justificaba en la idea de que el sujeto no podía comprender que cometía un error.

En los delitos sexuales, los varones hasta los catorce años tenían inimputabilidad total y la mujer en caso de incesto se consideraba también inimputable hasta los 12 años.

Por último existía un régimen de semi-inimputabilidad en delitos de lesiones, homicidio y hurto para niños entre los 10 y medio y los 14 años, a los que se debía aplicar penas leves. En esta época, destaca la creación de Instituciones asistenciales para los menores, aplicándose importantes normas vigentes durante la colonia, como por ejemplo:[195]

> **Ley de Burgos de 1512.** Prohibía labores a la mujer en trabajos pesados desde los cuatro meses de su embarazo y hasta los tres años del infante.
>
> **Declaración y Moderación de las Ordenanzas de Burgos de 1513.** Adiciones a las Leyes de Burgos, relativas a proteger más el trabajo de la mujer y de los niños. Los niños no podían ser obligados a trabajar si eran menores de catorce años.

Colegio de la Santa Cruz de Tlatelolco de 1532. Se funda para atender a menores de 1 a 10 años de edad, internándolos para educarlos y llevaran mejor su vida, los castigos eran de corte pedagógico.[196]

Ley IV de Carlos V de 1533. Es creada por Carlos V, ratificada en Valladolid en 1555 y confirmada por Felipe II en 1558 y 1569. Reflejaba la preocupación de la Corona por controlar a los indigentes, creándose la siguiente disposición relativa a nuestro estudio; la edad de responsabilidad penal plena era de 18 años cumplidos; se advierte una doctrina sobre la punibilidad de los menores infractores.[197]

En materia de menores durante este periodo, señala la responsabilidad penal de los menores de 10 años y medio y una semi-imputabilidad a los mayores de 10 años y medio, pero menores de 17, con algunas excepciones, según cada delito. En ningún caso se aplicaba la pena de muerte al menor de 17 años.

La inimputabilidad se conserva en 10 años y medio para la mayoría de los delitos (calumnia, injuria, hurto, lesiones, homicidio) porque el sujeto no sabe ni entiende el error que hace.

---

[195] De la Torre Rangel, Jesús Antonio, *Las Leyes de Burgos y la Reforma Ceniceros. Lecciones de Historia del Derecho Mexicano*, 1ª Ed., Universidad Autónoma de Aguascalientes, 1997, p. 71.

[196] Pablo Escalante Gonzalbo, Historiador, Profesor e Investigador en la UNAM, Se dedicó preferentemente al estudio de la historia de la cultura de fines de la época Prehispánica y principios de la época Colonial.

[197] Cuello Calón, Eugenio, *La Infancia Delincuente y Abandonada en la Antigua Legislación Penal Española*, Ed. de Madrid, España, 1917, p. 743.

La inimputabilidad total se amplia de 14 años, en delitos sexuales como lujuria, sodomía e incesto, en este último, la mujer es responsable a los 12 años. Entre los 10 y medio y los 14 años, hay semi-imputabilidad en los delitos de lesiones, homicidios y hurto, pero solo se pueden aplicar penas leves.

Ley X sobre el Destino y Ocupaciones de los Vagos e Ineptos para las Armas y Marina de 1781. El Rey Carlos III de España dicto dicha ley, que estableció el Consejo para crear la casa de misericordia y otros medios de socorrer a pobres e ineptos para el servicio militar, he resuelto:[198]

> Que las justicias amonesten a los padres y cuiden de que estos, si fueren pacientes, recojan a sus hijos e hijas vagos, les den educación conveniente, aprendiendo oficio o destino útil, colocándolos con amo o maestro, en cuya forma, interina se forman las casas de recolección y enseñanza caritativa, se lograra arreglar cuanto antes la política general de pobres, a partir de la mendigues y la ociosidad a toda la juventud, atajando el progreso y frente perenne de la vagancia.

Escuela Patriótica de 1806. Se fundó por el capitán Francisco Zúñiga, minero rico. La Escuela Patriótica, comprendió los males que resultaban de tener mezclados en el hospicio a los niños honrados con los delincuentes y para separarlos proyecto la formación de la Escuela Patriótica junto al mismo hospital.

Atendía a menores con conducta antisocial, quienes recibían educación cristiana como civil para prepáralos y hacerlos útiles a la sociedad; se le considera el primer antecedente de los Tribunales de Menores en México. En el año de 1819, se unieron el hospicio y la Escuela Patriótica.

Hospicio Cabañas de 1810. Se fundó para funcionar como albergue para huérfanos desamparados y como taller de aprendizaje, llamada Casa de la Misericordia de Huérfanos y Desvalidos, fundada por Juan Cruz Ruiz de Cabañas.

1.1.8.3. Época Independiente.

Novísima Recopilación. Libro XII.[199] Contemplaba que los menores de 19 años se encontraban excluidos de todo castigo pues se les equiparaba con los animales.

---

[198] Soto Acosta, Federico Carlos, *Historia de la Justicia de Menores (Adolescentes) en México*, http://amoxcalli.leon.uia.mx/Epikeia/numeros/04/epikeia04-justicia_de_menores.pdf, fecha de consulta: Agosto de 2011.

[199] Apartado elaborado con información obtenida de: Lenene, Ricardo, *La Vigencia Novísima Recopilación de Indias, Jurisprudencia Argentina*, Serie Moderna, Año XXVI, Martes 12 de Enero de 1964, Segunda Edición en la Revista del Instituto de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1964.

Los que incurrieran en vagancia debían ser separados de sus padres para ser internados en establecimientos de enseñanza o en hospicios. Las leyes penales vigentes con anterioridad siguieron aplicándose en nuestro país.

El país estaba tan destruido que no tenía ni hombres ni oportunidad para dedicarse a elaborar una nueva legislación, no nada más en el aspecto penal, sino en cualquier otra materia. Así, entre las principales leyes que se aplicaban encontramos:[200] (1) Bando de fecha 03 de Marzo de 1828, (2) Bando de fecha 03 de Marzo de 1828, (3) Circular de la Secretaria de Relaciones del 8 de Agosto de 1834, y (4) Bando de Policía del 05 de Enero de 1829.

Bando de fecha 03 de Marzo de 1828.[201] En el que se establecen Tribunales de Vagos en la República Mexicana.[202]

El Tribunal de Vagos de 1828. Guadalupe Victoria, expidió una ley que creó, organizó y facultó a un Tribunal de Vagos para la Capital del País. Estableció un sistema nacional de tribunales que sólo se encargarían de conocer y determinar las causas sumarísimas de vagos.

Se procuró salvaguardar los derechos de los hombres acusados; la sentencia requería los votos de una mayoría de los miembros del tribunal. Los Vagos podían nombrar testigos para defenderse de los cargos y podían apelar de la sentencia, sin que los escribanos les cobraran derechos; se debía proteger al inocente de una larga detención y, se debía proteger al inocente de una larga detención.

Se advierte un sentimiento paternalista, se fijo el requisito de que a los menores de 17 años, se les pusiera en una casa de corrección o con un maestro que les diera destino útil para el futuro.

El Tribunal estaría integrado por el Alcalde primero y dos regidores adjuntos, quienes sesionaban los lunes y jueves de cada semana en la Sala Capitular, preferentemente a quienes el artículo 6 de la ley, declaraba como vagos, la autoridad debía probar la calidad del reo, y podía ser aprehendido, se le otorgaba la posibilidad de aportar pruebas en su favor, con oportunidad de apelar en caso de no estar de acuerdo con la sentencia.

Con la aprobación de la sentencia por dos votos, el reo por vagancia podía ser absuelto y liberado inmediatamente o en su caso destinado a las armas, a la marina, a la colonización o a las casas de corrección.

---

[200] M. Arrom, Silvia, *Documentos para el Estudio del Tribunal de Vagos. 1828-1848*, *Respuesta a una Problemática sin Solución,* Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/hisder/cont/1/doc/doc10.pdf, fecha de consulta: Octubre 2011.

[201] *Ídem*.

[202] Artículo 15. Los impedidos para trabajar o los muchachos dispersos que no hayan llegado a la edad de diez y seis años, serán puestos en casas de corrección, o a falta de estas pondrá a los últimos a aprender oficio, bajo el gobierno y dirección de maestros que sean de la satisfacción de la autoridad política.

En el caso de ser menores de 16 años, serían remitidos a estas casas de corrección o en su ausencia, se les colocaría bajo la responsabilidad de algún maestro, aprobado por el ayuntamiento, para que aprendiera algún oficio.

En relación con los muchachos dispersos que no hubiesen alcanzado la edad de 16 años, se les destinaria al aprendizaje de un oficio por parte de maestros aprobados por el ayuntamiento, en tanto se habilitaba el Hospital de Pobres para tal función. En esta ley, ubicamos a los menores que se encontraban en circunstancias de abandono.

A los menores de 16 años, se les destinaria a los establecimientos de corrección y casas de misericordia, fabricas, talleres, obrajes o haciendas de labor por un tiempo que no fuera mayor a 3 años ni menor a un año, y en el caso del Distrito Federal, se les remitiría a la Casa de Corrección de Jóvenes Delincuentes, por un tiempo de 3 años.

Resulta trascendente que en el caso de menores de 16 años, la ley otorga la garantía de nombrar un defensor que quedaba obligado a cumplir con su encargo, una vez aceptado este, sin que se pudiese admitir excusa, más que la de imposibilidad física.

Bando de fecha 03 de Marzo de 1828.[203] Se aplicó a la Capital de la República Mexicana, la disposición sobre menores establecía:

> 10ª. Entre tanto se ponen en corriente los fondos del Hospicio de Pobres y se adoptan arbitrios para sostener un establecimiento tan interesante a la moral pública, se destinan los muchachos dispersos que no hayan llegado a la edad de diez y seis años a aprender algún arte u oficio, bajo la dirección de los maestros que señalare el alcalde primero del Excelentísimo Ayuntamiento, declarando desde ahora, sin lugar a los reclamos de los padres o parientes que los abandonaron a la ociosidad y en consecuencia a los vicios.

Bando de Policía del 05 de Enero de 1829.[204] Prohíbe los juegos de los muchachos en las calles públicas con piezas pequeñas de artillería cargadas con municiones.

Pues se habían dado al Gobierno repetidas noticias de los escandalosos juegos de los muchachos que se baten en las calle, usando pequeñas piezas de artillería cargadas de munición y no pudiendo tolerarse ya más tiempo este desorden, se resolvió se observaran las providencias siguientes:

> 1ª. Los muchachos que se encontraren en esta clase perniciosa de diversión serán conducidos a la cárcel de la ciudad, para que los señores alcaldes los destinen a aprender oficio en que puedan ser útiles a la sociedad y así mismos.
>
> 10ª. …se destinaran los muchachos dispersos que no hayan llegado a la edad de diez y seis años a aprender algún arte u oficio, bajo la dirección de los maestros que señalare el alcalde primero del

[203] *Ídem*.
[204] *Ídem*.

> excelentísimo ayuntamiento, declarando desde ahora sin lugar los reclamos de los padres o parientes que los abandonaron a la ociosidad y en concurrencia a los vicios.
>
> 15ª. Los impedidos para trabajar o los muchachos dispersos que no hayan llegado a la edad de 16 años, serán puestos en casas de corrección o a falta de estas se pondrán a los muchachos a aprender oficio, bajo el gobierno y dirección de maestros que sean de la satisfacción de la autoridad política.

Proyecto de Código Criminal para el Estado de Jalisco de Francisco Delgadillo del 06 de Abril de 1831. Proyecto de Código Criminal de Jalisco, presentado al Congreso de ese Estado el seis de abril de 1831, por el presbítero Francisco Delgadillo, constaba de sesenta y tres artículos, basados en ideas penales de la época, las cuales fueron expresamente recogidas en consideraciones previas, de un discurso "SOBRE DELITOS Y PENAS."

Este texto no solo tiene el valor de ser quizá el proyecto de Código Penal mas antiguo de que se tenga noticia en nuestro país, se conoce de proyectos en los estados de México en 1831 y Veracruz en 1835, es además testimonio de su tiempo, es el incipiente humanismo ante la cruel legislación criminal que nos legaran nuestros conquistadores.[205]

El proyecto de Francisco Delgadillo, es la solitaria voz de un humanista entre la barbarie y la confusión cotidiana, "…tantas disposiciones bárbaras y tantas ejecuciones atroces, en las que no se descubre proporción alguna entre penas y los males que los delitos han acarreado…" Se pronunció por la secularización de la Justicia Penal. El poder de castigar solo debería extenderse a los agravios hechos a los hombres.[206]

Buscó readaptar al delincuente, no le preocupa solo encerrar al infractor, además, hay que hacerlo un hombre mejor. "…el rigor excesivo hace peores a los hombres."[207]

Además prescribe la pena de muerte, concibe la reparación del daño, mostrando un sentido de equidad. Imputa responsabilidad penal a los impúberes. Entre las disposiciones a destacar sobre menores se deben mencionar las siguientes:

> TITULO 1º.
>
> DE LAS PREVENCIONES SOBRE DELITOS Y PENAS:
>
> Artículo 6. Por los delitos que merecen pena corporal los impúberes, serán castigados con mano de reclusión a la discreción del gobierno.
>
> Artículo 7. Los que habiendo pasado de la pubertad, no han llegado a los veinte y cinco años serán castigados por los mismos delitos solamente con la mitad de la pena.

[205] García Ramírez, Sergio, *Derecho Penal*, 3ª Ed., Editorial Porrúa - UNAM, México, 2007, p. 4.
[206] *Ídem.*
[207] *Ídem.*

> Artículo 14. Cuando las penas pecuniarias recaigan sobre niños o jóvenes las pagaran las personas encargadas de su cuidado.

Separación de los Procesos de 1834. La cárcel de la Ciudad de México, para sujetos en procesos, Santiago de Tlatelolco para sujetos a presidio o destinados a trabajar en obras públicas.

Circular de la Secretaria de Relaciones del 08 de Agosto de 1834. Creó boletas de identidad para asegurar que todos los niños estuvieran asistiendo a la escuela. Asimismo estableció:

> Artículo 3. Los padrones así formados, se entregaran a los señores regidores comisionados de cuartel en el momento que estén concluidos, y a lo más tarde el día 1º de Septiembre, y los que por la formación de este padrón resultaren sin oficio ni ocupación, si fueren mayores de diez y seis años, serán entregados al Tribunal de Vagos, mas siendo de siete a diez y seis, sino estuvieren en la escuela o casa de educación, se denunciaran a la comisión de educación y escuelas públicas del Excelentísimo Ayuntamiento, quien dispondrá que inmediatamente sean remitidos a las escuelas más cercanas o a las que acuerden con sus padres, si estos pudieren costear su educación, pero si carecieren de proporciones para pagar la enseñanza de sus hijos, serán remitidos a las escuelas de la ciudad que dispongan los señores regidores.

Junta de Caridad ara la Niñez Desvalida de 1836. Santa Ana creo la Junta de Caridad para la Niñez Desvalida, donde damas voluntarias reunían fondos para ayudar a los niños huérfanos o desvalidos, antecedente de los patronatos ya que lo conformaban voluntarios que reunían fondos para socorrer a los niños huérfanos y desamparados.

Ley del 23 de Mayo de 1837. Era una ley para el arreglo provisional de la Administración de Justicia en los Tribunales y Juzgados del Fuero Común, esta ley se inspiró en el Reglamento de las Audiencias y Juzgado de Primera Instancia, promulgada en Cádiz en 1812, esta Ley funciono en base en las Siete Leyes Constitucionales de 30 de Diciembre de 1836, en el artículo 130 estableció la obligación de nombrar curador cuando los acusados sean menores de diez y siete años.

Escuela Correccional de Manuel Eduardo Gorostiza de 1841. Manuel Eduardo Gorostiza, fundo y estableció la primera casa correccional anexa al Hospital de Pobres, la impulso como casa de asistencia y de reclusión para menores infractores o delincuentes, con fecha 5 de febrero de 1842, se aprobó un Reglamento Interno, en el que se estipula, que las condenas y consignaciones para los jóvenes delincuentes, no podían ser menores de 3 años, tiempo suficiente para corregir al joven por medio de la educación y trabajo, destinada en principio a la corrección de delincuentes menores, bajo un sistema de educación religiosa, basado en la obediencia y la sumisión, este esfuerzo primario es básico para crear instituciones especializadas en la corrección y educación de niños abandonados y delincuentes.[208]

[208] González Ibarra, Juan de Dios; Reyes Barragán, Ladislao Adrián, *La Administración de Justicia de Menores en México. La Reforma del Artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/const/.../Art 3.html, fecha de consulta: Octubre de 2011.

Congreso General de 1848. Ordenó la edificación de establecimientos de detención y prisión preventiva de corrección para jóvenes delincuentes y de asilo para liberados y fue encomendada la creación de un reglamento de prisiones.

Casa Correccional de San Antonio de 1848. El Presidente José Joaquín Herrera, fundó la casa de Tecpan de Santiago, llamada Colegio Correccional de San Antonio, institución exclusiva para menores delincuentes de 16 años, sentenciados o procesados, el cual contaba con un régimen de tipo cartujo y con separación de sexos, se le considera la primera casa correccional.

Mariano Otero y Las Casas de Corrección de 1848.[209] Diseño las características de casas de corrección para menores infractores. El joven delincuente debía adquirir el hábito del trabajo para ser productivo a la sociedad, se sostenían con la concurrencia económica de particulares.

La delincuencia juvenil tiene su origen en la situación familiar y social que enfrentan. Razona que no puede existir una sociedad moderna sin un moderno derecho penal y un adecuado sistema penitenciario y propone para cumplir lo anterior la formación de casas de corrección de menores, una para mujeres y otra para hombres.

Manifestó que al niño abandonado por la madre debe ofrecerse asilo, al joven la casa de corrección al hombre la penitenciaria.

Creó la Junta inspectora de Cárceles; Impulso la Ley para la Adopción y establecimiento del Régimen Penitenciario en el Distrito Federal y Territorios Federales.

Modificó la estructura legal del País, para construir el nuevo edificio que sería sólo un componente del sistema integrado por, una casa de corrección para jóvenes delincuentes, un presidio, un asilo para los reos que hubieran cumplido ya su condena y un hospital.

Discurso del Primero de Enero de 1851 del Presidente José Joaquín Herrera. La reforma de las cárceles ocupó al Gobierno desde los primeros días de su instalación, aunque obra muy larga el establecimiento de Penitenciarias, cuando no se podía disponer para él de fondos considerables, se ha avanzado lo posible, existiendo ya una casa de corrección para jóvenes delincuentes, y estando en vía de ejecución los trabajos para ir planteando los demás establecimientos que previene la ley.

Tribunal de Vagos y Ley del 17 de Enero de 1853. Creada por quien fuera Presidente de la Suprema Corte, Juan Bautista Ceballos, respecto a los menores de 17 años, el Juez, a su prudente arbitrio, podría internarlo en una casa de corrección, en los talleres de la cárcel o con un maestro artesano por el tiempo que se considerara necesario.

[209] Otero, Mariano, *Indicaciones sobre la importancia y necesidad de la Reforma de las Leyes Penales*, *obras, recopilación, Seleccionadas, Cometarios y Estudios de Jesús Reyes Heroles*, Tomo II, Editorial Porrúa, México, p. 654.

Decreto del 17 de Enero de 1853. Juan Bautista Ceballos, en su carácter de Presidente Interino de México, emitió un Decreto de Juez para Menores, nombrado por el Gobierno Federal a propuesta de la Suprema Corte de Justicia, facultándolo para dictar medidas contra delincuentes y jóvenes vagos.

Ley del 05 de Enero de 1857. Era una Ley para Juzgar a ladrones, homicida, heridores y vagos. A propósito de los menores delincuentes que se ubicaran dentro de las hipótesis de esta ley, es perceptible la tendencia de dar un trato diferenciador respecto de los adultos, ya que a lo largo de su texto podemos encontrar disposiciones que lo especificaban:

> **Artículo 6.** Todos los delitos de que habla esta ley, se reputaran cometidos voluntariamente a menos de que se acredite alguna de las siguientes circunstancias:
>
> **Fracción III.** Que es menor de diez años y medio.
>
> **Artículo 7.** No se impondrá la pena de muerte al reo menor de diez y ocho años, ni la del presidio y obras públicas al menor de diez y seis años, al delincuente que no hubiere cumplido esta última edad, y tuviera la de diez años y medio, se le impondrán penas correccionales, procurándose no ponerlo en compañía de los otros reos.

Ley de Montes. Se le considera el primer ordenamiento que se promulga en materia de menores en el México independiente. Excluía de responsabilidad penal a los menores de 10 años y se establecían para los menores de entre 10 y 18 años medidas correccionales.[210]

Cárcel de Belén de 1863.[211] Inicialmente fue la Cárcel de la Acordada, posteriormente fue Cárcel Municipal y Cárcel Nacional, era el antiguo Colegio de las Niñas de San Miguel de las Mochas o San Miguel de Bethlem, fundado por Domingo Pérez de Barcia; a los menores que cometían delitos más graves se les llevaba a esta prisión, donde se les encerraba con delincuentes adultos, quienes los pervertían e instruían en el robo, asesinato, etc. Se crearon los siguientes departamentos:

> **A).** DEPARTAMENTO DE LOS PERICOS. Así se le conoció por el uniforme que portaban los menores de diez y ocho años. Lugar donde se recluían a los menores de diez y ocho años. Tenían una escuela y talleres.
>
> **B).** DEPARTAMENTO DE HOMBRES Y UNO DE MUJERES.
>
> **C).** CELDAS DE PRIMERA Y SEGUNDA CLASE. Existieron para quienes pudieran pagar la comodidad que estas ofrecían.

[210] Villanueva Castilleja, Ruth Leticia, *El Ministerio Publico y los Menores Infractores*, Editorial Porrúa, México, 2009, p. 169.
[211] Apartado elaborado con información obtenida de: Flores Flores, Graciela, *La Cárcel de Belem de la Ciudad de México, sus Necesidades, Practicas y Condiciones Sanitarias, 1863-1900*, Revista Cultural y Religión, http://www.revistaculturayreligion.cl/articulos/vol_2_n3/vol2_n3_2008_4_graciela_flores.pdf, fecha de consulta: Enero de 2011.

D). CELDA PROVIDENCIA. Servía para la seguridad de los agentes de la policía presos y de aquellos reos de crímenes inmundos y vergonzosos y los que esperaban sentencia.

E). SEPAROS. Se conducía a los reos por la comisión de faltas disciplinarias.

F). ALCALDIA. Lugar donde residía el alcalde.

G). JUZGADOS. Donde se administraba e impartía justicia penal.

Respecto a la situación de los menores infractores antes de la época del General Porfirio Díaz, se enviaban a la Cárcel General de Belén, y durante su Gobierno (1873-1911), se creó una institución llamada Escuela Correccional para la cual se acondicionó un viejo caserío, a donde los enviaron.

En un departamento permanecían los detenidos incomunicados por setenta y dos horas, término en el cual el juez determinaba sobre su culpabilidad o inocencia; en otra sección, se instaló el departamento de sentenciados, destinado a los menores que ya habían sido juzgados y a los cuales se les imponía la pena correspondiente.

En este periodo los menores eran juzgados por autoridades judiciales y se les imponían las mismas penas que a los adultos, castigándoseles a trabajos forzados y en ocasiones eran incluso remitidos a las Islas Marías, situación que más adelante se prohibió por órdenes del propio General Porfirio Díaz en la última fase de su mandato.

Gilberto Bolaños Cacho.[212] Narraba que: "La antigua cárcel de Belem, cloaca inmunda (…) era albergue de adultos y menores en promiscuidad repugnante y sufriendo los menores las consecuencias que causaron piedad hasta a los duros y ásperos celadores (…) quienes tal vez proyectando en esos niños encarcelados la imagen de sus hijos, tuvieron un sentimiento de piedad y los segregaron de los adultos, dedicándoles una crujía especial y para que se diferenciaran del grupo de la población les pusieron un uniforme verde y fue por esto que se llamó la crujía de los pericos."

Código Corona de 1869. Importante trabajo legislativo, que se debe a la labor de Fernando J. Corona, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Veracruz. Este ilustre Jurista recibió la encomienda de redactar proyectos de Código Civil, Penal y de Procedimientos; inicio su tarea en mayo de 1868, y la concluyo en diciembre del mismo año.

A los ordenamientos que formuló se les conoce con el nombre de "Códigos Corona". El Código Corona, preveía dos situaciones en los menores de edad:[213]

[212] Malo, Gustavo, *Historia de las Cárceles en México. Etapa Precolonial hasta el México Moderno*, Inacipe, México, 1979, p.123.
[213] *Op. cit.*, García Ramírez, Sergio, p. 5.

1. La de los menores de diez años y medio, quienes podían ser entregados a sus padres, abuelos, tutores o curadores, para su corrección y cuidado, a menos que estos no pudieran hacerlo o no merecieren confianza del Juez, en cuyo caso se les depositaba en una casa de corrección por el tiempo que estimara conveniente, el que no podía pasar de la época en que el menor cumpliera los veintiún años de edad, medida que, sin embargo tenía carácter de pena.

2. La de los mayores de diez años y medio, pero menores de diez y siete años, en cuyo caso se establecía lo mismo que en el Código Corona, esto es, que a veces la minoría de edad funcionaba como causa de inimputabilidad y en otras como circunstancia atenuante de la pena. Si se declaraba previamente en el juicio que el mayor de diez años y medio, pero menor de diez y siete años, había obrado sin discernimiento ni malicia, se estaría en el caso de los menores de diez años y medio, por el contrario, si se declaraba que había obrado con discernimiento y malicia, la corta edad y la rudeza funcionaba como una circunstancia que atenuaba la pena aplicable.

Sistema Correccional en el Estado de Veracruz de 1869. Se inscribe con la idea correccional a partir de 1869 en menores de 17 años, diferenciándolos de los adultos hasta 1932, situándolos dentro del derecho penal.[214]

1.1.8.4. Código Penal Federal de 1871.

Fue hasta 1867, cuando se reunió la primer Comisión Redactora del Código Penal Federal a cargo de Antonio Martínez de Castro, quien el día 7 de diciembre de 1871, logró la promulgación y aprobación del primer Código Penal Federal Mexicano, que entraría en vigor el primero de abril de 1872 y que se denominaría "Código Penal Federal para el Distrito Federal y Territorios de la Federación."

Este Código, que se componía de 1150 artículos, preveía todo lo relacionado con la concepción del delito, la responsabilidad penal, las penas y su aplicación, y adoptando los enunciados de la Escuela Clásica, impone las penas en estricta relación con el daño ocasionado por el delincuente; fija un riguroso catálogo de las mismas, así como sus agravantes y atenuantes, mientras que el arbitrio judicial se ve severamente reducido a imponer tales penas sólo cuando se encuentren específicamente señaladas en la ley.

Este ordenamiento legal estuvo vigente hasta el año de 1929. Este Código Penal, como se comentó anteriormente, nos remite al primer antecedente serio que pugnaba por la creación de Tribunales para Menores, se proponía la creación del Juez Paternal, los Juzgados Paternales nunca llegaron a crearse.

Conceptos que Introdujo. 1. Defensa social; 2. Readaptación social; 3. Individualización de la Pena; 4. Se cambia la teoría del acto a la teoría del autor.

[214] Gamboa de Trejo, Ana, *Un Discurso Permanente: La Edad Penal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana, www.letrasjuridicas.com/volumenes/7/gambioa7.pdf, fecha de consulta: Agosto de 2011.

Conceptos que Conservó. 1. La inimputabilidad absoluta para los menores de 9 años o mayores de 9 y menores de 14, sin discernimiento; 2. Se reconoce la Institución de la Reclusión Preventiva en establecimientos de educación correccional para los menores; 3. Aparece la necesidad de dar especial tratamiento a los menores sordo-mudos; 4. El máximo de la pena o sanción a los menores delincuentes no podía exceder de los seis años; 5. Tenía como propósito superior que los menores terminaran su educación primaria.

Previo Dos Hipótesis de Inimputabilidad en Razón de la Edad. 1. La minoría de 9 años, de la que resultaba una presunción *juris et de jure* de falta de discernimiento; 2. La edad mayor de 9 años, pero menor de 14, que establecía para el infractor una presunción *juris tantum* de haber delinquido sin el discernimiento necesario para conocer la ilicitud de la infracción, y arrojaba sobre el acusador la carga de la prueba desvirtuadora de la presunción.

Reclusión Preventiva. Se llevaba en establecimientos de educación correccional, se aplicaba a:

> **1.** A los acusados menores de nueve años, cuando se crea necesaria esa medida, ya por no ser idóneas para darles educación las personas que los tienen a su cargo, o ya por la gravedad de la infracción en que aquellos incurran.
>
> **2.** A los menores de catorce años y mayores de nueve que sin discernimiento, han infrinjan alguna ley penal.

Otros artículos relacionados con la reclusión de menores son los siguientes:

> **Artículo 157.** Siempre que por el aspecto del acusado se conozca, o conste por otro medio legal que no ha cumplido nueve años, se hará desde luego lo que previene el artículo anterior, sin más diligencia que levantar una acta en que conste la determinación del juez y sus fundamentos.
>
> **Artículo 158.** El término de dicha reclusión lo fijara el Juez, procurando que sea bastante para que el acusado concluya su educación primaria, y no exceda de seis años.
>
> **Artículo 159.** Ni los jueces ni las autoridades gubernamentales podrán poner en el establecimiento de educación correccional, ni serán admitidos en él, jóvenes condenados por haber delinquido con discernimiento.
>
> **Artículo 160.** Las diligencias de sustanciación, que se hayan de practicar con el acusado menor de catorce años, se ejecutaran precisamente en el establecimiento de educación correccional y no en el juzgado, si resultare que obro sin discernimiento, se le impondrá la reclusión de que habla la fracción segunda del artículo 157, en caso contrario, se le trasladara al establecimiento de corrección penal.
>
> **Artículo 161.** Siempre que se declare que el acusado mayor de nueve años y menor de catorce, delinquió con discernimiento, se le condenara a reclusión en establecimiento de corrección penal por un tiempo que no baje de la tercera parte, ni exceda de la mitad, del término que debiera durar la pena que se le impondría siendo mayor de edad.

> **Artículo 224.** Cuando el acusado sea mayor de catorce años y menor de diez y ocho, la reclusión será por un tiempo que no baje de la mitad, ni exceda de los dos tercios de la pena que se le impondría siendo mayor de edad.
>
> **Artículo 225.** La proporción que establecen los dos artículos precedentes se observara en sus respectivos casos, aplicando las reglas del artículo 197.
>
> Si el tiempo de reclusión de que hablan los artículos 224 y 225, cupiere dentro del que falte al delincuente para cumplir la mayor edad, extinguirá su condena en el establecimiento de corrección penal.
>
> Si excediera, sufrirá el tiempo de exceso en la prisión común.

El Código Penal de 1871, se refirió a la imputabilidad por vía negativa, a través de las eximentes.

La Escuela Neoclásica, trae su origen de la Escuela Clásica Italiana, haciéndose eco del sentimiento popular y de las doctrinas científicas que en el siglo XIX revertían hacia el sistema ya conocido de subjetividad, fundó su teoría en la idea de responsabilidad, relacionada con la libertad, y señalando grados en aquellas, la pena debía variar conforme al grado del elemento subjetivo. Es la base en que descansa la legislación penal de nuestra época.

Distinguía Tres Etapas de la Minoría de Edad. Orientado por la escuela clásica: 1. Los menores de 9 años estaban exentos de responsabilidad; 2. Los mayores de 9 años, pero menores de 14, también quedaban exentos, de responsabilidad, siempre que obraran sin el discernimiento necesario para conocer la ilicitud de su infracción, si, por el contrario, se probara que el menor obró con pleno discernimiento, se le consideraba plenamente responsable; 3. Los mayores de 14 años pero menores de 18 eran plenamente responsables, todos estos menores podían llegar a ser recluidos y pasar tiempo incomunicados, para posteriormente integrarse al estudio y al trabajo en los centros correccionales.

En relación con el tema de los menores delincuentes definió la responsabilidad de los menores en la comisión de un delito, en base a los criterios de edad y el discernimiento.

Preceptos del Código Penal Federal de 1871, aplicables a los Menores.

> **Artículo 34.** Las circunstancias que excluyen la responsabilidad criminal por la infracción de leyes penales son:
>
> …
>
> 5ª. Ser menor de nueve años.

6ª. Ser mayor de nueve años y menor de catorce años al cometer el delito, si el acusador no probare que el acusado obro con el discernimiento necesario para conocer la ilicitud de la infracción. En el caso de esta fracción y de la anterior, se procederá como previenen los artículos 157 a 159, 161 y 162.

7ª. Sea cual fuere la edad del acusado al infringir la ley penal, siempre que no haya tenido el discernimiento necesario para conocer la ilicitud del hecho por el cual se procede contra él.

Esta circunstancia así como las anteriores, se averiguaran de oficio, y se hará la declaración expresa de si han intervenido o no…

Artículo 42. Son atenuantes de cuarta clase:

…

2ª. Ser el acusado menor, si no tiene el discernimiento necesario para conocer toda la ilicitud de la infracción.

Artículo 92. Las penas de los delitos en general son las siguientes:

Fracción VII. Reclusión en establecimientos de corrección penal.

Artículo 94. Las medidas preventivas son:

I.- Reclusión preventiva en establecimientos de educación correccional.

Artículo 127. La reclusión de esta clase (en establecimiento de corrección penal) se hará efectiva en un establecimiento de corrección, destinado exclusivamente para la represión de jóvenes mayores de nueve años y menores de diez y ocho, que hayan delinquido con discernimiento. En dicho establecimiento no sufrirán su pena, sino que recibirán al mismo tiempo educación física y moral.

Artículo 128. Los jóvenes condenados a reclusión penal estarán en incomunicación absoluta al principio de su pena desde ocho hasta veinte días, según fuere la gravedad de su delito; pero pasado ese periodo trabajaran en común con los demás reclusos, a son ser que su conducta posterior haga de nuevo necesaria su incomunicación.

Artículo 129. Lo prevenido sobre retención y libertad preparatoria en los artículos 71, 74, y 98 a 104, se aplicara a los jóvenes condenados a reclusión penal.

Artículo 157. La reclusión preventiva en establecimiento de educación correccional, se aplicara:

A los acusados menores de nueve años, cuando se crea necesaria esa medida, ya por no ser idóneas para darles educación las personas que los tienen a su cargo, o ya por la gravedad de la infracción en que aquellos incurran.

A los menores de catorce años y mayores de nueve años que, sin discernimiento, infrinjan alguna ley penal.

Artículo 158. Siempre que por el aspecto del acusado se conozca, o conste por otro medio legal que no haya cumplido nueve años, se hará desde luego lo que previene el artículo anterior, sin más diligencia que levantar una acta en que conste la determinación del juez y sus fundamentos.

Artículo 159. El termino de dicha reclusión lo fijara el juez, procurando que sea bastante para que el acusado concluya su educación primaria, y no excederá de seis años.

Artículo 160. Ni los jueces ni las autoridades gubernativas podrán poner en el establecimiento de educación correccional, sin serán admitidos en él, jóvenes condenados por haber delinquido con discernimiento.

Artículo 161. Las diligencias de sustanciación, que se hayan de practicar con el acusado menor de catorce años, se ejecutaran precisamente en el establecimiento de educación correccional y no en el juzgado.

Si resultare que obro sin descernimiento, se le impondrá la reclusión de que habla la fracción segunda del artículo 157. En caso contrario, se le trasladara al establecimiento de corrección penal.

Artículo 162. En los casos de que hablan los artículos anteriores, podrá el juez que decrete la reclusión, poner en libertad al recluso, siempre que este acredite que puede volver al seno de su familia sin peligro para la sociedad, por haber mejorado de conducta y concluido su educación o porque pueda terminarla fuera del establecimiento.

Artículo 224. Siempre que se declare que el acusado mayor de nueve años y menor de catorce delinquió con discernimiento, se le condenara a reclusión en establecimiento de correccional penal por un tiempo que no baje de la tercera parte, ni exceda de la mitad, del término que debiera durar la pena que se le impondría siendo mayor de edad.

Artículo 225. Cuando el acusado sea mayor de catorce años y menor de diez y ocho, la reclusión será por un tiempo que no baje de la mitad ni exceda de los dos tercios de la pena que se le impondría siendo mayor de edad.

Artículo 227. Si el tiempo de reclusión de que hablan los artículos 224 y 225, cupiere dentro del que falte al delincuente para cumplir la mayor edad, extinguirá su condena en el establecimiento de corrección penal. Si excediere, sufrirá el tiempo de exceso en la prisión común.

Este Código, es el Primer Antecedente Legal en México en el cual imperaba un Criterio Civilista.[215] Se contemplaba a los menores desde su capacidad para adquirir derechos y obligaciones. En este ordenamiento legal se estableció que los menores de 14 años pero mayores de 9 años, en caso de que cometieran una conducta que las leyes penales las contemplaran como delitos, serian internados en Centros Correccionales durante el tiempo necesario para concluir su educación primaria.

Respecto a los menores de 9 años que cometían una falta leve, podían quedarse bajo la custodia de sus padres, siempre y cuando les pudieran brindar, a los menores, la educación básica.

[215] Apartado elaborado con información obtenida de: Domínguez Rivera, Teresa, *Análisis de los Factores que inciden en la Conducta Infractora de un Menor dentro de una Comunidad Urbana*, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2001, http://148.206.53.231/UAM4245.PDF, fecha de consulta: Enero de 2011.

De igual manera los menores de 14 años y menores de 9 años estando en el Centro mostraran una buena conducta, podían regresar a sus hogares. A los que tuvieran más de 14 años eran considerados con discernimiento, por lo que tenían capacidad dentro del Derecho Penal.

Pugnaba por la creación de Tribunales para Menores, se proponía la creación del Juez Paternal, los Juzgados Paternales nunca llegaron a crearse. Sentó los lineamientos para la creación de las Escuelas Correccionales.

Decreto del Artículo 13 Transitorio del Código Penal de 1871.[216] El Congreso expidió un decreto con el objeto de que se pusiera en observación el artículo 13 transitorio del Código Penal, que ordenaba que los establecimientos conocidos con los nombres de Tecpan de Santiago y Hospicio de Pobres, fuesen destinados para la corrección penal y para la educación correccional de los jóvenes delincuentes.

Formalmente, desde esta fecha, a los menores se les ubico en el sistema penal y ya desde 1884, los menores que infringían la ley eran enviados al exconvento de San Pedro y San Pablo. En este colegio se les internaba para su reeducación, aunque los menores que cometían delitos más graves eran llevados a la prisión de Belén, a donde se les encerraba con delincuentes adultos, quienes los pervertían en instruían en el robo y asesinato.

Se concibe por vez primera en nuestro país, la creación de organismos especializados para juzgar menores, en el que se prevén jueces para menores de primera y segunda instancias con facultades para tomar medidas contra delincuentes pero también contra jóvenes vagos.

Circular de 1877. Indicaba que todos los establecimientos de beneficencia para los menores quedaran a cargo de la Secretaría de Gobernación.

Reorganización de la Penitenciaria para Jóvenes de 1880. La Secretaria de Gobernación había reorganizado la Penitenciaria para Jóvenes, la cual se creó en 1840, desapareció en 1888. Para 1908, se trasladó a Tlalpan y se llamó Escuela Correccional.

Primer Reglamento de la Dirección de Beneficencia de 1880. Hace referencia a la Escuela de Educación Correccional de Agricultura Practica, situada en Coyoacán que desde el año de 1841, pertenecía al Hospicio de Pobres, señalando que la escuela tendría carácter de especial, recibiría a jóvenes corregidos, a quienes se daría educación practica de agricultura, la edad de admisión no pasaría de 16 años y tendría dos departamentos; uno correccional y otro de reforma.

[216] Apartado elabora con información obtenida de: Soberanes Fernández, José Luis (comp.), *Memoria que el encargado de la Secretaria de Justicia e Instrucción Publica, presenta al Congreso de la Union en 15 de Septiembre de 1873, Memorias de la Secretaría de Justicia*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2007.

En este contexto jurídico-penal, los jueces de adultos decidían si los menores merecían la reclusión preventiva en establecimiento correccional o debían ser enviados a la cárcel con los adultos.

En el año de 1908, se trasladó a Tlalpan, la Escuela Correccional, que estaba ubicada en el exconvento de San Pedro y San Pablo, se segrego a los menores que cometían un delito o por su situación se pobres, requerían el apoyo del gobierno, sin embargo en las cárceles existían menores privados de su libertad.

1.1.8.5. Época Moderna.

Porfirio Díaz en 1900. Prevaleció una visión que interpreta a la infancia con base en características orgánicas, intelectuales o psicológicas, como una etapa que se extendían hasta los doce o los catorce años, pero dividida en dos:

> **Primera infancia.** Hasta los siete años.
>
> **Segunda infancia.** Hasta los doce o los catorce.

Se creía que esta etapa se caracterizaba por la inocencia y la indefensión, pero resultaba clave para la formación de los futuros padres y ciudadano, de ahí los esfuerzos educativos.

Al concluir la infancia los menores entraban en un estado indefinido, pues no se pensaba que hubieran llegado a la completa madurez intelectual o emocional pero sí que estaban en proceso de alcanzarla, por lo que recibían algunas responsabilidades o capacidades legales, por ejemplo, podían contraer matrimonio (ellos a los 14 años y ellas a los 12 años).[217]

La mayoría de edad o la adultez, equiparada a la plena conciencia o responsabilidad, solo se adquiría hasta los 18 años; esa era la edad en que los varones casados recibían la ciudadanía o la capacidad de votar, pues los solteros debían esperar hasta los 21 años.[218]

Ahora bien, estas interpretaciones de la infancia y la juventud no eran del todo aplicadas a los infantes que transgredían las normas de conducta.

En el caso de los niños delincuentes, incluso en el de los que carecían de familia y habitaban las calles y, en ciertos aspectos, en el de los niños de las clases populares, prevalecía una mirada ambigua; se les veía como la semilla de adultos alcohólicos, amorales o criminales, pero subsistía la idea de que, como menores no eran plenamente responsables de sus actos pues carecían de plena capacidad para discernir entre el bien y el mal o de conocer la ilicitud

[217] Artículo 160 del Código Civil de 1871.
[218] Artículo 34 fracción de la Constitución de 1857.

o las consecuencias de sus acciones. Así, se trata de una mirada ambivalente, que combinaba los resultados de estudios médicos y psicológicos con la idea de la inocencia infantil.

Tanto la visión sobre la infancia y la pubertad como la percepción de los niños y adolescentes transgresores explican el carácter de las leyes y las instituciones dirigidas a los menores delincuentes.

En cuanto a la determinación de la minoría o mayoría de edad, los redactores del código penal respetaron los límites comúnmente aceptados; establecieron un corte a los nueve, otro a los 14 y el último a los 18 años.

Para que un individuo fuera considerado como responsable de un delito o, lo que es lo mismo, como responsable de haber violado una ley penal o de haber dejado de hacer lo que ella mandaba, era necesario que hubiera contado con el discernimiento necesario para conocer la ilicitud del hecho u omisión.

Primer Corte. Se fijaba a los 9 años prácticamente igual que el fin de la primera infancia pues se creía que los menores de dicha edad carecían completamente de discernimiento y, por tanto, quedaban exentos de responsabilidad, no pudiendo ser considerados como delincuentes.

Segundo Corte. Se ubicaba a los 14 años igual que el fin de la infancia según el criterio prevaleciente e igual que la capacidad para adquirir matrimonio según la legislación familiar pues se creía que entre los 9 y los 14 algunos niños podían adquirir capacidad de discernimiento, pero no todos ellos, por lo que eran sometidos a un examen con el fin de evaluar su responsabilidad.

Sólo a partir de los 14 años se les consideraba como plenamente responsables, pero hasta cumplir los 18 merecían ayuda y protección por parte del Estado y de los particulares, recibían sanciones inferiores a las que merecían los adultos y se pensaba que no deberían ser castigados en los mismos establecimientos que los criminales consumados aunque esta idea solo se aplicó a finales del gobierno de Porfirio Díaz.

Así, en los 18 se fijaba el último corte o la mayoría de edad, en que se adquiría plena responsabilidad penal, poco más tarde que la capacidad de adquirir matrimonio e igual o poco antes que la capacidad para votar.

En el porfiriato, según las estadísticas oficiales, los menores criminales representaban un porcentaje menor respeto a la población infantil e incluso respecto al conjunto de los delincuentes.

Esto podría explicar la indiferencia de los juristas o criminólogos, pues son muy escasos los trabajos sobre criminalidad infantil realizados en el porfiriato.

Pero no coinciden con la postura de otras fuentes, como la prensa, cuya excesiva atención al problema resulta mayor que su incidencia real. Así, cuando se trata de dibujar la magnitud del problema hay una diferencia entre información estadística y testimonial de la época.

Penitenciaria del Distrito Federal de 1900. Llamada también Lecumberri, que significa "lugar bueno y nuevo" en idioma vasco, surge por la necesidad de la Reforma del Código Penal de 1871, inicia su construcción en 1885 y se inaugura en 1900, por el Presidente Porfirio Díaz, existiendo lugar para 400 delincuentes menores de 18 años, y 800 hombres adultos y 180 mujeres adultas.

Prisión para sentenciados, se trataba de castigar y punir a los presos, quiso establecer un sistema penitenciario progresivo conforme a los dictados del Código Penal de 1871.

Sergio García Ramírez. La clausuro en 1976, siendo su último director penitenciario. Actualmente es el Archivo General de la Nación.

Fundación de la Correccional de Mujeres de 1906. Porfirio Díaz, expide decreto para establecer la Correccional de Mujeres en Coyoacán, se mantendría a las menores en reclusión mediante una severa disciplina carcelaria, considerando el trabajo como una parte del castigo y no como una terapéutica del espíritu ni como una capacitación de la vida. Dicho decreto estableció que los menores no sean enviados a las Islas Marías.[219]

Propuesta de Cárcel de Menores de 1907. El Departamento Central del Distrito Federal, dirigió a la Secretaria de Justicia una exposición acerca de las cárceles adecuadas para menores.[220]

Circular Número 181 del 01 de Marzo de 1908.[221] Previno: 1. Que cuando los tribunales del Distrito Federal, tenga que practicar diligencias con menores recluidos en establecimientos de corrección penal, lo hagan por medio de orden o exhorto, según sea la categoría del tribunal, dirigido al Juez de Tlalpan, si se trataba de menores varones o al de Coyoacán, si se trata de menores mujeres; 2. Que cuando las diligencias requieran precisamente la presencia del menor y no puedan desahogarse por medio de exhorto, pidan la comparecencia por conducto del Gobierno del Distrito Federal y señalen para la diligencia los lunes o jueves de cada

[219] Marín Hernández, G., *Historia de las Instituciones de Tratamiento para Menores Infractores del Distrito Federal, México*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1991, p.p. 36-37.
[220] Solana, Celia, *Historia, Organización y Actuación de los Tribunales para Menores*, Revista Criminalia, Octubre de 1940. p.p. 81-82.
[221] Reyes Barragán, Ladislao Adrián, *La Administración Educativa de los Menores Infractores en los Estados Unidos Mexicanos*, Espacios Públicos, agosto, año/vol.11, número 022, Universidad Autónoma del Estado de México, México, 2008, p. 10.

semana; y 3. Que dichos Tribunales no difieran ni demoren la verificación de esas diligencias una vez señaladas, a fin de evitar que los menores regresen a su establecimiento a hora reglamentaria y que los agentes de policía no pierdan el tiempo inútilmente en la conducción y custodia de dichos menores.

Oficio Número 3410 de 1908. Comprendía a los menores de 14 años que hubieran obrado sin discernimiento.[222]

Reglamento del 25 de Octubre de 1908. Se describe la estructura de la nueva organización administrativa donde además se puntualiza el mal funcionamiento del antiguo lugar de reclusión de menores.

Propuesta de Jueces de Menores de 1908. Se realizaron las primeras tentativas en México para el nombramiento de jueces destinados exclusivamente a conocer de delitos de menores de edad. Ramón Corral, a iniciativa del Ministerio de Justicia, planteo la necesidad de crear Tribunales para Menores, bajo cuya jurisdicción quedaría la delincuencia juvenil.

Se pretendió crear Jueces Paternales, destinados exclusivamente a conocer exclusivamente los actos cometidos por menores de edad. Se crea la Escuela Correccional en Tlalpan. Se abandonó el criterio del discernimiento.

Circular Número 189 del 7 de Enero de 1910. Dispone que las diligencies que practiquen los jueces del ramo penal del Distrito Federal, en los procesos que instruyan contra menores delincuentes, recluidos en establecimientos de corrección penal y que estén situados fuera de su jurisdicción, encomienden la práctica de esas diligencias al juez bajo cuya jurisdicción se encuentra la Escuela Correccional.[223]

A pesar de que el Código Penal, establecía que los menores debían purgar sus penas en Instituciones Administrativas Especiales, como la reclusión preventiva en el establecimiento de Educación Correccional, en la Escuela de Sordomudos y en el Hospital, esto solo formó parte de la teoría.

Hasta 1917, fue la Secretaria de Justicia, quien se hacía cargo de todo el sistema de menores, era esta Secretaria la que proporcionaba los recursos humanos y materiales para el funcionamiento de la correcta administración de justicia, como bien lo plantea Omar Guerrero.[224]

---

[222] *Ídem*.

[223] *Op. cit.*, Marín Hernández, Genia, p. 520.

[224] Guerrero, Omar, *La Secretaría de Justicia y el Estado de Derecho en México*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1997, p.p. 1 y ss.

Institución para Sustraer a los Menores de la Represión Penal de 1912.[225] El dictamen de Macedo y Pimentel, aprobaron dejar fuera del Código Penal a los Menores. Proponía investigar la persona y ambiente del menor, su escuela y su familia y establecer la libertad vigilada.

La comisión de reforma del Código Penal, designada por aquel tiempo, recibió de la subcomisión el proyecto de Tribunales para Menores y en la publicación de los trabajos de revisión del Código Penal se sustraía a los menores de la represión penal, se evitaba su ingreso a la cárcel y se criticaba el funcionamiento de la correccional, que consideraban una cárcel más.

El dictamen de Macedo y Pimentel, había aceptado abandonar la cuestión del discernimiento y colocaba francamente fuera del Código Penal a los menores de 18 años, para tratarlos conforme a su escasa edad y no conforme a la importancia jurídica de los hechos. Sin embargo, el proyecto de Código Penal, siguió sosteniendo el criterio del discernimiento y la aplicación de penas atenuadas.

No se llegó a cambiar la legislación de 1871. En conclusión, Miguel S. Macedo y Victoriano Pimentel, al dictaminar acerca de la iniciativa de 1908, recomendaron el establecimiento de una institución para sustraer a los menores de la represión penal y someterlos a la tutela moral de la sociedad, proponiendo una reforma al Código Penal de 1871, pero conservando el criterio de discernimiento relacionado con la edad en cuanto a responsabilidad de los menores y determinando excluir a los niños entre 9 y 14 años, a menos que el acusador pudiera probar que se actuó con conocimiento de que se obraba mal al cometer el delito y la pena era entre un medio y dos tercios menor a la que correspondía a los adultos.

Al cumplir la mayoría de 18 años, pasaba a la prisión con los adultos si no había cumplido su condena.

Proyecto de Reformas de 1912. De cierto relieve fueron las reformas que pretendió introducir en materia de imputabilidad, el proyecto de 1912, continuo relacionándola por vía negativa.

Minoridad en el Proyecto de Reformas de 1912. No hay innovación digna de comentario en el sistema de inimputabilidad absoluta o condicionada de los menores de edad penal. Se conservó el sistema del Código Penal de 1871; suprimiendo tan solo la mención del acusador en la fracción IV del artículo 34 y agregando a la educación intelectual entre las que mencionaba el recordado artículo 127 relativo a la reclusión en establecimiento de corrección penal.

[225] *Op. cit.*, Solís Quiroga, Héctor.

Sobre la base de una promoción del Gobierno del Distrito Federal, Macedo y Pimentel, dictaminaron que convendría elevar a 14 años la edad de irresponsabilidad absoluta y sujetar a prueba de discernimiento a los infractores de entre 14 y 18 años, esta idea no prosperó.

Macedo y Pimentel, Ideas que No Prosperaron. Excluir de pena a los menores que cometieron faltas levísimas, resolver siempre a favor de los menores, en caso de duda sobre el discernimiento, vistos los funestos resultados de la reclusión en casas de corrección y sustraer a los menores de la represión penal y someterlos en cambio a la tutela moral de la sociedad, siguiéndolos muy de cerca y sin abandonarlos un momento, para dirigir su marcha por los buenos senderos.

Preceptos del Proyecto de Reformas de 1912, Aplicables a los Menores.

> **Artículo 127.** La resolución de esta clase (en el establecimiento de corrección penal), se hará efectiva en un establecimiento de corrección, destinado exclusivamente para la represión de jóvenes mayores de nueve años y menores de diez y ocho, que hayan delinquido con discernimiento. En dicho establecimiento recibirán a la vez educación física, intelectual y moral.
>
> **Artículo 128.** Los jóvenes condenados a reclusión penal, estarán en incomunicación absoluta al principio de su parte, desde ocho hasta veinte días, según fuere la gravedad de su delito, pero pasado ese periodo, trabajaran en común con los demás reclusos, a no ser que su conducta posterior haga de nuevo necesarias su incomunicación.
>
> **Artículo 129.** Lo prevenido sobre la retención y libertad preparatoria, en los artículos 156 bis I, 156 bis 3, 156 bis 5 al 156 bis 8, se aplicara a los jóvenes condenados a reclusión penal.
>
> **Artículo 157.** La reclusión preventiva en establecimiento de educación correccional, se aplicara: A los acusados menores de nueve años, cuando se crea necesaria esa medida, ya por no ser idóneas para darles educación las personas que los tienen a su cargo, o ya por la gravedad de la infracción en que aquellos incurran. A los menores de catorce años y mayores de nueve que, sin descernimiento infrinjan alguna ley penal.
>
> **Artículo 158.** Siempre que por el aspecto del acusado se conozca o conste por otro medio legal que no ha sido cumplido nueve años, se hará desde luego lo que previene el artículo anterior, sin más diligencias que levantar una acta en que conste la determinación del juez y sus fundamentos.
>
> **Artículo 159.** El termino de dicha reclusión lo fijara el juez, procurando que sea bastante para que el acusado concluya su educación primaria y no excederá de seis años.
>
> **Artículo 160.** Ni los jueces ni las autoridades gubernativas podrán poner en establecimientos de educación correccional, ni serán admitidos en ellos, jóvenes condenados por haber delinquido con discernimiento.
>
> **Artículo 161.** Las diligencias de sustanciación que se hayan de practicar con el acusado menor de catorce años, se ejecutaran precisamente en el establecimiento de educación correccional y no en el juzgado. Si resultare que obro sin discernimiento, se le impondrá la reclusión de que habla la fracción II del artículo 157, en caso contrario, se le y trasladara al establecimiento de corrección penal.

Secretaria de Justicia en 1917.[226] Se hacía cargo de todo el sistema de menores, proporcionaba los recursos humanos y materiales para el funcionamiento de la correcta administración de justicia, como bien plantea Omar Guerrero.

Decretada su desaparición por el constituyente de 1917, sus funciones fueron absorbidas por un departamento judicial y la Secretaria de Gobernación.

Decreto del 01 de Mayo de 1917. Se sumaron a la Secretaria de Estado los negocios que habían pertenecido a la Secretaria de Justicia y las Instituciones especiales para el tratamiento de los menores infractores quedaron a cargo del Gobierno del Distrito Federal.

Bases de Asistencia para la Niñez de 1917. Los Constitucionalistas se empeñan en crear las bases del sistema asistencial para la niñez en México.

Tribunal Protector del Hogar y la Infancia de 1920. Incluyéndolo en un proyecto de reforma a las Ley Orgánica de los Tribunales del Fuero Común y el Primer Congreso Criminológico y Penitenciario Mexicano celebrado en 1923.

Se trataba de realizar una amplia labor de estudio con el propósito de elaborar nuevos métodos de corrección, regeneración y aislamiento de los elementos temibles y desterrar la idea de que los reformatorios y los establecimientos penales eran montones de piedra y ladrillo, cementerios para hombres vivos o escuelas de crimen y vicios.[227]

Se formuló un proyecto de reformar a la Ley Orgánica de los Tribunales del Fuero Común de Distrito Federal, proponiendo la creación de un Tribunal Protector del Hogar y la Infancia, que buscara cuidar el orden de las familias y los derechos de los niños.

Un año después, en el Congreso Internacional del Niño, se trató nuevamente la necesidad de proteger a la infancia y de fundar Tribunales Infantiles.

El Tribunal Civil, estaría al pendiente de la pensión alimenticia, que las madres se encarguen de sus hijos, los cuiden, los castiguen, de la patria potestad, resolver solicitudes de matrimonio de menores de diez y ocho años de edad.[228]

El Tribunal Penal, resolvería los casos de los menores infractores, en cuanto a la comisión de ilícitos.

Primer Congreso Mexicano del Niño de 1921. Aprobó el proyecto para la creación de un tribunal de menores, patrocinado por el periódico Universal, en el Primer Congreso

[226] *Op. cit.*, Guerrero, Omar.
[227] Gasca Villaseñor, Celestino, Gobernador del Distrito Federal de 1920-1923, Informe del Gobierno del Distrito Federal del 1º de Agosto de 1922 al 31 de Julio de 1923, *Escuela Correccional*, México, 1923, p. 20-23.
[228] *Un voto de gran trascendencia para la Familia y para la Raza*, Periódico El Universal, 07 de Enero de 1921, p.p. 1-4.

Mexicano del Niño sobre eugenesia, higiene, legislación y pedagogía. Se solicitó establecer dos Tribunales para Menores uno Civil y otro Penal.

Primer Tribunal para Menores en San Luis Potosí de 1922.[229] Ley de Tribunales Infantiles, análisis de dicha Ley:

1. La jurisdicción del Tribunal Infantil, la minoría de edad.

2. El discernimiento y la irresponsabilidad (inimputabilidad) del menor.

3. El tratamiento para los menores y en términos generales.

4. La naturaleza y composición del Tribunal Infantil.

Jurisdicción del Tribunal. Artículo 1. Se establece en la Capital del Estado un Tribunal para juzgar a los delincuentes menores de 14 años.

Observamos los Siguientes Aspectos. 1. El establecimiento de una institución especial para juzgar a los menores; 2. La delimitación de la minoría de edad del delincuente infantil; 3. La necesidad de crear el tribunal se justificó en el motivo cuarto del debate de la ley, con los siguientes argumentos: "Al juzgar a los niños, más que la aplicación rígida de la ley, corresponde un espíritu de maternal justicia, lo que quiere decir que la función judicial se debe transformar en una función de Beneficencia."

El Quinto Motivo Reforzó esta Idea, Postulando. "Los juicios de menores debían atribuirse al conocimiento de cortes especiales completamente separadas de los tribunales ordinarios."

Una parte de la legislatura se opuso a esa idea y en las objeciones al motivo cuarto se adujo que el Código Penal establecía que a los menores, aun cuando actuaran con discernimiento, no se les imponía prisión, sino reclusión en un establecimiento de educación correccional, con una internación de la tercera parte de lo que duraría un adulto en la prisión.

En el mismo sentido encontramos la objeción al motivo primero, como negativa a la reforma en la legislación de menores: Sostienen en la objeción los legisladores contrarios a la propuesta de la Ley, que el problema no está en la ella sino en su inobservancia.

Esto nos muestra que en San Luis Potosí, los establecimientos correccionales y escuelas de corrección penal, a pesar de estar contempladas en las normas, no existían, adjudicando la responsabilidad de esta omisión al Ejecutivo.

[229] Ley de Tribunales Infantiles. Decretada por el H. XXVII Congreso del Estado y Promulgada por el Ejecutivo el día 09 de Noviembre de 1922, Talleres Gráficos de la Ed. Industrial Benito Juárez, San Luis Potosí; Aportó copia fotostática de la Ley original en comento, el Señor Licenciado José Alfredo Villegas Galván.

Irresponsabilidad y su Tratamiento. Artículos que Contienen Disposiciones sobre la Irresponsabilidad Penal del Menor.[230]

Artículo 3. Se considera que todos los menores de catorce años son irresponsables de los delitos y faltas que comentan; pero quedaran sujetos a las medidas que disponen el Código Penal y esta Ley para su educación correccional.

Artículo 4. Los menores de catorce años, serán consignados a dicho Tribunal y, en consecuencia, están exentos de la Jurisdicción represiva de la Autoridad Judicial.

Artículo 5. El tribunal estará constituido por un Juez, un Médico y un Asesor benévolo.

Artículo 6. Habrá un Delegado del Tribunal en cada Municipio del Estado, para los efectos que expresa en el artículo 2º.

Artículo 7. Los Asesores benévolos y los Delegados deberán ser designados por las Sociedades de Beneficencia de la Capital del Estado o si no las hubiere, por el Ejecutivo, teniendo en cuenta su moralidad y rectitud.

Artículo 8. Los Jueces serán nombrados por el Ejecutivo y los Delegados por el Ayuntamiento del lugar donde ejerzan sus funciones.

Artículo 9. Las resoluciones que dicte el Juez deberán pasarse en el dictamen médico-legal que extienda el Facultativo que forme parte del Tribunal y en la opinión del Asesor benévolo, que expresara los medios de corrección social que estime a propósito. Estas resoluciones no serán consideradas como Judiciales, sino como medidas de vigilancia, educación y asistencia a favor de los menores, para corregir sus inclinaciones viciosas.

Artículo 10. El Tribunal, al dictar sus resoluciones, obrara a verdad sabida y buena fe guardada, teniendo en cuenta principalmente los motivos o móviles de la falta y el carácter del delincuente y encaminando las medidas de corrección que dicten a procurar el objeto indicado en la última parte del artículo anterior.

El Tribunal sería Competente.[231]

Artículo 11. I. Para intervenir modificando ejercicio de la patria potestad o de la tutela, si los que la ejercen tratan a los niños con severidad excesiva, no los educan, les imponen preceptos inmorales o les dan consejos o ejemplos corruptos. II. Para dictar las medidas preventivas y correctivas que, conforme el Código Penal del Estado, procedan respecto a los menores. III. Para dictar las medidas que estime necesarias para la regeneración del niño que haya cometido algún delito o falta.

Artículo 12. El Tribunal podrá dictar como medidas de corrección las que establece el Código Penal, y, además, las siguientes: 1. Amonestación privada. 2. Amonestación pública delante de las personas que estén presentes en audiencia. 3. Cualquiera otra determinación que tienda a la enmienda del niño. En este artículo se contemplan medidas de apremio.

[230] *Ídem*.
[231] *Ídem*.

En el caso de las dos primeras fracciones, la amonestación no pasaba de ser una medida más que nada moral.

La tercera fracción daba al Tribunal la capacidad de poder aplicar diferentes medios de enmienda, con lo que el niño podía quedar sujeto a una serie de tratamientos que, según la interpretación de esta disposición, podían ir desde medidas de carácter moral, hasta la privación de la libertad.

Artículo 13. Las medidas de corrección que se adopten, se entienden sujetas a las alteraciones que decrete el Tribunal teniendo en cuenta las condiciones del menor.

Artículo 14. Las audiencias del Tribunal serán privadas y, en consecuencia, nadie podrá asistir a ellas, sino con consentimiento del mismo Tribunal, queda también prohibido ministrar datos a la Prensa sin autorización del Juez.

Artículo 15. El Asesor benévolo debe presentar en cada caso un informe escrito, estableciendo los resultados de sus investigaciones y aconsejando los medios de regeneración.

Artículo 16. El medico deberá presentar un estudio médico-legal del niño, tan completo como fuera posible por cuanto a los elementos psicofísicos de herencia medio, etc., que hayan concurrido en el caso, aconsejando cuales sean los medios que estime convenientes para la corrección.

Artículo 17. El Juez podrá dictar las medidas de precaución que estime necesarias para asegurar el procedimiento de investigación, pudiendo dejar al niño en el seno de su familia si le pareciere conveniente.

Artículo 18. Las resoluciones que dicte el Tribunal serán siempre condicionales, sujetas a revocación y a las limitaciones que establezca el mismo.

Artículo 19. La Jurisdicción del Tribunal no cesa con la sentencia sino que deberá cuidar de su cumplimiento y de que se apliquen nuevas medidas a providencias que estime necesarias para la corrección del niño.

Artículo 20. El Juez puede, para la sujeción del régimen de corrección o educación penal establecida por el Código Penal del que se habla en el artículo 11. Mandar:

1. La entrega del niño a su familia, con obligación de presentarlo periódicamente al Juzgado informando de su conducta.

2. La internación en un asilo o internado apropiado, hasta la mayor edad, en un establecimiento de curación de anormales o en una Institución de Caridad reconocida de utilidad pública por el Gobierno del Estado.

3. La libertad vigilada por un guardián que designe el Tribunal.

4. La colocación del niño en el seno de otra familia que quiera admitirlo, debiendo sus padres o encargados, pagar los gastos si el Juez lo creyere factible.

5. La colocación del niño en un taller o escuela, en el concepto de que los que lo tengan a su cargo, deberán informar periódicamente de la conducta que observa.

Artículo 21. Periódicamente el Tribunal citara a los niños que estén bajo su jurisdicción, para lo cual llevara su registro, y leerá los informes de los que se hayan conducido bien y les dará los consejos que estime convenientes.

Artículo 22. En cualquier momento podrá el Juez cambiar las medidas de protección o de corrección que haya dictado.

Artículo 23. Cuando el Tribunal haya dictado resoluciones que modifiquen el ejercicio de la patria potestad, en cualquier momento en que estén en vigor pueden los interesados solicitar la derogación o la alteración respectiva, y se les negare, podrán acudir en apelación ante el Tribunal del Estado, debiendo admitirse el recurso en el efecto devolutivo.

Artículo 24. En todos los demás casos las resoluciones del Tribunal admitirán el recurso de revocación y la resolución que mande la corrección admitirá, además, el de aclaración.

Artículo 25. Los auxiliares que designe el Tribunal deberán ser personas que demuestren interés por la educación y la corrección de la infancia.

Artículo 26. En cualquier momento en que el niño este bajo la jurisdicción del Tribunal, este puede completar el proceso con nuevos datos para tomar las medidas que estime convenientes en vista de la corrección del procesado.

Artículo 27. El Tribunal cada año presentara al Gobierno del Estado un informe sobre el funcionamiento y resultados del mismo.

Artículo 28. Los menores de edad que se entreguen al desorden o a la prostitución deben quedar sujetos a las medidas de protección y de corrección señaladas por esta Ley y el Gobierno del Estado obligado a consignarlos al Tribunal y a sus corruptores a los Tribunales ordinarios.

Artículo 29. Las asociaciones que se dediquen a la protección de los menores delincuentes deberán solicitar para su funcionamiento en esta Ley, su reconocimiento del Gobierno del Estado, presentando una petición que indique los recursos del Establecimiento y la reglamentación a que este sujeto el mismo.

Artículo 30. El ejecutivo del Estado puede dictar las condiciones que estime necesarias para reconocer a los establecimientos a que se refiere el artículo anterior como de educación o de corrección penal.

Artículo 31. El reconocimiento da derecho a que las personas que designe a la Institución pueden actuar como Asesores benévolos y, además, a presentar en cualquier caso las recomendaciones que estimen necesarias para la protección del niño delincuente.

Artículo 32. Los referidos establecimientos serán los utilizados preferentemente por el Tribunal en relación con las medidas de corrección o de educación que dicte.

Artículo 33. El Ejecutivo del Estado podrá nombrar Inspectores que visiten los establecimientos y revocar la autorización concedida.

Artículo 34. El Juez que forme parte del Tribunal para jóvenes delincuentes podrá no ser abogado; pero deberá tener conocimientos suficientes en derecho para que pueda llenar su función y ser de reconocida moralidad y honradez.

Artículo 35. Los auxiliares encargados de la vigilancia de los menores serán designados libremente por el Tribunal de menores.

Artículo 36. El Tribunal aplicara todas las decisiones de la legislación del Estado que no se opongan a la presente Ley.

Artículo 37. Se faculta al Ejecutivo del Estado para reglamentar esta Ley a fin de procurar la realización de los principios que contiene.

Artículo 38. Quedaran derogadas todas las disposiciones de las Leyes hoy vigentes que están en pugna con la presente.

Congreso Criminológico de 1923. Se aprobó el proyecto del abogado Antonio Ramos Pedrueza, que insistía en crear los Tribunales para Menores.

Unión Internacional de Socorro para Menores de 1923. Se funda la Union Internacional de Socorro para Menores.

Primera Junta Federal de Protección a la Infancia de 1924. Se fundó en el año de 1924, se desconoce su actuación, su misión era proteger a la infancia y a la juventud, antecedente del IMAN, del IMPI y ahora del DIF.

Quinta Asamblea de la Sociedad de Naciones de 1924. Se llevó acabo la Quinta Asamblea de la Sociedad de Naciones, celebrándose en Ginebra, aprobándose los derechos de los niños.

Primer Tribunal para Menores en el Distrito Federal de 1926.[232] Se creó en el Distrito Federal, el Primer Tribunal de Menores, sirvió para esa finalidad, el proyecto del Dr. Roberto Solís Quiroga, que se refería a un Tribunal Administrativo para Menores y fue presentado al Prof. Salvador M. Lima, Director Escolar de los Establecimientos Penales del Gobierno del Distrito Federal, quien lo estimo de gran importancia y decidió presentarlo al abogado Primo Villa Michel, Secretario de Gobierno del Distrito Federal y contando con la anuencia del Gobernador General Francisco Serrano, se formuló el Reglamento para la Calificación de los Infractores Menores de Edad en el Distrito Federal.

El Tribunal de Menores, estaba separado del campo penitenciario, sus instituciones de corrección y de encierro asumieron el modelo penal general.

El Tribunal de Menores, partió de la necesidad de saber, de producir diagnósticos y de establecer etiologías.

La naciente justicia para menores, llamó a escena a los jóvenes protagonistas del cuidado del niño, la pediatría, la psicología infantil y la asistencia social.

[232] Apartado elaborado con información obtenida de: Azaola, E., *La Institución Correccional en México, Una Mirada Extraviada*, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, Siglo XXI, México, 2077, p. 52.

Las Audiencias no eran públicas. Solo concurrían las personas citadas, familiares, vecinos o patrones. El Tribunal se consideraba una institución educativa y no punitiva a los niños. No contaban con defensores de oficio.

Proyecto de Reforma a la Ley Orgánica de Tribunales del Fuero Común del Distrito Federal de 1926. Se propone la creación de un Tribunal Protector del Hogar y la Infancia. Es creado el Tribunal para Menores de la Ciudad de México, para corregir las faltas administrativas. Se crea el Reglamento para la Calificación de los Infractores Menores de Edad en el Distrito Federal.

Reglamento para la Calificación de los Infractores Menores de Edad en el Distrito Federal de 1926. Se contó con la anuencia del Gobernador General Francisco Serrano, y se formuló el mencionado reglamento. El artículo 73, estableció que una de las funciones de la casa de observación, lugar donde permanecían los niños mientras eran estudiados, era crear hábitos de orden, de trabajo, de veracidad, de servicio, de estudio, de aseo.[233]

Primer Proyecto de un Tribunal Administrativo de Menores de 1926. Se formula el primer proyecto para la fundación de un Tribunal Administrativo para Menores a iniciativa de los señores Roberto Solís Quiroga, Guadalupe Zúñiga de González y Salvador M. Lima, integrándolo ellos mismos; y se expide a la vez, el Reglamento para Calificación de los Infractores Menores de Edad en el Distrito Federal, de donde nació la iniciativa para la creación de un Tribunal para Menores que se hizo realidad en 1928.

Instituto Interamericano del Niño de 1927.[234] Los aspectos más importantes respecto a los niños son los siguientes:

1. Derecho a la vida.

2. Derecho a la Educación.

3. Derecho a la Educación Especializada.

4. Derecho a mantener y desarrollar la propia personalidad.

5. Derecho a la Nutrición Completa.

6. Derecho a la Consideración Social. La suma de estos derechos del niño forma el derecho integral del derecho a la vida.

Ley Sobre la Prevención Social se la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal del 30 de Marzo de 1928. (Ley Villa Michel). El 30 de Marzo de 1928, se expide la Ley Sobre la

[233] Ceniceros y Garrido, *Consejo Tutelar para Menores*, Archivo General de la Nación, México, 1936, p. 278.
[234] Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, www.iin.oea.org/...nino/tabla_derechos_del Nino.htm, fecha de consulta noviembre de 2011.

Prevención Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal, conocida como Ley Villa Michel, en honor a su creador, Ley que toma a su cargo la organización del Tribunal.

Esta Ley fue publicada en el Diario Oficial del 21 de Junio de 1928, con vigencia del 1 de Octubre de ese mismo año.

Los menores de 15 años, no contraían responsabilidad criminal y que más que un castigo, se les aplicaría un tratamiento de carácter preventivo, medico, educativo y de vigilancia que los restituyera al equilibrio social. La acción del Tribunal, se extendió no solo a los infractores e incorregibles, sino también a los abandonados, menesterosos, vagos e indisciplinados.

Si eran menores de 15 años, serian matriculados en la casa de observación, si tenían 16, 17 0 18 años, serían enviados a la escuela correccional. Con más de 18 años, les correspondía cárcel preventiva, artículo 24 de la Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil del Distrito Federal de 1928.

Significó un importante avance, pues los menores que llegan a infringir las leyes penales, ya no quedaban sujetos a la competencia de las autoridades judiciales, sino que tenían que ser puestos a disposición de la autoridad competente para que se les siguiera un proceso ante el Tribunal para Menores del Distrito Federal. Solís Quiroga, en su momento, definió la esencia de esta nueva ley en el sentido de que:

> El Estado deberá encaminarse a eliminar la delincuencia juvenil corrigiendo a tiempo las perturbaciones físicas y mentales de los menores, evitando un medio familiar deficiente, en la edad critica por lo que atraviesan y necesitan más que de una pena estéril y nociva; otras medidas que lo atribuyan al equilibrio social, tomando en cuenta las características físicas, mentales y sociales del infractor.[235]

Entre los razonamientos fundamentales que inspiraron la ley, se impuso la idea de que: Los menores de 15 años que infringieran las leyes penales eran víctimas del abandono legal y moral, por 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 le evolución puberal.

Por ende, necesitaban medidas especiales las cuales debían tomarse en cuenta no el acto mismo sino las condiciones físico-mentales y sociales del infractor.[236]Así, la nueva ley encontró su fundamento en un concepto amplio de la delincuencia juvenil y oriento sus disposiciones dentro del objetivo de la prevención específica.

[235] *Op. cit.*, Solís Quiroga, Héctor, p. 625.

[236] Ley Sobre la Prevención Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal y Territorios.

Con base en ello, se determinó la sustracción del menor del ámbito del Derecho Penal y, dentro de ese contexto, el artículo primero de la ley establecía la nueva competencia de los Tribunales, en los siguientes términos:[237]

> En el Distrito Federal, los menores de quince años de edad no contraen responsabilidad criminal por las infracciones de las leyes penales que comentan; por lo tanto, no podrán ser perseguidos criminalmente ni ser sometidos a procesos ante las autoridades judiciales; pero, por el solo hecho de infringir dichas leyes penales, o los reglamentos, circulares y demás disposiciones gubernativas de observancia general, quedan bajo la protección directa del Estado, que previos a la investigación, observación y estudios necesarios, podrán dictar las medidas conducentes a encauzar su educación y alejarlos de la delincuencia.

La acción de los Tribunales se extiende, entonces, también a los casos de niños abandonados, vagos, indisciplinados y menesterosos. Su intervención en los casos de incorregibles quedaba vigente a petición de los padres o tutores.

Si bien con un espíritu protector se sustraía al menor del Derecho Penal, se abre una gama ilimitada de posibilidades por la que estos pueden ser, no obstante, juzgados y probados de su libertad.

La ley da entrada a los criterios del Derecho Penal de autor y de la peligrosidad, que habrán de marcar la justicia de menores en México hasta la entrada en vigor de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores.

El Tribunal para Menores, siguiendo el criterio que el Estado sostenía al respecto y que consistía en "proteger a los menores" aplicaba solo medidas que encausaran a los menores en su educación y al distanciamiento de la delincuencia.

Artículo 7º de la Ley. Determina que el Tribunal se divide en Salas y cada una de ellas integrada por tres miembros, un profesor normalista, un médico y un experto en estudios psicológicos. Dos eran varones y una mujer; las medidas decretadas, se dictaban después de la observación del menor y elaborados los estudios médicos, psicológicos y pedagógicos, para determinar las medidas protectoras o educativas a imponer.[238]

Reglamento de los Tribunales para Menores del Distrito Federal del 15 de Noviembre de 1928. Se expidió el primer reglamento, estableciendo el requisito esencial de la observación previa de los menores, antes de resolver sobre su situación.

Presidente del Tribunal de Menores del Distrito Federal de 1929. Salvador M. Lima García. Manifestó que la obra espiritual más gloriosa de la Revolución Mexicana, ha sido la creación

[237] *Ídem*.
[238] *Op. cit.*, Domínguez Rivera, Teresa.

del Tribunal para Menores. Los niños moralmente abandonados y la función social del Tribunal para Menores de la Ciudad de México.[239]

Gilberto Bolaños Cacho en 1929.[240] Sostuvo la necesidad de que los infantes infractores fueran examinados por otros especialistas y no únicamente por los jueces de lo penal, en tanto que era necesario que individuos capacitados especialmente en psicopedagogía, en sociología y en asuntos menores de conducta irregular fueran los encargados de conocer todos estos problemas.

Esto porque era una materia delicada, porque se trataba de inquirir en la naturaleza propia de los infantes y decidir acerca de las posibilidades de su rehabilitación social y moral y de su incorporación a la vida productiva.

Consideraba que la infancia estaba compuesta de una sustancia plástica, moldeable, inmadura e inexperta que adolecía del sentido de responsabilidad por lo que era susceptible de modificarse siempre en beneficio suyo a través de tratamientos psicopedagógicos y rehabilitantes y no punitivos como en el caso de los adultos.

Decreto de 1929. Se expidió declarando la calidad docente del cargo de Juez del Tribunal para Menores, de acuerdo con su espíritu esencialmente educativo, pero en el propio 1929, hubo un retroceso al expedirse un nuevo Código Penal del Distrito Federal y Territorios Federales.

Estableció que a los menores de 16 años, se les impondría sanciones de igual duración que a los adultos, pero en las instituciones que menciona, con espíritu educativo.

A su vez el Código de Organización, Competencia y Procedimientos en Materia Penal, hacia intervenir al Tribunal para Menores Delincuentes y al Ministerio Publico, dentro de los términos constitucionales, ordenando se dictara la formal prisión y se concediera la libertad bajo caución, todo un proceso.

Código Penal Federal de 1929. Conocido como Código Almaraz, se expidió un nuevo y diferente Código Penal Federal que se componía de 1233 artículos, fuertemente censurado en virtud de pretender basarse decididamente en las orientaciones del positivismo.

Este Código tristemente célebre, se caracterizó por sus notorias contradicciones y su deficiente redacción, de tal modo que jueces y litigantes se dolían de su inaplicabilidad.

Por virtud de ello, dicho Código fue derogado totalmente en el año de 1931, negaba el libre albedrio, clasificaba a los delincuentes, era importante el delincuente y no el delito.

---

[239] Lima García, Salvador M., *Los Niños Moralmente Abandonados. (Tribunal de Menores)*, Herrero Hermanos Sucesores, México, 1929, p.p. 36-37.

[240] Apartado elaborado con información obtenida de: Azaola, *La Institución Correccional en México, Una Mirada Extraviada*, Siglo XXI. Editores/Ciesa, México, 1990, p. 54.

Pascual Ortiz Rubio, promulgó el nuevo Código Penal que actualmente se encuentra en vigor, con las reformas que se han ido sucediendo, no se encuentra adscrito a una determinada escuela, respeta la tradición mexicana y su formalismo es análogo al de otros códigos.

No apuntó el Código Almaraz, ninguna noción positiva de la imputabilidad, por el contrario, la enfrento a través de las excluyentes que considerablemente redujo, acorde con las ideas positivas que hasta cierto punto lo inspiraron.

La Propia Comisión Destacó. Que solo Podría Lucharse Eficazmente En Contra De La Delincuencia Juvenil Si Se Realizaban Los Siguientes Postulados:

1. Tribunales especiales para menores delincuentes.

2. Procedimientos esencialmente tutelares y no represivos.

3. Sanciones adecuadas que deberían aplicarse por un personal competente, especializado y mediante la observación y el estudio científico de la personalidad del menor.

4. Establecimientos especializados organizados debidamente para lograr el fin educativo, el correctivo y el curativo.

5. La edad límite para la responsabilidad penal se fijó en los 16 años. A partir de esa edad se les daba un tratamiento igual que al de los adultos.

Minoridad en el Código Penal Federal de 1929. Ningún código mexicano ha acentuado tanto y con tan poca fortuna la imputabilidad penal de los menores, como lo hizo el Código Penal Federal de 1929.

Dicho Código se programó o se fundó en la responsabilidad social, extremo sus prevenciones hasta el punto de sujetarse a los menores, en ciertos casos, a las mismas penas prescritas para los mayores según fue el caso de las llamadas "sanciones complementarias" y del extrañamiento, el apercibimiento y la caución de no ofender.

No solo tuvo en cuenta el legislador consideraciones de escuela y de defensa social, sino también problemas constitucionales, al regular de esta suerte el régimen de los menores, según declaro José Almaraz, quien comentó que se considera delincuentes desde el punto de vista social y no moral, a los menores que con sus actos revelan el estado peligroso, de este modo, se logran también los fines que persigue la doctrina positivista.

El Código Almaraz, desterró la imputabilidad disminuida, la Escuela Clásica y el Código derogado resolvían fácilmente el problema, si la responsabilidad no era completa, había que atenuar la pena en proporción al defecto sufrido.

El Código se redactó sobre la base de que desaparecido el principio de responsabilidad moral y con él las excluyentes relativas a la menor edad, se imponía escoger las sanciones o medidas

adecuadas para transformar a los menores delincuentes en individuos socialmente capaces para vivir en sociedad.

Considera delincuentes desde el punto de vista social y no moral, a los menores que con sus actos revelan el estado peligroso, de este modo, se logran también los fines que persigue la doctrina positiva.

Este proyecto se basa exclusivamente en la doctrina de la defensa social y como las sanciones para delincuentes adultos persiguen un fin correccional y carecen de todo carácter de expiación o de compensación, desaparece la necesidad de crear un cuerpo de leyes especiales para menores.

Preceptos del Código Almaraz aplicados a los Menores.

> **Artículo 69.** Las sanciones para los delincuentes comunes mayores de diez y seis años son: Extrañamiento, Apercibimiento, Caución de no ofender, Multa, Arresto, Confinamiento, Segregación, Relegación.
>
> **Artículo 71.** Las sanciones para los delincuentes menores de diez y seis años, además de las procedentes que mencionan el artículo 73 y las tres primeras fracciones del 69, son: Arrestos Escolares, Libertad Vigilada, Reclusión en Establecimientos de Educación Correccional, Reclusión en Colonia Agrícola para Menores, Reclusión en Navío-Escolar.
>
> **Artículo 181.** Las sanciones que correspondan a los menores delincuentes, tendrán la duración señalada para los mayores, pero desde que cumplan diez años, quedaran al cuidado del consejo supremo de defensa y prevención social, el que señalara el establecimiento adecuado al que deban trasladarse.
>
> **Artículo 182.** El menor delincuente que no fuere moralmente abandonado ni pervertido, ni en peligro de serlo y cuyo estado no exija un tratamiento especial, será confiado en situación de libertad vigilada a su familia, mediante caución adecuada a juicio del consejo supremo de defensa y prevención social.
>
> **Artículo 183.** El menor delincuente moralmente abandonado, será confiado en situación de libertad vigilada, a una familia honrada, si esto no fuere posible, o si no, se cumplen las obligaciones especiales a que se refiere el artículo 142, el menor se confiara a una escuela, aun establecimiento de educación o a un taller privado.
>
> **Artículo 184.** Al menor que hubiere cometido un delito cuya sanción sea la privación de libertad por más de dos años, si esta moralmente pervertido o revela persistente tendencia al delito, se le aplicara la sanción correspondiente, que cumplirá en un establecimiento de educación correccional.
>
> **Artículo 185.** El delincuente mayor de doce años y menor de diez y seis podrá, ser condenado condicionalmente, si el delito cometido no merece sanción mayor de cinco años de segregación, en caso contrario, cumplirá su condena en colonia agrícola.
>
> **Artículo 186.** Si el delito tuviere una sanción mayor o si el menor revela tendencia persistente al delito, se le destinara desde luego a la colonia agrícola o al navío-escuela.

Artículo 187. En tanto se establecen las colonias agrícolas y el navío-escuela, las sanciones que se impongan a los menores se extinguirán en la escuela de educación correccional.

Artículo 188. Las sanciones con que se conminan los delitos en el libro tercero de este código, deberán substituirse para los menores de 16 años de la siguiente manera:

1. Segregación y Relegación por reclusión en establecimientos de educación correccional, colonias agrícolas o navío-escuela.

2. Confinamiento por libertad vigilada.

3. Multa por libertad vigilada, arrestos escolares o reclusión en establecimientos de educación correccional, según la temibilidad del menor.

Otras Precisiones sobre el Código. Orientado por la escuela positivista de finales del siglo XIX, manejó la responsabilidad social de la negación del libre albedrio, consideró al menor como persona socialmente responsable, para poder sujetarlo a tratamiento educativo acorde con la ley Villa Michel de 1928, esta ley apartó al menor del Código Penal, para introducirlo en un ámbito de pedagogía correctiva, se aconsejó su libertad vigilada a una familia honrada o internarlo en una escuela o en un taller privado, creó postulados para combatir la delincuencia juvenil, mediante la creación de tribunales especiales para menores delincuentes, procedimientos tutelares y no represivos, sanciones adecuadas, aplicadas por personas competentes y especializadas que estudiaran la personalidad del joven, establecimientos con un fin educativo y curativo.

La edad límite se fijó en 16 años, a partir esta edad, se les trataba igual que a los adultos, a los menores de 16 años se les llamaba menores delincuentes. No se fijó límite inferior de edad, porque se entendió que se trataba de menores. Se estableció por primera vez un catálogo de castigos a los menores.

Consideró al menor como socialmente responsable, para así poder sujetarlo a tratamiento educativo, consideración acorde con la Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal y Territorios Federales, llamada Ley Villa Michel, la comisión redactora, tuvo muy claro que al menor había que apartarlo por completo del Código Penal y formar el contenido de una pedagogía correctiva exclusivamente para él.

Declaró al menor socialmente responsable para poder someterlo a un tratamiento educativo por medio del Tribunal para Menores, que al efecto fue investido de facultades para imponer sanciones especiales, tales como reclusión en establecimiento de educación correccional, colonias agrícolas, impulso el tratamiento de transformación orgánica, libertad y otras análogas y, finalmente se promulgo el Código Penal de 1931. Se le considera el primer impulso hacia la separación y trato adecuado a los menores de edad.[241]

[241] Carranca y Trujillo, Raúl; Carranca y Rivas Raúl, *Derecho Penal Mexicano, Parte General*, Editorial Porrúa, México, 1995, p. 636.

Postulados Propuestos por la Comisión Contra la Delincuencia Juvenil. 1. Tribunales especializados para menores delincuentes; 2. Procedimientos esencialmente tutelares y no represivos; 3. Sanciones adecuadas que deberían aplicarse por un personal competente, especializado y mediante la observación y el estudio científico de la personalidad del menor; 4. Establecimientos especializados organizados debidamente para lograr el fin educativo, el correctivo y el curativo; 5. La edad límite para la responsabilidad penal se fijó en los dieciséis años partir de esa edad se les daba un tratamiento igual que al de los adultos.

Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales en Materia de Fuero Común y para Toda la Republica en Materia de Fuero Federal del 13 de Agosto de 1931. En la exposición de motivos, se expresa que fue imposible seguir un sistema penal determinado o doctrina alguna, pues solo era dable adoptar una tendencia ecléctica y pragmática.

Abandonó casi totalmente los postulados de la Escuela Clásica y aunque no adoptó abiertamente los enunciados de la Escuela Positiva, si se inclinó a ella notablemente. La fórmula no hay delitos sino delincuentes, debía sustituirse por otra; no hay delincuentes sino hombres.

Deja a los menores al margen de la función penal represiva, para someterlos a una política tutelar y educativa, complementar la eficacia de las sanciones con la readaptación de las infracciones a la vida social. Abrió espacio al Sistema Tutelar de Menores.

Sustrajo a los Menores Infractores del Régimen de Adultos. El delito es principalmente un hecho contingente; sus causas son múltiples, es resultado de fuerzas antisociales.

La Pena es un Mal Necesario. Se justifica por distintos conceptos parciales: Por la intimidación, La ejemplaridad, La expiación en aras del bien colectivo, La necesidad de evitar la venganza privada, etc…Pero fundamentalmente por la necesidad de conservar el orden social, el ejercicio de la acción penal es un servicio público de seguridad y orden.[242]

Escuela Positiva. Influyó en esta época y tiene valor científico como crítica y método. El Derecho Penal es la fase jurídica y la manera de remediar el fracaso de la Escuela Clásica no la proporciona la Escuela Positiva; con recursos jurídicos y pragmáticos debe buscarse la solución, principalmente por:

1. Ampliación del arbitrio judicial hasta los límites constitucionales;

2. Disminución del casuismo con los mismos límites;

3. Individualización de las sanciones (transición de las penas a las medidas de seguridad);

[242] *Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales y para toda la Republica en Materia del Fuero Federal, revisado según textos oficiales y con una exposición de motivos del Licenciado Alfonso Teja Zabre*, 4ª Ed. Botas, México, 1938, p.19.

4. Efectividad de la reparación del daño;

5. Simplificación del procedimiento, racionalización (organización científica) del trabajo en las oficinas judiciales.

Creación de una Política Criminal. Organización práctica del trabajo de los presos, reformas de prisiones y establecimiento de centros adecuados; Dejar a los niños al margen de la función penal represiva, sujetos a una política tutelar y educativa; Completar la función de las sanciones con la readaptación de los infractores a la vida social (casos de libertad preparatoria o condicional, reeducación profesional, medidas sociales y económicas de prevención.).

Como se advierte de esta parte esencial de los motivos expuestos en la iniciativa del actual Código Penal Federal, si bien se recoge en parte la dureza de la Escuela Clásica al considerar que la pena es una retribución del Estado para el delincuente por virtud de la conducta ilícita-dañina que ha realizado en perjuicio de la sociedad, también considera, como lo hacen los positivistas, que las penas no deben aplicarse en forma rígida y en proporción directa al daño cometido, sino utilizando en prudente medida el arbitrio judicial y velando porque dichas penas impuestas tiendan a reparar con efectividad el daño causado a la víctima, y sirvan, sobre todo, a la readaptación de los infractores, todo lo cual, como antes se dijo, representa una corriente ecléctica utilizada para formar nuestro actual sistema de Derecho Penal.

Este ordenamiento, nutrido del positivismo originado en Italia a finales del siglo XIX, y de la ideología de la responsabilidad social, basada en la negación del libre albedrío, consideró al menor como persona socialmente responsable, para así poder sujetarlo a tratamiento educativo, consideración acorde con la ya existente Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal y Territorios Federales, llamada Ley Villa Michel.[243]

La comisión redactora tuvo muy clara la idea de que al menor había que apartarlo por completo del Código Penal y formar el contenido de una "pedagogía correctiva" exclusivamente para él.

Y junto a dicha codificación, aplicable al Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia federal, coexisten los diversos ordenamientos de las entidades federativas, libres y soberanas en su régimen interior, marcadas preponderantemente por el influjo del código de 1931.

Reguló la materia relativa a los menores en el título sexto, bajo el rubro: DE LOS MENORES, comprendiendo los artículos 119 a 121, a continuación se presenta una breve explicación de los numerales:

[243] Publicada en el Diario Oficial de la Federación del 21 de Junio de 1928.

Artículo 119. Se determinó la edad de diez y ocho años como límite máximo de la minoría de edad y se postuló que los menores que cometieran infracciones a las leyes penales serían internados con fines educativos, sin que su internamiento pudiere ser menor a la reclusión que correspondería si fueren mayores de edad.

Artículo 120. Se consignó, asimismo, que según las condiciones peculiares del menor y la gravedad del hecho, las medidas aplicables serían de apercibimiento e internamiento en la forma de:

1). reclusión a domicilio;

2). reclusión escolar;

3). reclusión en hogar honrado, patronato o instituciones similares;

4). reclusión en establecimiento médico;

5). reclusión en establecimiento especial de educación técnica,

6). reclusión en establecimiento de educación correccional. Con estas formas de reclusión se tenía como fin sacar al menor del sistema represivo penal.

Artículo 121. Se dispuso, también, que los jueces podrían, cuando lo estimaren necesario, sustituir la reclusión en establecimiento de educación correccional por vigilancia del menor, siempre y cuando los padres o los encargados de esta vigilancia, otorgaren fianza.

Otras consideraciones sobre el Código. Desde la creación de los tribunales de menores ya no era competencia de los jueces penales conocer y juzgar sobre los asuntos de los menores, toda esta materia correspondería, precisamente, a dichos tribunales especializados en menores.

Con técnica deficiente, por muchos conceptos este código, aborda el problema de la imputabilidad, referido según una limitadísima faz negativa, solo minoridad.

El código se inspiró en dejar a los niños completamente al margen de la función penal represiva, sujetos a una política tutelar y educativa.

Determinó la edad de 18 años como límite máximo de la minoría de edad y se postuló que los menores que cometieren infracciones a las leyes penales, serian internados con fines educativos, sin que este internamiento pudiere ser menor a la reclusión que correspondería si fueren mayores de 18 años.

Se dejó muy claro que cuando el menor llegare a la edad de 18 años antes de concluir el período de reclusión al que estaba sujeto, la autoridad encargada de la ejecución de sanciones "decidiría" si debía ser trasladado al establecimiento destinado a las personas mayores.

Nada se dijo sobre la edad frontera que marca el inicio de la responsabilidad del menor. Esta edad límite se estableció, muy posteriormente, en la Ley de la Administración Pública Federal, en el espacio destinado a la Secretaría de Gobernación, que era la que tenía a su cargo

la ejecución de sanciones, en la fracción XXVI del artículo 27, que prescribió la edad de seis años.

Cabe tener presente que en las entidades federativas en las que ya existían tribunales de menores, éstos eran competentes para conocer de las infracciones a las leyes penales cometidas por menores.

Penas y Medidas Aplicables al Menor. Reguló la materia relativa a los menores en el titulo sexto, bajo el rubro simple "De los menores" entre las bases generales que se tuvieron para elaborar este ordenamiento había una dedicada a los menores en la cual precisaba: "dejar a los niños completamente al margen de la función penal represiva, sujetos a una política tutelar y educativa", se determinó la edad de 18 años como límite máximo de la minoría de edad y se postuló que los menores que cometieran infracciones a las leyes penales, serian internados con fines educativos, sin que este internamiento pudiere ser menor a la reclusión que correspondería si fueren mayores de edad.

Elaboró un ordenamiento dedicado a los menores, para dejar a los niños al margen de la función penal represiva, sujetándolos a una política tutelar y educativa, determinó la edad de 18 años como límite máximo de la minoría de edad y postuló que los menores que cometieran infracciones a las leyes penales, serían internados con fines educativos, sin que este internamiento pudiere ser menor a la reclusión que correspondería si fueren mayores de edad, se violaba la dignidad humana de los menores, incomunicándolos totalmente de ocho a veinte días, según la gravedad del delito, cumplido lo anterior, trabajaban en común con los demás recluidos, tenían derecho a la libertad preparatoria, en caso de observar buena conducta, las sanciones eran severas y hasta inhumanas.

El Código Penal promulgado por Pascual Ortiz Rubio, introdujo reformas sustanciales en materia de menores. Estableció la mayoría de edad a los 18 años y sustrajo, de manera definitiva del ámbito de validez personal de la ley a los menores infractores.

Las medidas se aplicaban de acuerdo a las condiciones peculiares del menor y a la gravedad de la infracción cometida.

> **Artículo 19.** Los menores de diez y ocho años que cometan infracción a las leyes penales serán internos todo el tiempo que sea necesario para su corrección educativa.

Con este nuevo Código, el Tribunal Colegiado volvió a estar integrado por un abogado, un médico y un educador. No existían formalidades en el procedimiento, el cual estaba reglamentado en el Código de Procedimientos Penales.

Las medidas aplicables a los menores infractores eran determinadas en su duración y variaban desde reclusión, en su domicilio hasta en establecimientos de educación correccional.

En el año de 1932, los Tribunales para Menores, que hasta entonces dependían del Gobierno local del Distrito Federal, pasaron a depender del Gobierno Federal y de la Secretaria de Gobernación.[244]

En el año de 1934, se creó el Primer Reglamento del Tribunal para Menores e Instituciones Auxiliares y se crea el Segundo Tribunal para Menores, aparece la figura de la libertad vigilada.

En ese mismo año se promulga el Código Federal de Procedimientos Penales, se concede a los Tribunales locales de menores la jurisdicción y la competencia para conocer de las infracciones del orden federal cometidas por menores de edad.

Estos Tribunales adquieren, entonces, competencia para conocer de los delitos del orden común y federal, más los hechos peligrosos y no delictivos cometidos por los menores contra si o contra la sociedad, como la prostitución y el alcoholismo, entre otros. En el año de 1939, se creó el Segundo Reglamento que vino a sustituir al primero.

El Titulo Sexto, Capitulo Único, Relativo a la Delincuencia de Menores.

> **Artículo 120.** Según las condiciones peculiares del menor y la gravedad del hecho, apreciadas en lo conducente, como lo dispone el artículo 52 las medidas aplicables al menor será apercibimiento e internamiento en la forma siguiente:
>
> 1. Reclusión a domicilio.
>
> 2. Reclusión escolar.
>
> 3. Reclusión a un hogar honesto, patronato o instituciones similares.
>
> 4. Reclusión en establecimiento médico.
>
> 5. Reclusión en establecimiento especial de educación técnica.
>
> 6. Reclusión de educación correccional.
>
> **Artículo 121.** Para autorizar la reclusión fuera de establecimiento, oficial de educación correccional, los jueces podrán, cuando lo estime necesario exigir fianza a los padres o encargados de la vigilancia del menor.
>
> **Artículo 122.** A falta de acta de Registro Civil, la edad se fijara por dictamen pericial, pero en casos dudosos, o por urgencias o por condiciones especiales de desarrollo precoz retardado, los jueces podrán resolver según su criterio.

[244] En noviembre del 2000, pasaron a formar parte de la Secretaria de Seguridad Publica.

> Cuando el menor llegue a los diez y ocho antes de terminar el periodo de reclusión que se le hubiera fijado, la autoridad encargada de la ejecución de sanciones decidirá si deberá ser trasladado al establecimiento destinado a mayores.

El legislador en 1931, consagró dentro de las leyes procesales correspondientes a un procedimiento para menores de edad en el cual queden olvidados por completo los actos, formas y sujetos intervinientes a que se hacía referencia en la legislación de 1929.[245]

En el procedimiento no debería intervenir el Ministerio Publico, el menor no tenía representante ni se requería acuerdo básico explicativo; ni formalidad alguna para mantener al menor privado de su libertad indefinidamente y a los padres del mismo se les podía privar del ejercicio de la Patria Potestad.[246]

Escuela Centro Industrial Rafael Donde de la Beneficencia Privada Fundada en 1931. Recibió niños provenientes del Tribunal de Menores; se les proporcionaba una educación semi-militarizada. Se les preparaba para ser ciudadanos útiles, disciplinados y trabajadores, con hábitos de trabajo, limpieza, justicia, equidad y amor a la patria.[247]

Segundo Congreso del Niño de 1932. Se presentaron trabajos importantes sobre los Tribunales para Menores, recomendando pleno arbitrio a los jueces de menores.[248]

Tribunales para Menores y Casas de Tratamiento de 1932. Los Tribunales para Menores y las Casas de Tratamiento, pasaron al Departamento de Prevención Social de la Secretaria de Gobernación.

Código de Procedimientos Penales de 1933. Estableció que para los delitos de ese fuero quedara formalmente constituido un Tribunal para Menores Colegiado, en cada Estado de la Republica, para resolver tutelarmente sus casos.

Se estableció también la excepción de que, cuando hubiere un Tribunal local para Menores, este gozaría de facultades para resolver los casos del fuero federal.

Primer Reglamento del Tribunal para Menores y sus Instituciones Auxiliares de 1934.[249] Se crea el Primer Reglamento del Tribunal para Menores y sus Instituciones Auxiliares, en el año de 1934; asimismo, se crea también el Segundo Reglamento y, aparece la figura de la Libertad Vigilada. Fue sustituido por otro reglamento nuevo de 1939.

Código Federal de Procedimientos Penales de 1934. Entró en vigor dicho código, redactado por Francisco González de la Vega, Telesforo Ocampo y Ezequiel Burque, señalando la

[245] *Op. cit.*, Domínguez Rivera, Teresa.
[246] Francisco González de la Vega, *El Código Penal Comentado*, Editorial Porrúa, México, 1996, p. XXXV.
[247] *Op. cit.*, Marín Hernández, Genia, p. 520.
[248] Solís Quiroga, Héctor, *Justicia de Menores*, 2ª Ed., Editorial Porrúa, México, 1986, p. 35.
[249] *Op. cit.*, Solís Quiroga, Héctor, p. 37.

formación de un Tribunal para Menores, en cada una de las capitales de los estados de la Republica, y en los lugares donde se encuentre un Juez de Distrito.

Se expidió el Primer Reglamento de los Tribunales para Menores y sus Instituciones Auxiliares, fue sustituido por otro en 1939.

Estableció la competencia de los Tribunales de Menores de los Estados para conocer, a través de la excepción de un Tribunal Colegiado, de casos de menores que cometieran delitos del orden federal.

Disposiciones que Subsisten.

> **Artículo 500.** En los lugares donde existan Tribunales Locales de Menores, estos serán competentes para conocer de las infracciones a las leyes penales federales cometidas por menores de diez y ocho años, aplicando las disposiciones de las leyes penales respectivas.
>
> **Artículo 501.** Los Tribunales Federales para Menores en las demás entidades Federativas, conocerán en sus respectivas jurisdicciones de las infracciones a las leyes Penales Federales cometidas por menores de diez y ocho años.

Convención Nacional para la Unificación de la Legislación Penal e Intensificación de la Lucha Contra la Delincuencia de 1936. Acordó: "Correspondía a los Estados, la creación inmediata de los Tribunales para Menores, mejorar los existentes y abolir la pena de muerte".

Comisión Instaladora de los Tribunales para Menores de 1936.[250] Aparece la Comisión Instaladora de los Tribunales para Menores, integrada por Héctor Solís Quiroga, Fernando Ortega y Bertha Navarro, que procuraron la creación de dicha institución en todo el país, fundando los Tribunales para menores en Toluca, Puebla, Durango y Chihuahua.

Fue fructífero en materia de menores, porque se creó la comisión instaladora de los Tribunales para Menores con atribuciones para emitir directrices a nivel nacional en cuanto a legislación, construcción de edificios, calidades de personal y hasta aspectos presupuestales, fundándose diversos Tribunales de Menores en diversas entidades federativas como ya se mencionó.

Segundo Reglamento del Tribunal para Menores y sus Instituciones Auxiliares de 1939. El segundo reglamento se creó para sustituir el primero.[251]

Departamento de Prevención Social de 1940. Se le encomendó la vigilancia de los menores externados.

[250] *Ibídem*, p.p. 36-37.
[251] *Ídem*.

Escuela Hogar para Mujeres de 1940. Las niñas infractoras pasan a la Escuela Hogar para Mujeres, a partir de 1940.

Ley Orgánica y Normas de Procedimiento de los Tribunales de Menores y sus Instituciones Auxiliares, en el Distrito Federal y Territorios Federales de 1941.[252] El 26 de Junio de 1941 se publica en el Diario Oficial de la Federación la Ley Orgánica de los Tribunales de Menores y sus Instituciones Auxiliares en el Distrito Federal y Territorios Federales, así como normas, procedimientos e instrumentos jurídicos, dando a los tribunales un nuevo régimen jurídico.

Esta Ley ordenaba practicar una investigación amplia sobre las condiciones del menor, con ello se pretendió justificar el procedimiento a seguir para de este modo llegar a conclusiones que fundamentaran la resolución final, dictándose en ella las medidas que en el caso concreto debían aplicarse.

La vigencia que tuvo la Ley fue hasta Agosto de 1974, ya que debido a los trabajos relativos a tratamiento a los menores realizados durante el Primer Congreso Nacional Sobre Régimen Jurídico del Menor llevado a cabo en la Ciudad de México del 15 al 18 de Agosto de 1973, donde se llegó a concluir que debía ser sustituida la hasta entonces legislación para menores, sugiriéndose una reforma legislativa integral para la transformación de los Tribunales para Menores en Consejos Tutelares, cambiando también sus procedimientos de las medidas aplicables para así crear un nuevo órgano que estuviera acorde a la realidad social en que se vivía.

El primer rasgo distintivo de esta ley es su competencia, ya que dejando atrás los criterios proteccionistas y el concepto ampliado de la delincuencia juvenil, limita su ámbito de aplicación a los supuestos en que el menor haya violado la ley penal. Sustituyendo, no obstante en teoría, la noción de la pena, propia del Derecho Penal por la de corrección pedagógica.

Se promulgó para conocer todos los casos de menores que incurrían en infracciones señaladas como delitos en el Código Penal, y como instituciones auxiliares, se establecieron el Centro de Observación e Investigaciones, las Casas Hogar, las Escuelas Correccionales, las Escuelas Industriales, las Escuelas de Orientación y los Reformatorios para Anormales.

Esta Ley prohibía castigos a base de maltrato y establecía para los estudios de los menores, una sección pedagógica, una sección médica y psicológica, una sección de radiografía y un departamento de prevención tutelar con funciones de policía tutelar.

Se expidió esta ley, que facultaba a los Jueces a imponer penas en un Tribunal que era eminentemente administrativo.

[252] Apartado elaborado con información obtenida de: *Op. cit.*, Domínguez Rivera, Teresa.

Policía Infantil Preventiva de Menores de 1944. Fue creada con alumnos de las escuelas primarias del Distrito Federal, que se hubieran distinguido por su aplicación y buen comportamiento; invención del maestro Leopoldo Chávez.[253]

Departamento de Prevención Social de la Secretaria de Gobernación de 1946. Controlaba los Tribunales de Menores.

Ley sobre Asistencia Social y la Atención Jurídica de los Menores de 1947. La preocupación del legislador de esa época es la de salvaguardar la moral y las buenas costumbres del menor, por consecuencia se prohibía la entrada a menores a cinematógrafos, a las cantinas, ver revistas prohibidas, mendigar y vagar por las calles.

Esta tarea se hacía cumplir por la policía tutelar. La edad era semejante al anterior código, la edad estipulada era de 16 años y considerados inimputables.

Los jóvenes de menos de 16 años que cometían algún delito de acuerdo a la ley de Adaptación Social y de los Consejos Tutelares para Menores Infractores son inimputables, es decir serán tratados clínicamente para su readaptación y atendidos por un grupo de expertos en la materia.

Anteproyecto de 1949. Concebido como una reforma al código de 1931, que mejoró en la imputabilidad.

Minoría en el Anteproyecto de 1949. Son pocas las innovaciones consignadas a este capítulo, se limita a introducir la libertad vigilada entre las medidas a cargo del tribunal de menores y a substituir el inadecuado vocablo reclusión por el de internamiento. Se criticó que el anteproyecto conservara a los menores como sujetos a regulación penal.

Anteproyecto de 1958. Se avanzó en la sistemática legislativa, que no sería ya descuidado por el de 1963, se prefirió excluir la minoría de edad, con un tratamiento diverso.

Minoridad en el Anteproyecto de 1958. El anteproyecto aludido, se ocupó una vez más de la delincuencia de menores, a la que dedica íntegramente el título vi de su libro primero.

Esta inclusión de los menores en el anteproyecto, cuando bastaba con haberlos declarado inimputables, sin más, esto es, fuera del derecho punitivo por obra de una presunción *juris et de jure* de inimputabilidad resulta incongruente porque se intentó una gran reforma en la legislación penal.

Parece correcto que la resolución acerca del traslado de los menores infractores que han llegado a la mayoría de edad penal, a un establecimiento destinado a mayores.

[253] González Oropeza, Manuel, *Policía y Constitución*, Anuario Jurídico XV, UNAM, México, 1988, p.p. 141-168.

Infracciones y Medidas del Anteproyecto de 1958, Aplicables a Los Menores.

> **Artículo 95.** Los menores de dieciocho años que cometan infracciones a las leyes penales, serán internados por el tiempo que sea necesario para su corrección educativa.
>
> **Artículo 96.** Según las condiciones peculiares del menor y la gravedad del hecho, apreciadas en lo conducente, como lo dispone el artículo 49 las medidas aplicables a menores serán con apercibimiento, e internación en la forma que sigue: Reclusión a domicilio, Reclusión escolar, Reclusión en un hogar honrado, patronato o instituciones similares, Reclusión en establecimiento médico, Reclusión en establecimiento especial de educación técnica, Reclusión en establecimiento de educación correccional.
>
> **Artículo 97.** Para autorizar la reclusión fuera del establecimiento oficial de educación correccional, los jueces podrán, cuando lo estimen necesario, exigir fianza, de los padres o encargados de la vigilancia del menor.
>
> **Artículo 98.** A falta del acta del registro civil, la edad se fijara por dictamen pericial, pero en casos dudosos, por urgencia o por condiciones especiales de desarrollo precoz o retardado, los jueces podrán resolver según su criterio.
>
> Cuando el menor llegue a los dieciocho años antes de terminar el periodo de reclusión que se le hubiere fijado, la autoridad encargada de la ejecución de sanción decidirá si debe ser trasladado al establecimiento destinado a mayores.

Anteproyecto del Código tipo de 1963. Como el texto de 1958, al que en este renglón sigue substancialmente, el anteproyecto del Código Penal Tipo de 1963, reúne toda la materia de inimputabilidad, excepción hecha de la minoría de edad penal, en un capitulo especifico, el numero I, dentro del Título II de su Libro Primero, consagrado al delincuente.

De las causas de inimputabilidad, en cambio, cabe obtener fácilmente la noción positiva, que no es otra, en resumen, que la capacidad de entender y de querer, debidamente calificada.

Minoridad en el Anteproyecto del Código Tipo de 1963. El anteproyecto reduce a dos artículos el 107 y 108, constitutivos del título VIII del libro primero, la regulación de la minoridad penal, y solo habla de los menores para excluirlos, categóricamente, del derecho punitivo. Pudo ir más lejos y mejor, sin duda, en esta materia.

Con todo, el anteproyecto adelanta un paso de gigante sobre los textos precedentes; fuera queda ya, por fin, la anticuada enumeración de las medidas de seguridad para menores y fuera también de la regulación accesoria relativa al menor que ha infringido una ley penal.

Ahora bien, no acierta el proyectista al reducir la mayoría de edad penal a 16 años, aduciendo al respecto que en la actualidad existen un desarrollo mental más acelerado y considerable precocidad delictiva.

Tales consideraciones, sin duda acertadas, más bien conducen a luchar con mayor empeño por vender las causas de la delincuencia de menores y mejorar las medidas asegurativas tutelares, que a reducir el ámbito de la minoridad penal.

Se aplica el régimen penitenciario especial relativo a los delincuentes de 16 a 21 años, si bien estimamos plausible esta dirección, no creemos que sea el código penal el lugar adecuado para consignarla.

Sanciones del Anteproyecto del Código Tipo de 1963, Aplicables a los Menores.

> **Artículo 33.** …las sanciones son: Internación.
>
> **Artículo 38.** La internación consiste en someter a tratamiento, en un establecimiento adecuado y bajo la vigilancia de las autoridades correspondientes, a las personas que lo requieran conforme a las disposiciones de este código y que hubieren realizado conductas o hechos considerados por la ley como delitos.
>
> **Artículo 107.** Los menores de diez y seis años que realicen conductas o hechos considerados por la ley como delitos, quedaran sometidos a las disposiciones contenidas en la ley orgánica de los tribunales de menores y sus instituciones auxiliares en el Distrito y territorios federales y normas de procedimiento.
>
> **Artículo 108.** El régimen penitenciario especial relativo a los delincuentes de diez y seis a veintiún años, será señalado por la ley de ejecución de sanciones.

Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal de 1973. El 26 de diciembre de 1973, se promulgó la Ley que lo crea, se publicó en el Diario Oficial del 2 de agosto de 1974, siendo reformada el 23 de diciembre del mismo año, para adaptarla a las reformas del artículo 43 de la Constitución, suprimiendo los Territorios Federales.

Con la creación de este Consejo, se prueba que se aspiraba a arrancar por completo del área penal a los menores y a someterlos a medidas puramente tutelares y educativas. El cambio de denominación de Tribunales para Menores a Consejos Tutelares, introduce una ventaja benéfica, es clara la misión protectora, paterna de estos órganos.[254]

Después de esto, la mayoría de los estados de la República organizaron instituciones semejantes al Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal.

El espíritu que anima hoy las instituciones preventivas y de readaptación concernientes a la delincuencia de menores, es el de tutela y de corrección y de ninguna manera el de castigo retributivo, pues el carácter moral de los jóvenes que se recluyen en los reformatorios, sólo es posible formarlo merced a métodos de vida y disciplina que no rebajen la dignidad, sino que por el contrario, reformen la conciencia individual sobre bases de estimación colectiva.

[254] García Ramírez, Sergio, *Legislación Penitenciaria y Correccional Comentada*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1992, p. 50.

Ley Que Crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal de 1974.[255] Con la publicación de dicha ley el 2 de Agosto de 1974, se derogaron los artículos 119 y 122 del Código Penal y con ellos el titulo sexto, capitulo único, relativo a la delincuencia de menores.

En esta ley se determinó que el Consejo Tutelar debía tener por objetivo promover la readaptación social de los menores de 18 años, cuando estos infrinjan las leyes penales, o los reglamentos de policía y buen gobierno, o bien, cuando manifiesten otras formas de conducta que hagan presumir invariablemente, una tendencia a causar daños; así mismo, a su familia o a la sociedad.

En México la Ley que Crea el Consejo de Menores para el Distrito Federal representa la máxima expresión de una etapa en la historia de la justicia de menores.

La primera Ley en establecer de manera coordinada una legislación y organismos especializados para el tratamiento de menores en turno a un concepto amplio de la delincuencia juvenil; es decir, con base al ideal de la readaptación social de todo menor de conducta irregular.

Es en esta Ley, en donde el modelo de la justicia proteccionista de menores, en su sentido más basto, encuentra su más pura expresión, pero es, también, donde se agota.

Tales supuestos harían necesaria la actuación por parte del Consejo en base a los estudios de personalidad de cada uno de los menores y resolvería sobre la aplicación de las medidas correctivas o de protección, así como la vigencia y seguimiento del tratamiento correspondiente.

El Consejo, para la readaptación social de los menores podría resolver sobre un internamiento de la institución que corresponda, o sobre su libertad, que en todos los casos serian vigilados conforme a las circunstancias de cada caso.

En los casos de libertad, los menores serían entregados a quienes ejercían la patria potestad o la tutela, de lo contrario podían ser colocados dentro de un hogar sustituto.

El planteamiento tutelar de esta ley sustrajo a todo el contingente de menores infractores, aunque de manera aparente, del derecho penal, lo cual debe ser considerado un esfuerzo loable, mas sin embargo privaba a los menores de las garantías individuales consagradas en la Constitución. También incluyo la figura del estado de peligro y la infracción a preceptos administrativos.

[255] Apartado elaborado con información obtenida de: *Op. cit.*, Domínguez Rivera, Teresa.

Esto significó que todo este contingente de menores que infraccionaban el Derecho Penal, fueran objeto y no sujeto de derecho. Esta Ley tuvo vigencia durante 18 años, pero como en otros años, en razón a los cambios sociales ocurridos y como resultado de las nuevas corrientes de control social de los menores delincuentes, tanto los tratadistas como de la Organización de las Naciones Unidas, se promulgo el 24 de Diciembre de 1991, la nueva Ley respecto a los menores infractores, dejando de tener vigencia el procedimiento tutelar.

Escuela para Menores Infractores de 1982. Se crea la Escuela para Menores Infractores con problemas de lento aprendizaje.[256]

Consejo de Menores de 1991. En respuesta a las constantes críticas sobre el desamparo que provocaba el excesivo paternalismo de la Ley que crea al Consejo Tutelar de 1974, al permitir una absoluta desprotección de derechos procesales básicos, y de conformidad con una postura garantista, aparece el Consejo de Menores de 1991.

A Diferencia de su Antecesora, La Normatividad Vigente Incorporó Conceptos Novedosos.1. La figura del defensor; 2. Sustituye el término readaptación social por el de adaptación social; 3. Incluye directrices y principios derivados de la criminología moderna; 4. Elimina el concepto de peligrosidad futura y la facultad de intervenir cuando los menores se encuentran en estado de peligro o estado de riesgo ya sea para ellos, para su familia o la sociedad sin que hayan cometido una conducta que se adecue a un tipo penal.

Fue necesaria la participación de distinguidos pensadores y reconocidos humanistas para que se iniciara el proceso de separación de los menores del campo penal, estableciendo ordenamientos legales particulares para ellos e instituciones idóneas a sus características.

Estableció la pena de muerte incluso para menores de edad, así como la pena y trabajos perpetuos, cuya aplicación estaba condicionada a que el menor hubiera cumplido 17 años, ya que antes de dicha edad simplemente se le retenía en prisión.

Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para El Distrito Federal, en Materia Común y para Toda la Republica en Materia Federal de 1991.[257] Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de Diciembre de 1991, entrando en vigor casi dos meses después, siendo esto, el 22 de Febrero de 1992.

Esta Ley finalmente reconoce una política de menores basada en una teoría de prevención especial exagerada y una concepción amplia del concepto de delincuencia juvenil que privaba a los menores de las mínimas garantías o derechos. Política cuya expresión más acabada en

[256] Galindo, Antonio Sánchez, *La Delincuencia de Menores en México, Situación y Tendencias*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 204 p.p. 130-131.
[257] Apartado elaborado con información obtenida de: *Op. cit.*, Domínguez Rivera, Teresa.

nuestro país la encontramos en la Ley que Crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores, ahora derogada.

Esta Ley representa, por tanto la entrada de una nueva etapa en la evolución de la Justicia de Menores en México, y surge precisamente como respuesta a la necesidad de restructurar la política hacia los menores, es el producto, no acabado, del pensamiento de amplios sectores en la doctrina jurídica que, desde hace décadas, proclamaba la necesidad de reformar una ley violatoria de los derechos humanos y de las garantías individuales de los menores, en concreto de la Ley del Consejo Tutelar.

Así también es producto de un consenso internacional en torno a los criterios criminológicos más avanzados en relación a la naturaleza, objetivos y procedimientos de una adecuada administración de justicia para menores.

La Ley para el Tratamiento de Menores Infractores "pretende proporcionarle a los menores infractores una autentica justicia, tomando en cuenta el respeto a las garantías constitucionales básicas a las que tiene derecho, y adecuar el procedimiento a los nuevos tiempos. En esta Ley se advierten múltiples innovaciones respecto de la forma procedimental de la ley anterior.

Esta Ley resalta la recuperación del menor como sujeto de derecho, la concesión de sus garantías individuales consagradas en la Carta Magna, y que se prevén claramente en el artículo 36, comprendiendo los mínimos derechos humanos, y la sustracción de los menores en estado de peligro que hayan infringido exclusivamente, preceptos administrativos ya que la única y exclusiva competencia del Consejero, como autoridad máxima dentro del Consejo de Menores, es el conocimiento de conductas previstas en el ordenamiento penal.

En esta ley surgen figuras nuevas dentro de la materia de menores infractores, tales como la extradición, la caducidad, y la aplicación de medidas y no penas, como en el caso de adultos, siendo estas de orientación, protección, tratamiento externo u tratamiento interno, así como un seguimiento al concluir la medida impuesta.

El Legislador Estableció Puntos de Motivación Especifica de la Ley.[258] El espíritu que anima la ley contiene una profunda motivación humanitaria, en beneficio de los menores que en un momento determinado infringen dispositivos legales.

Tan es así, que recoge la opinión de diversos especialistas quienes han manifestado, que los derechos de los menores han estado notablemente limitados, violándose principios

[258] *Ídem*.

fundamentales en la vida jurídica de todo individuo como son; el de legalidad y audiencia, de defensa y de seguridad pública.[259]

Por lo que hace a la edad máxima, se conserva la de la anterior legislación siendo de 18 años, pero establece como mínima, elegida después de estudios estadísticos, la de 11 años, introduciéndose la idea que a los menores de este mínimo establecida se podrán canalizar a instituciones de asistencia social pública o privada.

El Consejo de Menores se crea como un Organismo Administrativo Descentralizado de la Secretaria de Gobernación, siendo esto hasta pasado el primero de noviembre que pasa a formar parte de la Secretaria de Seguridad Publica, tiene jurisdicción local en el Distrito Federal, así como federal en toda la República.

Dentro de las funciones del Consejo de Menores se encuentra la de instruir un procedimiento para que los menores que como ya menciono, hayan cometido alguna conducta antisocial tipificada en las leyes penales.

Artículo 7º, La Etapas del Procedimiento. 1. Integración de la investigación de infracciones; 2. Resolución inicial; 3. Instrucción y diagnostico; 4. Dictamen técnico; 5. Resolución definitiva; 6. Aplicación de las medidas de orientación, protección y tratamiento; 7. Evaluación de la aplicación de las medidas de orientación y tratamiento; 8. Conclusión del tratamiento; y 9. Seguimiento técnico ulterior.

[259] Dictamen de la Cámara de Diputados sobre la iniciativa de Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la Republica en Materia Federal, p. XII.

CAPÍTULO 2. DISCERNIMIENTO PENAL

2.1. Discernimiento Penal. El discernimiento, en los clásicos constituyo la piedra angular del sistema de imputabilidad de los menores. El niño incapaz de discernir quedaba exento de pena y el que había discernido recibía una sanción, si bien atenuada.

2.2. Definición del Discernimiento.

Derecho Romano. En el sistema penal romano, el *infactus*, menor de 7 años, no era punible, y el *iudicante*, no analizaba la cuestión referente al discernimiento. Conocimiento preciso sobre la sustancia delictiva del acto que el sujeto tuviera, la *infantia*, era equiparada a efectos penales, con el estado degenerativo del *furiosus* quedando por ello exento de pena.[260]

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 cinco, los siete o los nueve años); en que tal deficiencia podía presumirse iuris tantum (desde el limite anterior hasta los doce o los catorce años), y la ultima en que la presunción se invertía y habría que demostrar que el sujeto había obrado sin discernimiento, periodo este que de los 10 a 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 delincuentes de cincuenta o sesenta años se presume la completa responsabilidad pero se debe dar plena validez y efectos a la prueba en contrario.[261]

El discernimiento, originariamente este criterio era el fundamento de la responsabilidad penal del menor, procede del Derecho Romano, de donde fue transmitido al Derecho Canónico Medieval para pasar, por ultimo a los Códigos Europeos.

Lo analizamos por la influencia que tuvo en el campo del derecho penal por mucho tiempo, aunque actualmente se encuentra superado, "el problema radica en la definición misma del discernimiento, ya que no se ha llegado a un resultado científicamente satisfactorio,

[260] Cantarero, Rocío, *Delincuencia Juvenil y Sociedad en Transformación: Derecho penal y Derecho procesal de menores*, Montecorvo, Madrid, 1988, p. 90.
[261] *Op. cit.*, Carranca y Trujillo, Raúl; Carranca y Rivas Raúl, p. 636.

confiriéndole unas veces un contenido moral de carácter subjetivo e identificándole otras con el conocimiento o la ignorancia de la legalidad vigente.[262]

Este sistema ofrece la certeza de conocer, en el caso concreto, el grado de madurez de un sujeto, a cambio de la incertidumbre de no saber a priori a que edad o en qué momento se alcanza dicha madurez.

Es un sistema caracterizado por su adaptabilidad al sujeto correcto, es decir, por su carácter individualizador, pero con el inconveniente de no poderse precisar cómo y en que signos fundarse para determinar la plena madurez de un sujeto.

El discernimiento, palabra de significación sumamente vaga y respecto de la que una gran parte de la Doctrina Penal, se inclina por estimar que se refiere a la existencia o no de la inteligencia.

El discernimiento en los clásicos constituyo la piedra angular del sistema de imputabilidad de los menores. El niño incapaz de discernir quedaba exento de pena y el que había discernido recibía una sanción atenuada.

El criterio tradicional, era el intelectual, en el cual no había edad concreta de minoría-mayoría de edad, sino que la raíz esencial para determinar la minoría-mayoría de edad penal, residía en la carencia, tenencia de la capacidad suficiente para distinguir lo justo de lo injusto.

La utilización del concepto de discernimiento propiciaba en cierto modo, la inseguridad jurídica, que se visualizaba en la imposibilidad del Juez de alcanzar un resultado exacto de su investigación.[263]

Esta construcción dogmática iba sufriendo en la segunda mitad del siglo XX, un duro ataque por parte de la escuela positiva, que negaba el libre albedrio, los hombres no son libres para determinar frente a las normas, sino que su voluntad está determinada por factores biológicos, psicológicos o sociales, que los hacen no libres, existiendo dos categorías de hombres, los normales y los anormales.

La Teoría Penal de la segunda mitad del siglo XIX, fijó tres reglas para mediante la aplicación del principio del discernimiento, resolver el problema de la responsabilidad penal de los menores de edad.

Los representantes de esta postura hablaban de tres etapas en el desarrollo físico y psíquico del menor, infancia, adolescencia y juventud, señalaban que durante la infancia no podía

[262] Martínez González, María Isabel, *La Minoría de Edad Penal*, en Cuadernos de Política Criminal. No. 9, Madrid, 1984, p. 429.
[263] *Op. cit.*, Cantanero, Rocío, p. 12.

hablarse de imputabilidad, o sea de capacidad para comprender el alcance de los actos y la licitud de la conducta.

Respecto a la adolescencia, se aplicaba la regla general de la irresponsabilidad penal, pero indudablemente en casos muy específicos, el adolescente podía tener conciencia de sus actos y por ello se tornaba necesario examinar su grado de discernimiento y si se comprobaba la existencia de este, se consideraba como atenuante, si el discernimiento era completo era considerado imputable.

El discernimiento era determinante para decidir la responsabilidad penal del menor. Por ello, desde mediados del siglo XIX, esta tesis ocupó un lugar predominante, posición que paulatinamente fue perdiendo terreno por la imprecisión del concepto de discernimiento y por las dificultades para su comprobación.

Para Superar los Obstáculos. Que traía consigo la tesis del discernimiento, se intentó hallar la base de la inimputabilidad en otros principios:

1. El de la exclusión por falta de desarrollo mental del sujeto, sostenida por Von Liszt.

2. El de la exclusión de dolo, atribuido a Pessina.

3. El de la incapacidad de Pena, de Mezger.

Dichos principios fracasaron en su propósito de precisar con certeza y objetividad el momento de imputabilidad de los menores. A partir de este fracaso, se inició un proceso de análisis crítico del fundamento de la inimputabilidad.

Con el fracaso del discernimiento, se difundió paulatinamente la tesis de la ficción jurídica, esta sostenía que la minoría de edad era una presunción *iuris et de iure*.

En el campo del derecho penal, se aferró al discernimiento para establecer la imputabilidad o no de los menores, principio que aun ahora vemos vigente en múltiples legislaciones, no obstante la corriente innovadora que propalo la adopción de un sistema tutelar y de enmienda

Frank Von Liszt. El discernimiento es la conciencia de la punibilidad del acto cometido, la madurez mental necesaria para la obtención del conocimiento de la culpabilidad.[264]

Define el discernimiento jurídico, como la inteligencia antijurídica del acto, en la conciencia necesaria para el conocimiento de su punibilidad, en la noción de la responsabilidad penal y, por último, en sus consecuencias.

[264] *Op. cit.*, Solís Quiroga, Héctor, p. 47.

Francisco Carrara. El discernimiento es una apreciación moral y valorativa, identificaba el discernimiento con la capacidad de distinguir el bien del mal.

Enérgico defensor del discernimiento, este criterio significa; el poder de discernir el bien del mal, obrado con discernimiento significa haber empleado ese poder en el acto especial que se ejecuta.[265]

Se refería al discernimiento como una facultad intelectual que permiten distinguir el bien del mal y actuar de acuerdo a ella, criterio seguido por los penalistas de su época y aun posterior a él.[266]

Fiel a los principios del libre albedrio 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.

Criterio Jurídico del Discernimiento. Lo divide en periodos para los efectos exclusivamente penales:

1. Periodo de Irresponsabilidad Absoluta.
2. Responsabilidad Condicional.
3. Responsabilidad Plena.
4. Responsabilidad Modificable en sus Resultados.

La Escuela Clásica, tomo como base de sus criterios punitivos la existencia del libre albedrio y de la responsabilidad moral, siempre de origen teológico, tomando como fondo de la conducta el sentido, que consideraba universal e innato en la especie humana, de lo que es justo, bueno, honesto y licito.

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 lo demuestra la investigación que se hacía de el 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 licito. 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.[267]

---

[265] Carrara, Francisco, *Programa del Curso de Derecho Penal*, Adiciones de Jiménez de Asúa, Reus, Madrid, 1925, p. 279.
[266] Pavón Vasconcelos, Francisco, *Imputabilidad e Inimputabilidad*, Editorial Porrúa, 4ª Edición, Revisada, Corregida y Aumentada, México, 2000, p. 127.
[267] *Op. cit.*, Solís Quiroga, Héctor, p.p. 47-48.

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 hay endógenas y exógenas de gran importancia, privando en cada sujeto una diferente constelación causal) y combatirlas eficazmente.[268]

La Escuela Clásica del Derecho Penal, establecía dos criterios para fundar la responsabilidad del menor, el primero diferenciaba una edad en la que se presumía *juris et de iure*, la falta de discernimiento del menor y una segunda edad en la que el juez debía determinar si el joven había obrado con o sin discernimiento, el segundo criterio permitía al juez preguntarse, sin ninguna limitación de edad, si el joven había actuado con o sin discernimiento.[269]

La razón del discernimiento era que la pena impuesta fuese proporcionada a la culpabilidad del autor.

Discernimiento Moral y Jurídico.[270] Diferencia entre delitos naturales e inmorales y delitos puramente positivos o de simple conveniencia política, en el primer caso, el discernimiento comprende el conocimiento de lo justo y lo injusto, del bien y del mal, y en el segundo supuesto, es la facultad de comprender la ilegalidad de tales hechos.

Discernimiento Social. El antiguo criterio del discernimiento fue sustituido en las legislaciones inspiradas en los postulados clásicos, se transformó una vez reformadas estas, en un concepto social, cuyo contenido no es psicológico, sino educativo.

Varios estudiosos se mostraron convencidos de este concepto sobre la base de que la delincuencia juvenil tiene su origen, no solo, en el carácter e instintos del menor, sino también en su entorno social.

Los límites de la capacidad de culpabilidad han sido establecidos, bien en clave puramente cronológica o biológica, bien combinando esta con el discernimiento.

Respecto a sus postulados, la citada Escuela Clásica, fundamenta la imputabilidad de las acciones constitutivas de delito en una responsabilidad moral que deriva del libre albedrio, esto es; conciencia del acto y voluntad para cometerlo.

Requisitos que Componen la Fuerza Moral. Por los cuales el hombre procede a la comisión del delito:

---

[268] *Ídem*.

[269] Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, *La Evolución del Derecho y la Union Internacional del Derecho Penal*, Publicaciones de la Universidad Pontificia, Salamanca, 1982, p.p. 79-82.

[270] *Op. cit.*, Carrara, Francisco, p.p. 546-547.

1. Conocimiento de la Ley.

2. Previsión de los efectos.

3. Libertad de elegir.

4. Voluntad de obrar.

Respecto a la primera cuestión, podemos distinguir, siguiendo a Jiménez de Asua, hasta cuatro orientaciones en la Doctrina Científica que nos van a facilitar distintos criterios interpretativos.

Periodos de la Edad. En su idea de vincular la edad a las causas que dependen de la inteligencia, elaboro un criterio puramente jurídico, diferenciando tres periódicos de edad. En la regulación de la Responsabilidad Penal de los Menores, los penalistas de la Escuela Clásica, establecieron serie de periodos provenientes en general del Derecho Romano.[271]

Primer Periodo. Basado en una presunción, *iuris et de iure*, de ausencia absoluta de responsabilidad, que comprende la infancia, desde el nacimiento hasta los siete años, y la impubertad próxima a la infancia, de 7 a 12 años.

Segundo Periodo.[272] Corresponde a la impubertad próxima a la minoridad, de 12 a 14 años, y a la minoridad de 14 a 18 años cumplidos.

En este periodo, basado en una presunción iuris tantum, el menor queda sometido al juicio del discernimiento, de tal suerte que si no es estimado por el Juez el menor será absuelto, y en caso de concurrencia, se le imputara el delito, pero en grado menor que el establecido por la Ley para el adulto; es calificado por Carrara de responsabilidad condicional y menos plena.

Este autor justifica la investigación del discernimiento en la observación de que en algunos individuos, bien por defecto de instrucción o retardo natural, las facultades intelectuales se desarrollan más lentamente, lo que impide fundar la imputación en una mera presunción de inteligencia.

Justicia la investigación del discernimiento en la observación de que en algunos individuos, bien por defecto de instrucción o retardo natural, las facultades intelectuales se desarrollan más lentamente, lo que impide fundar la imputación en una mera presunción de inteligencia.

Respecto de la menor imputación, aunque se haya obrado con discernimiento, encuentra su razón de ser en el hecho de que el menor, pese a que tiene suficiente capacidad para ser

[271] Cuello Calón, *Eugenio, Derecho Penal conforme al Código Penal, Texto Refundido de 1994, Parte General*, Tomo I, 12ª Ed., Ed. Reus, Madrid, 1956, p. 447.
[272] *Ibídem*, p. 541.

responsable de sus actos, su mente, sin embargo, no está consolidada, faltándole la experiencia suficiente para hacer buen uso de ella.

Carrara, resuelve jurídicamente los problemas de la menor edad "haciendo de la infancia una causa plena de inimputabilidad y de la adolescencia un motivo inimputable condicionado o una circunstancia atenuante.

En este punto Jiménez de Asúa, dice que Carrara, resuelve jurídicamente los problemas de la menor edad, haciendo de la infancia una causa plena de inimputabilidad condicional o una circunstancia atenuante.

Tercer Periodo. Denominado de responsabilidad plena, en el que queda integrada la mayor edad, desde 18 años cumplidos en adelante.

En este periodo, en el que se aplica el grado ordinario de imputación, la inteligencia ha alcanzado su madurez, por lo que no existirá ya atenuación, salvo la concurrencia de otras circunstancias que disminuyan la imputación.

Concluye Carrara, su exposición sobre este extremo afirmando que la plena imputabilidad debe coincidir con la plenitud de madurez fisiológica.

La Escuela Clásica, pese a sus dogmas de proporcionalidad, no conseguirá un resultado óptimo para con los menores infractores, a quienes, o bien no se les aplicaba pena alguna, quedando desamparados, o bien era objeto de las mismas sanciones que los adultos, aunque aminorando su duración.[273]

Además, las atenuaciones con las que se pretendió beneficiar al menor condenando resultaron ineficaces, al implicar ausencia de todo tipo de tratamiento paciente y curable y, como tal, efectivo.

El citado criterio, producía inseguridad, porque equiparado a los menores con los locos y dementes, quienes también podían incurrir en responsabilidad si obran con discernimiento.

Sin embargo, la Escuela Clásica, contribuyo a mejorar la situación general de los delincuentes adultos, y en particular, la de los menores infractores, por sus postulados de proporcionalidad de las penas a la gravedad del delito cometido.[274] La razón del discernimiento era que la pena impuesta fuese proporcionada a la culpabilidad del autor.

Conclusiones de Francisco Carrara. Que la plena imputabilidad debe coincidir con la plenitud de madurez fisiológica.

[273] *Op. cit.*, Carrara, Francisco, p. 279.
[274] *Op. cit.*, Cuello Calón, Eugenio, *Tribunales para…*, p. 104.

La misma Escuela Clásica, pese a sus dogmas de proporcionalidad, no conseguirá un resultado óptimo para con los menores infractores, a quienes, o bien no se les aplicaba pena alguna, quedando desamparados, o bien eran objeto de las mismas sanciones que los adultos, aunque aminorando su duración.

Además, las atenuaciones con las que se pretendió beneficiar al menor condenado resultaron ineficaces, al implicar ausencia de todo tipo de tratamiento paciente y curable, y como tal efectivo.

Los inconvenientes del discernimiento no solo descansaban en la imprecisión o vaguedad de su verdadero significado, sino, más aun, en la dificultad de su apreciación por parte del Juez.

El estudio del discernimiento como causa de exención de responsabilidad criminal, así como la fijación de los límites de edad penal, requería ser abordados desde la realidad psíquica del menor.

Edmundo Mezger. Se refiere al discernimiento diciendo que es la capacidad de comprender la injusticia de la conducta y actuar según su comprensión.[275]

Enrique Pessina. Define el discernimiento, como la capacidad de dolo en el momento de la acción.[276]

Joaquín Francisco Pacheco. Expresó que la exención de responsabilidad por razón de la infancia, de la niñez, del corto número de años, es una necesidad de sentimiento y de coincidencia; en la fijación de sus límites es donde están las dificultades, porque es donde está la arbitrariedad, su inconveniente, apunta que radica en que la naturaleza no ha levantado un muro entre la ignorancia absoluta y la edad del completo discernimiento.

Este no nos revela, no se nos infunde de una vez, sino que se va haciendo lugar poco a poco en nuestro ánimo y desarrollando y ganando línea a línea nuestra inteligencia.

El discernimiento, comienza a venir, tal vez desde el primer día que nacemos al mundo, y todavía en la ancianidad, y cuando nos sorprende la muerte, no ha acabado de perfeccionarse.

Aprendemos durante toda la vida, y por todo su curso se puede aumentar la ciencia de nuestros deberes. En este camino indefinido siempre marchamos y nunca tocamos, no podemos tocar el término.

[275] *Op. cit.*, Edmundo Mezger, p.p. 205 y 416.
[276] Pessina, E., *Elementos de Derecho Penal*, Ed. Reus, Madrid, 1936, p. 359.

Al ocuparse Pacheco del discernimiento, observa que la palabra es digna de ser meditada; lo define como la inteligencia del bien y del mal, y más precisamente como la comprensión de las consecuencias.[277]

Héctor Solís Quiroga. Afirma que es impresionante ver cómo, en un asunto de tal seriedad, como es la imposición de penas que afectan la vida entera de los menores y su familia, los autores han discrepado tanto en lo que pueda entenderse por discernimiento, base estimada como esencial y previa para definir su aplicación.[278]

Eugenio Cuello Calón. Nos dice que a comienzos del siglo XX, cobra importancia la Psicología, al señalar que con el conocimiento de las diversas funciones psíquicas llegamos a penetrar en su más íntimo modo de ser para poner al descubierto el alma del criminal infantil.[279]

Reconoce la función imprescindible que ha de desempeñar la Psicología a la hora de valorar si la conducta delictiva del menor está o no sesgada por causas volitivas o cognitivas, a fin de establecer una secuencia lógica entre hecho delictivo, ejecución y voluntariedad.

Con marcada firmeza argumenta: "damos por supuesto con frecuencia que este o aquel sujeto han obrado con o sin libre albedrio, que han sido o no dueños de sus acciones, que se han visto o no arrastrados forzosamente a ponerlas. Pero, en realidad, no pasa ello de ser una hipótesis, una simple conjetura, de fijo no sabemos nada. La psicología se halla en este punto a oscuras de todo."[280]

Por todas las consideraciones anteriores, la tendencia a suprimir el controvertido criterio del discernimiento se acentuaba cada día más.

Nos dice que los niños cuando quebranten la ley penal, por grave que sea la infracción cometida, no deben ser castigados con penas inspiradas en espíritu expiatorio y represivo, como las aplicadas a los adultos, sino únicamente sometidos a medidas de educación y de reforma.[281]

En resumen Cuello Calón, define el descernimiento como la exención de responsabilidad o la imposición de pena, tenía como base la presunta ausencia o concurrencia de dolo en el agente.[282]

---

[277] Pacheco, Joaquín Francisco, *El Código Penal Concordado y Comentado*, S.E. Madrid, 1881, p.p. 141-144.
[278] *Op. cit.*, Solís Quiroga, Héctor, p. 54.
[279] *Op. cit.*, Cuello Calón, Eugenio, *Notas Sobre los…,* p. 457.
[280] *Ídem*.
[281] *Op. cit.*, Cuello Calón, Eugenio, *Criminalidad Infantil…*, p. 67.
[282] *Op. cit.*, Cuello Calón, Eugenio, *Derecho Penal…*, p. 448.

Congreso de Antropología Criminal de Turín de 1906.[283] Proclamó que "toda medida respecto de jóvenes delincuentes, o próximos a serlo, fuese precedida necesariamente del examen médico-psicológico del individuo y de información sobre sus ascendientes"; Igualmente, también se recomendó el estudio de los diferentes fenómenos psíquicos (imaginación, atención, asociación de ideas, memoria, tiempo de reacción, sentimientos.) mediante la disposición de palabras, figuras o movimientos.

Sin embargo, pese a las constantes demandas de la doctrina científica que exigían un estudio del menor infractor desde una perspectiva psicológica y psiquiátrica, como lo ha expuesto Eugenio Cuello Calón, en su interesante y autorizado libro sobre la criminalidad infantil y juvenil, no será hasta la aparición de los primeros Tribunales de Menores cuando se creen servicios destinados, exclusivamente, al examen psicológico y psiquiátrico de los niños infractores y anormales, que, incluso, llegaran a ampliar la finalidad de sus investigaciones a todo género de conductas irregulares.

Luis Silvela. Afirmó que los estados normales de su espíritu, el hombre tiene conciencia en primer lugar, de sí mismo, pues se distingue del mundo que lo rodea y se conoce como uno y como idéntico, concibiendo por ello la idea de su responsabilidad…Se reconoce como inteligente, sensible y activo… y al sentir y determinarse libremente en pensamiento, sentimiento y acción, esta penetrado de las operaciones que su espíritu ejecuta, siendo por ello responsable de las mismas…En un estado de desarrollo de su espíritu completo, que se acerca a ello, tiene también conciencia de la ley jurídica, que ha de regir sus acciones…; Después de precisar las para el, condiciones de imputabilidad expone la idea de que las mismas pueden faltar, por un desarrollo incompleto o imperfecto del espíritu, o por encontrarse en desorden y perturbadas. Tales funciones, advierte, se desenvuelven con lentitud como el organismo del hombre y por ello se observa que el niño no tiene, en sus primeros años de vida, conciencia de si mismo y mucho menos de la ley que ha de regir su voluntad, sobre la que no tiene dominio, estando determinada por los impulsos externos.

Con el desarrollo va adquiriendo poco a poco conciencia de si… y ello lo lleva a la reflexión para más tarde obrar conforme a principios, con conocimiento de la ley, comenzando la edad de la razón, de la imputabilidad y de la responsabilidad.[284]

Ana Luisa Prieto. Acepta que la información técnica del discernimiento corresponde a la psicología y para esta ciencia la llamada capacidad de discernimiento (capacidad de distinguir el bien del mal, lo ilícito de lo ilícito) es uno de los aspectos del juicio moral maduro" Descansa en gran medida en presupuestos psicológicos.

---

[283] *Op. cit.*, Cuello Calón, Eugenio, *Criminalidad Infantil…*, p. 72.

[284] Silvela, Luis, *El Derecho Penal Estudiado en Principios y en la Legislación Vigente en España*, Librería Murillo, Madrid, 1874, p.p. 207-208, http://europa.sim.ucm.es/compludoc/AA?articuloId=524397&donde=castellano&zfr=0, fecha de consulta: Agosto de 2011.

Sistema del Discernimiento. En esencia se fija una edad, generalmente la de la pubertad, para la que se establece una presunción iuris el de jure de inimputabilidad del agente y otra edad hasta la mayor edad penal, en la que se establece una presunción iuris tantum de inimputabilidad, que queda destruida por la prueba del discernimiento, es decir cuando resulte probado que el concreto sujeto tenía capacidad para la comprensión del carácter del ilícito cometido y para orientar su conducta de acuerdo a dicha comprensión.

Luis Jiménez de Asúa. Criterio Interpretativo del Discernimiento. Distinguió las siguientes orientaciones en la doctrina científica que nos va a facilitar criterios interpretativos del discernimiento.

Discernimiento Jurídico. Lo radica en la inteligencia de la antijuridicidad del acto, en la conciencia necesaria para el conocimiento de la punibilidad, en la noción de la responsabilidad penal y, por último, en sus consecuencias. Este es el criterio sostenido por Frank Von Liszt.

Discernimiento Moral. Nos dice que es la existencia de la inteligencia suficiente para diferenciar el bien del mal, lo justo de lo injusto, en el concepto de moralidad y de responsabilidad penal. Este criterio es defendido por Carrara, Rossi y Silvela.

Aplicando los principios de la Escuela Clásica a la materia objeto de estudio, podemos afirmar que el desenvolvimiento intelectual en el menor de edad se desarrolla paralelamente a su desarrollo físico, de tal suerte que "si su inteligencia le permite discernir lo justo y lo bueno, de lo injusto y lo malo, el acto ejecutado se le reprocha como delito si escoge el segundo camino y el castigo se le impone también en proporción.[285]

[285] *Op. cit.*, Solís Quiroga, Héctor, p. 48.

CAPÍTULO 3. MENORES INFRACTORES

3.1. Definición de Menor de Edad.

Las Siete Partidas. Ofrecen sin duda, una ordenación sistemática de la minoría de edad penal, distinguiendo dos límites:[286]

> I.- Para los delitos que afectan a la honestidad, delitos de lujuria, en donde la irresponsabilidad alcanza hasta los catorce años en el hombre y doce en la mujer.
>
> II. Para los demás delitos, en cuyo caso, la minoría de edad penal se sitúa en los diez años y medio.

Código de Napoleón. Vigente en el año de 1810, es el primer texto legal que habla del concepto jurídico el menor, aplicándose el discernimiento o *doli capacitas*, a partir de ese momento se establece la división jurídica entre niños y adultos, y nace una forma especial de tratar a los niños y jóvenes.[287]

Reglas de Beijing. El menor es todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto, pero aun no es penalmente responsable como adulto.

Convenio de la Haya. El menor es toda persona que tenga la calidad de tal, de acuerdo con la ley interna del Estado del que es nacional, o la ley interna del Estado de su residencia habitual.

Convención Sobre los Derechos del Niño. Se plasma en la Convención Sobre los Derechos del Niño, los países, a través de su adherencia a este instrumento internacional, ha acordado que "niño" es todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. Es la definición mundialmente aceptada de niño.

Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para El Distrito Federal en Materia Común y para Toda la Republica en Materia Federal de 1991.

---

[286] Torres Pérez, José Ma., Belén Galván, María Calonge, *Las Siete Partidas*, exposición del primero de julio al treinta de septiembre de 2007, Universidad de Navarra, www.unav.es/biblioteca/fondoantiguo/preferenciales/008.pdf, fecha de consulta: Agosto de 2011.

[287] Soto Acosta, Federico Carlos, *Los Menores de Edad frente al Derecho Penal*, Cuadernos de la Judicatura, Tribunal Superior de Justicia del Estado de Zacatecas, México, 2002, p.33.

> **Artículo 4.** "…Respecto de los actos u omisiones de menores de 18 años que se encuentren tipificados en las leyes penales federales, podrán conocer los consejos o tribunales locales para menores del lugar donde se hubieren realizado, conforme a los convenios que al efecto celebren la Federación y los gobiernos de los Estados".

Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Señala que son niños y niñas, las personas de hasta doce años incompletos y los adolescentes son aquellos cuya edad fluctúa entre 12 años cumplidos y 18 incumplidos.[288]

La Minoridad de Edad. Se encuentra establecida en la ley, son incapaces. La capacidad jurídica del menor es, entonces para efectos del derecho penal, aquella que posee quien no tiene pleno discernimiento de los actos que realiza, por lo que no puede llamársele delincuentes sino, infractores, ya que la misma ley establece la minoría de edad, como una restricción a la personalidad jurídica, por lo que no está obligado ni a ejercitar sus derechos ni a contraer obligaciones jurídicas.

Enciclopedia Jurídica Omeba.[289] Refiere que en la concepción jurídica positiva el límite de la minoridad está fijado por la ley, y esta naturalmente para ser justa debe fundarse en aquellos factores antes enunciados.

Dentro de esta orientación jurídica positiva se establecen generalmente distintas etapas o grados que inciden para apreciar la capacidad y juzgar su responsabilidad jugando con estas clasificaciones, principios que rigen las diversas ramas del Derecho, y que a su vez representan distintos enfoques en materia civil, penal, laboral.

Diccionario Jurídico Mexicano. Nos dice que la palabra menor, proviene del latín *minor natus*, referido al menor de edad, al joven de pocos años, al pupilo no necesariamente huérfano, sino digno de protección, ya que esta última voz proviene a su vez de *pupus*, que significa niños, y se confunde con la amplia aceptación romana del hijo de familia, sujeto a patria potestad o tutela.[290]

También nos refiere desde el punto de vista jurídico, que por menor infractor, se entiende a toda persona que por carencia de plenitud biológica, que por lo general comprende desde el momento del nacimiento viable hasta cumplir la mayoría de edad, la ley restringe su capacidad dando lugar al establecimiento de jurisdicciones especiales que lo salvaguardan.

En México se considera que el menor de edad infractor es inimputable, es decir, que no tiene la capacidad de querer y entender lo negativo del delito.

---

[288] Publicada en el DOF, el 29 de Mayo de 2000.

[289] *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo. XIX, p. 563.

[290] Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Ed. 8ª, Tomo III, Editorial Porrúa, México, 1995, p. 2345.

Siendo inimputable faltaría un elemento en la Teoría del Delito, que se forma por la acción tipo, antijuricidad y culpabilidad, siendo la imputabilidad el presupuesto de la culpabilidad; nadie puede ser culpable sino tiene la capacidad de saber que lo que hace está mal. Por este motivo el menor de edad no comete delitos y por lo tanto no es posible aplicarle una pena.[291]

Rafael de Pina Vara. Define al menor, como la persona que no ha cumplido todavía los 18 años de edad.[292]

Ruth Villanueva Castilleja. Nos dice que dentro de la doctrina jurídico-penal mexicana, se considera al menor de edad como inimputable, sin la capacidad bio-psico-social, para querer y entender el resultado de su conducta, aun cuando esta lesiones un bien jurídico tutelado, argumentando que el menor no ha alcanzado un grado de desarrollo suficiente que le permita analizar y comprender el alcance de sus actos.[293]

Rafael Sajón. Señala, que es la condición jurídica de la persona que no ha alcanzado cierta edad señalada por la ley para su plena capacidad.

Henry Febres. Nos cuenta que en la edad media, surgió el concepto de que los menores no eran responsables de los actos delictivos que cometían contra el orden jurídico de la época, sino cuando llegaban a su mayoría de edad.[294]

3.2. Menores Delincuentes.

Luis Rodríguez Manzanera. Dice que entendemos por Menores Delincuentes, a aquellos sujetos que no habiendo cumplido aún los 18 años de edad, cometen un hecho considerado por la ley como delito, distinguiendo al menor delincuente del menor infractor, que es aquel que viola ordenamientos no penales, y del menor de conducta irregular, que comete conductas antisociales no tipificadas como delito ni prohibidas por otros ordenamientos.[295]

Definición de Menores Infractores. La mayoría de los países denominaban a los menores infractores al referirse a los menores que habían cometido una conducta antisocial entre ellos tenemos a los países Europeos, Asiáticos, y Latinoamericanos.

Reglas de Beijing. Menor infractor es todo aquel menor delincuente al que se ha imputado la comisión de un delito o se le ha considerado culpable de la comisión de un delito.

---

[291] *Op. cit.*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 2114.
[292] De Pina Vara, Rafael, *Diccionario de Derecho*, Editorial Porrúa, 29ª.Edicion, México, 2000, p. 371.
[293] *Op. cit.*, Villanueva Castilleja, Ruth, p. 247.
[294] Henry Febres, *El Menor en Situación de Irregularidad Social y el Derecho de Menores*, Editorial Unsa, Argentina, 1977, p. 59.
[295] *Op. cit.*, Rodríguez Manzanera, Luis, p. 57.

Mauricio G. Ruiz Garza. Al hacer referencia a los Menores infractores, se ha aludido a todos los menores de edad, que han cometido un acto calificado como delito por las leyes penales.[296]

Elba Cruz Cruz. Los menores infractores son aquellas personas, menores de 18 años, que realizan conductas tipificadas como delitos por las leyes penales vigentes, no siendo aplicables 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 someterlos a un régimen especial de atención.[297]

3.3. Definición de Adolescencia. Este tema antes hubiera sido rápidamente contestado, tomando en cuenta el tiempo de vida del ser humano, ahora es difícil de contestar debido a los cambios en la maduración física y mental.

La adolescencia es la etapa de los grandes cambios hormonales, físicos y psicológicos y es aquí donde el individuo se afianza como parte de un entorno social y familiar.

Las definiciones son muy variables y muchas de ellas se refieren a las situaciones psicológicas o cronológicas.

Organización Mundial de la Salud. Como la etapa que va entre los 11 y 19 años, considerándose, dos fases:

1. En la primera, la adolescencia temprana, de los doce a los catorce años.

2. En la segunda, la tardía de los quince a los diecinueve años. Sin embargo la condición de juventud no es uniforme y varía de acuerdo al grupo social que se considere.

Definición de Delincuencia Juvenil. No tiene una significación universal, no existiendo consenso doctrinal a la hora de delimitar que es lo que se entiende por aquel fenómeno infractor.

No hay comunión a la hora de emplear una terminología concreta, ya que la denominación delincuencia juvenil, no es la única que se utiliza, ya que hay expresiones como criminalidad juvenil o criminalidad de la juventud.[298]

El término Delincuencia Juvenil, no tiene el mismo significado para todos los criminólogos. Difieren básicamente en dos puntos:

[296] Mauricio G, Ruiz Garza, *Menores Infractores, Una Pedagogía Especializada*, Editorial Castillo, México, 1998, p. 72.
[297] Cruz Cruz, Elba, *El Concepto de Menores Infractores*, Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/posder/cont/5/cnt/cnt17.pdf, fecha de consulta octubre de 2011.
[298] *Op. cit.*, Solís Quiroga, Héctor, p. 37.

Primero. Determinar la edad a partir de la cual se puede hablar de Delincuencia juvenil.

Segundo. Radica en determinar cuáles deben ser las conductas que dan lugar a calificar a un joven como delincuente.

David Pedro R. Nos dice que el término de Delincuencia Juvenil, se originó en Inglaterra en el año de 1815.

Primer Tribunal de Menores en Chicago. El concepto de Delincuencia Juvenil, tiene su origen en 1889, cuando se crea este tribunal, diferenciando las conductas antisociales cometidas por adolescentes de las cometidas por los adultos.

Cesar Herrero Herrero. El concepto de Delincuencia Juvenil nos obliga, ante todo a esclarecer dos conceptos: la delincuencia y juvenil.[299]

Define la Delincuencia Juvenil como el fenómeno social constituido por el conjunto de las infracciones, contra las normas fundamentales de convivencia, producidas en un tiempo y lugar determinados. El termino delincuencia juvenil, es un concepto eminentemente socio-histórico.[300]

Ciriaco Izquierdo Moreno. Es un fenómeno específico y agudo de desviación e inadaptación.[301]

Comité Sobre Delincuencia Juvenil de Melbourne, 1956. Se dice en ese sentido que la delincuencia es la conducta resultante del fracaso del individuo en adaptarse a las demandas de la sociedad en que vive.

Debido al influjo de la Escuela Clásica del Derecho Penal y el Positivismo Psico-biológico, es frecuente considerar a la delincuencia como una realidad exclusivamente individual, sin embargo, en la actualidad la gran mayoría de los criminólogos sostienen que la delincuencia es un fenómeno estrechamente vinculado cada tipo de sociedad y refleja las principales características de las mismas, por lo que, si se quiere comprender el fenómeno de la delincuencia es necesario conocer la sociedad, con sus funciones y disfunciones.

Vicente Garrido Genovés. Define al Delincuente Juvenil como una figura cultural porque su definición y tratamiento legal responde a distintos factores en distintas naciones, reflejando una mezcla de conceptos psicológicos y legales.[302]

Técnicamente el delincuente juvenil es aquella persona que no posee la mayoría de edad penal y que comete un hecho que está castigado por las leyes.[303]

[299] Herrero Herrero, Cesar, *Criminología Parte General y Especial*, Dykinson, S.L. Libros, Madrid, 2007, p. 359.
[300] *Ibídem*, p. 362.
[301] Izquierdo Moreno, Ciriaco, *Delincuencia Juvenil en la Sociedad de Consumo*, Ediciones Mensajero, Bilbao, 1980, p.7.
[302] Garrido Genovés, Vicente, *Delincuencia Juvenil*, Ed. Alambra, Madrid, 1986, p.11.

En México podemos definir la delincuencia juvenil como el fenómeno social constituido por el conjunto de infracciones penales cometidas por los menores de 18 años.

Raúl Horacio Viñas. Nos dice que el concepto de Delincuencia Juvenil, ha adquirido connotaciones diferentes según la disciplina que lo utiliza, ya sea psicología, pedagogía, criminología, psiquiatría, o sociología.[304]

Norma Internacional de la Delincuencia Juvenil. El origen de la norma internacional en materia de delincuencia juvenil, denominada por Cuello Calón, Fase Internacional se halla en los años precedentes a la Segunda Guerra Mundial y, en particular, en los años de posguerra, constituyendo el primer esfuerzo internacional la *ASSOCIATION INTERNACIONALKE POR LA PROTECTION DEL ENFACE* fundada en 1921, que continuara la obra de la Sociedad de Naciones, organismo que consagro gran atención a la infancia infractora.[305]

Luis Rodríguez Manzanera. Conceptúa la Delincuencia Juvenil, como los hechos cometidos por menores de 18 años, considerandos por la ley como delitos.[306]

3.4. Menores Delincuentes.

Luis Rodríguez Manzanera. Dice que entendemos por Menores Delincuentes, a aquellos sujetos que no habiendo cumplido aún los 18 años de edad, cometen un hecho considerado por la ley como delito, distinguiendo al menor delincuente del menor infractor, que es aquel que viola ordenamientos no penales, y del menor de conducta irregular, que comete conductas antisociales no tipificadas como delito ni prohibidas por otros ordenamientos.[307]

3.5. Delincuencia y Criminalidad.

Manuel López Rey y Arroyo. Da un concepto conjunto de delincuencia y criminalidad, lo define como un fenómeno individual y sociopolítico, que afecta a toda la sociedad, cuya prevención, control, y tratamiento requiere de la cooperación de la comunidad al mismo tiempo que un adecuado sistema penal. Es necesario limitar el adjetivo de juvenil para poder entender la delincuencia juvenil.[308]

---

[303] *Ídem*.
[304] Viñas, Raúl Horacio, *Delincuencia Juvenil y Derecho Penal de Menores*, Ediar, México, 1983, p. 31.
[305] *Op. cit.*, Cuello Calón, Eugenio, *El Tratamiento de la Criminalidad…*, p.p. 249-250.
[306] *Op. cit.*, Rodríguez Manzanera, Luis, *Criminalidad de…*, p. 50.
[307] *Ibídem*, p. 57
[308] López Rey Arroyo, M., *Criminología, Criminalidad y Planificación de la Política Criminal*, Reus, Madrid. 1978, p.p. 10-11. y 21-38.

El significado etimológico de juvenil, alude a todo lo relacionado con juventud y tendríamos que adentrarnos en juventud en este caso es aplicable el concepto que se da dentro de las ciencias penales que definen la delincuencia juvenil como la delincuencia llevada a cabo por personas que no han alcanzado aún la mayoría de edad;[309] evidentemente penal, pues no en todos los países coincide la mayoría de edad penal y que supone una barrera que la conciencia social así como la legal han fijado para marcar el tránsito desde el mundo de los menores al mundo de los adultos. [310]

Esto nos permite afirmar que lo expuesto por Herrero Herrero, que el termino delincuencia juvenil es un concepto eminentemente socio-histórico.

3.6. Concepto de Joven.

Hans Goppinger. El concepto de joven, deber ser entendido en un sentido amplio, abarcando las edades comprendidas entre los 14 y los 21 años, naciendo dentro de este tramo de edades una subdivisión entre jóvenes y semi-adultos.[311]

Segundo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Recomendó, sin tratar de formular una definición modelo de lo que debe entenderse por delincuencia de menores en cada país, recomienda:

> A). Que el significado de la frase delincuencia de menores, se limite lo más posible a las transgresiones del derecho penal.
>
> B). Que se creen, ni siguiera con el fin de protección, nuevas formas legales de delito que castiguen las pequeñas irregularidades o manifestaciones de inadaptación de los menores que no se procesaría a los adultos. Se hace aquí la prudente sugestión de que no apliquemos las palabras "menor delincuente" sin razón y sin medida.

En la segunda parte de esa recomendación de las naciones unidas, se hace también la sugestión de que no se apliquen las leyes de tal manera que se castigue a menores que incurran en pequeñas faltas que cometidas por adultos no serían punibles.

3.7. Definición De Derecho Penal De Menores.

Mauricio G. Ruiz Garza. Es la rama de la ciencia jurídica que contempla y regula las relaciones del ser humano durante las fases de su dinámico desenvolvimiento personal, en las

[309] *Op. cit.*, Herrero Herrero, Cesar, p. 360.
[310] *Ídem*.
[311] Goppinger, Hans*, Criminología*, 2ª. Ed., Traducción de María Luisa Schnarme e Ignacio Castro, Reus, Madrid, 1973, p. 76.

que aun su personalidad ha de protegerse, así como las realidades que, en el medio social, inciden en este proceso de desarrollo personal.[312]

Raúl Horacio Viñas. Es el conjunto de normas y principios jurídicos que ante la comisión de un delito por un menor, prevén y regulan la aplicación de distintas forma de reacciones típicas: educativas, reeducativas, terapéuticas, curativas, correccionales o punitivas, todas pedagógicamente orientadas a la reinserción social del mismo.[313]

Enrique Bacigalupo. Es un derecho de medidas, dirigido a un tipo de autores, que no distingue, en el principio entre autores potenciales y autores reales, con un procedimiento en el que predominan los poderes descomunales del juez y en el que el principio de legalidad sufre considerables restricciones.[314]

Señala que el asunto más crítico del Derecho Penal de Menores, es el que expresa su carácter de Derecho Penal de Autor, en el hecho cometido, solo tiene el carácter de un sistema de la peligrosidad del menor.[315]

Luis Jiménez De Asúa.[316] El derecho penal de menores debe abolirse toda solemnidad y publicidad en el proceso como no se trata de una litis no hay intervención de abogados, no cabe aquello de que haya un defensor, de que exista un juez que oiga a ambas partes. Allí no hay más que un hombre que estudio a los menores y que trata de ayudarlos (al que) debe darse el más amplio arbitrio para determinar la forma en que haga las investigaciones.

El juez no va a investigar hechos, no va a dilucidar si el crimen se cometió en tal o cual forma, si existía esta o aquella otra causa de justificación, si había circunstancias agravantes o atenuantes. Lo que va a hacer es estudiar la personalidad del menor.

3.8. Derecho de Menores.

Joel Francisco Jiménez García. Tiene por objeto la protección integral del ser humano, desde su concepción hasta que alcanza, tras su nacimiento, la plena capacidad de obrar, que se inicia con la mayoría de edad, para integrarle armónica y plenamente en la convivencia social.[317]

[312] Mauricio G, Ruiz Garza, *Menores Infractores, Una Pedagogía Especializada*, Ed. Castillo, México, 1998, p. 20-29.
[313] *Op. cit.*, Viñas, Raúl Horacio, p.47.
[314] Bacigalupo, Enrique, *Estudio comparativo sobre Regímenes en Materia de Menores Infractores de la Ley Penal*, Año 6, números 17-18, Ilanud, Costa Rica, 1983, p. 59.
[315] Enrique Bacigalupo, *Estudios sobre la Parte Especial del Derecho Penal*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 415.
[316] Jiménez de Asúa, Luis, *Cuestiones de Derecho Penal,* Talleres Gráficos Nacionales, Quito, 1953, p. 85.
[317] Jiménez García, Joel Francisco, *Derecho de los Niños*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2000, p. 5.

3.9. Derecho de Menores Infractores.

Moisés Moreno Hernández.[318] Es un derecho eminentemente de autor y no de acto, es decir, atiende mas a lo que es, a su situación o estado, a su personalidad, que a lo que hace, por lo que también es un derecho de peligrosidad.

Ambos criterios no resultan ser compatibles con las exigencias de un derecho protector y respetuoso de los Derechos Humanos, sino de uno que permite su violación, en virtud de que posibilita la arbitrariedad estatal, al prever medidas de tratamiento en relación al estado de peligrosidad del menor.

Definición de Infracción.

> **Infracto.** Proviene del latín y significa quebrantamiento de la ley o pacto.
>
> **Infracción.** Significa, aquella transgresión o quebrantamiento de una ley, o de una norma, es decir, es la contravención a normas de carácter administrativo derivada de una acción u omisión.
>
> **Infractor.** Es un concepto que tiene vida desde hace aproximadamente treinta y cinco años, y se refiere a lo que tradicionalmente se ha designado como niño delincuente y delincuente juvenil.

Alberto Martell Gómez.[319] Nos dice que es el acto antisocial que ejecuta un menor de edad, al vulnerar las leyes penales o los reglamentos gubernativos administrativos o las normas de convivencia moralmente aceptadas, tendientes a alterar su integridad personal, familiar o social.

Con este concepto, colocamos al menor en una situación de infractor y se enfoca su conducta y no la consecuencia o resultado que conlleva la misma.

A los jóvenes que incurren en una conducta antisocial les llamamos acertadamente menores infractores y no delincuentes juveniles o criminales menores, ya que no son ni delitos los que cometen, así como tampoco dichos menores incurren en crímenes, porque nuestra legislación las clasifica como delitos, no como crímenes ni como faltas.

Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y Para Toda la Republica en Materia Federal. Artículo 1 y 6: Señalan que jurídicamente el término menor infractor se adquiere porque el menor es procesado ante una autoridad administrativa y no judicial.

---

[318] Moreno Hernández, Moisés, *Sistemas Legales, Garantías Procesales y Derechos Humanos*, Ponencia presentada en el Seminario sobre Derechos Humanos del Menor frente al Sistema de Justicia Juvenil, Inacipe/Ilanud, México, 1987, p. 27.
[319] Martell Gómez, M. Alberto, *Análisis Penal del Menor*, Editorial Porrúa, México, 2003, p.p. 134 -135.

3.10. Determinación de la Edad Penal. La edad del menor se determina a través del acta de nacimiento expedida por Registro Civil, de conformidad con lo previsto por el Código Civil correspondiente y a falta del acta de nacimiento, se aplicaran exámenes periciales médicos y psiquiátricos.

De no ser esto posible, se acreditara por medio de dictamen médico rendido por los peritos que para tal efecto designe el consejo y en última instancia en caso de duda, se presumirá la minoría de edad.

Era necesario unificar la edad penal en México a diez y ocho años de edad, sin que la diferencia cronológica implique discriminación o tratar al adolescente como objeto o que le falta algo, pero tampoco implica en la realidad que de un día para otro se pase de la niñez a la adolescencia, a la juventud o a la mayoría de edad, pues no son términos jurídicos sino biológicos, psicológicos y sociales.

El rango de edad de este sistema integral de justicia, cumple con lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño[320], las reglas mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores de 1985, (Reglas de Beijing), y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad.

En la Constitución Federal, el Sistema Integral de Justicia, debe reconocer las garantías establecidas principalmente en los primeros 29 artículos, ubicando:

Los principios de intervención mínima, subsidiariedad, legitimidad, publicidad, responsabilidad, moderación, fragmentación, proporcionalidad, presunción de inocencia, jurisdiccionalidad, de reintegración, de humanidad, de realidad, de individualización, de necesidad, defensa, justicia social, prevención certeza y prontitud, ineludibilidad, legalidad, económico, necesidad de la medida.

Además debe refrendarse la existencia de un Estado de derecho, democratizo, social, funcional y liberal reconocido en los artículos; 39, 40, 41, 42, 49, 103, 107, 108, 115, 116, 133, y 135, del mismo ordenamiento, para hacer que el sistema integral de justicia sea eficaz y eficiente, con autoridades profesionales y con estructura adecuada.

Son todas aquellas que se establecieron mediante el sistema integral de justicia, al establecer los doce años como edad mínima y los diez y ocho años como edad penal, los niños menores de doce años, solo serán sujetos de asistencia social, garantizar los derechos fundamentales así como aquellos derechos específicos, autoridades especializadas para la operación de cada uno de los sistemas, interés superior del niño, formas alternativas de solución de conflictos, se observará las garantías del debido proceso legal, independencia entre la autoridad que efectúa la remisión y las que impongan la medida, las medidas deberán de ser proporcionales

[320] Publicada en el Diario Oficial de la Federación, 25 de enero de 1991, vigente a partir del 21 de octubre de 1990.

a la conducta realizada, tendrán como fin la reintegración social el internamiento se realizará solo como medida extrema y por el tiempo más breve, el internamiento solo se aplicará a aquellos adolescentes por la comisión de conductas antisociales tipificadas como graves y mayores de catorce años.

Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y Para Toda la Republica en Materia Federal. El artículo 4, fijó la mayoría de edad penal en 18 años, y a la letra decía: "…Respecto de los actos u omisiones de menores de dieciocho años, que se encuentren tipificados en las Leyes Penales Federales, podrán conocer los Consejos o Tribunales Locales para Menores del lugar donde se hubieren realizado, conforme a los Convenios que al efecto celebren la Federación y los Gobiernos de los Estados".

Lo anterior queda claro en los supuestos establecidos por el artículo 6 de la Ley antes citada, misma que dio competencia al Consejo de Menores para conocer de la conducta de las personas mayores de 11 años y menores de 18 años, tipificada por las leyes penales.

Menores de Once Años. Serian sujetos de asistencia social por parte de las instituciones de los sectores público, social y privado que se ocupen de esta materia, las cuales se constituirán, en este aspecto, como auxiliares del Consejo.

Si bien no existía distinción de categorías respecto de los menores adjetivados, si distinguían la ley, el tratamiento que debe darse a los menores de 11 años, mismo que fue anteriormente citado, ahora bien, respecto de los actos u omisiones de los menores de 18 años que se encuentre tipificados en las leyes penales tanto federales como estatales podrían conocer los Consejos o Tribunales Locales para menores del lugar donde se hubiere realizado el acto u omisión, en este caso existe un procedimiento establecido ante el consejo de menores.

3.11. Indeterminación de la Edad Penal. Cada Código de la República señala su propia edad, como se advierte en las legislaciones de los estados de; Tamaulipas, un niño es menor infractor a los seis años; en Aguascalientes a los siete; en San Luis Potosí y Tabasco a los ocho; en Coahuila a los diez; en Baja California, Campeche, Chiapas, Chihuahua, Distrito Federal, Estado de México, Guanajuato, Morelos, Nayarit, Oaxaca, Querétaro, Sonora, Tlaxcala y Yucatán a los once años y en Baja California Sur, Durango, Hidalgo y Nuevo León a los doce años.

Manuel Vidaurri Arechiga.[321] Explica que el tema concerniente a la edad penal, es un verdadero galimatías nacional, la reforma aporta una ventaja inmediata, la homologación de

[321] Vidaurri Arechiga, Manuel, *Notas Emergentes en Torno a los Principios Orientadores del Nuevo Sistema de Justicia Penal de Menores*, en Estudios Jurídicos en Homenaje a Olga Islas de González Mariscal, Tomo III, Coord. García Ramírez, Sergio, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2007, p. 533.

dicha edad, poniendo remedio a tan compleja problemática (como mero ejemplo, sabemos que en la Legislación Penal de los Estados de Aguascalientes, Guanajuato, Michoacán, Nayarit la Edad Penal es de 16 años, y en los Estados de Colima y Jalisco es de 18; al menos en lo que hace a establecer una edad mínima (doce años) y una máxima (diez y ocho) para la intervención institucional, cumpliéndose, por fin, lo preceptuado en el artículo primero de la Convención, que a la letra dice:

> Para los efectos de esta Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Ricardo Franco Guzmán. En materia de menores el panorama es catastrófico, en unos estados la mayoría de edad penal se alcanza a los 16 años, en otros a los 17 años y en unos más a los 18, ¿puede encontrarse mayor disparidad en un solo país.

Además, los estados de la Republica que consideran penalmente responsables a los menores de 10 años, violan los derechos establecidos en su favor por la Convención de los Derechos del Niño, que precisa en su artículo primero: Se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.[322]

Raúl Carranca y Rivas.[323] Nos dice, que no obstante mi idea es recalcar los alcances del libre albedrio, de la libertad social, del compromiso social, de la inconformidad social.

Insisto en ello porque la imputabilidad, que se considera un presupuesto de la culpabilidad, es asunto que merece profunda indagación jurídica, y lo jurídico es aquí historia, cultura, política.

En rigor lo es en todos los casos, no importa que en distintas proporciones. Tema colateral del anterior sea el de la determinación o indeterminación cronológica de la edad penal para ser imputable, responsable.

Yo soy partidario de la indeterminación y explicare por qué: Es muy fácil medir por el mismo rasero a todas las personas; evita problemas, complejidades e incluso facilita la aplicación de medidas prácticas, reales, efectivas.

En los Estados Unidos, sin mayor miramiento, se han impuesto penas severísimas a niños de 11 y 12 años. Punto, se los castiga sin entrar en dilucidaciones y hay quienes alegan, lo que a mi juicio es un desatino, que un niño de esa edad es capaz de querer y de entender el mal (lo

[322] Franco Guzmán, Ricardo, *La Necesidad de Unificar la Legislación Penal en Toda la República*, Biblioteca Virtual Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/419/9.pdf, fecha de consulta: marzo de 2011.

[323] Carranca y Rivas, Raúl, *Filosofía del Derecho Penal*, Editorial Porrúa, México, 2009, p.p. 94-97.

negativo, lo delictivo e incluso lo vulnerable de una norma de cultura; ¡nada más falta que se diga que también entiende su inserción en el tipo penal).

¿Entenderá un niño, por ejemplo, la formula tan extraña y rebuscada del dolo contenido en el artículo 9 del Código Penal Federal? ¿Tendrá capacidad de querer y de entender eso de: "Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley? ¿Conocerá el niño los elementos del tipo penal o podrá prevenir como posible el resultado típico?

En tal virtud, repito, soy partidario de la indeterminación en materia de la edad de responsabilidad penal.

La indeterminación, permite adecuar la imputabilidad a las circunstancias y condiciones que rodean al agente y de las que forma parte substancial.

Cada quien tiene su tiempo y edad de madurez y creo que acerca de esto no puede haber la menor duda. Al respecto yo sostengo que es el juez quien debe definir a partir de cuándo se es imputable desde el punto de vista penal.

Además, una cosa es la edad estrictamente física y otra muy distinta la edad psicológica subjetiva. Al margen de lo anterior y si determinados la edad penal podemos caer en una serie lamentable de contradicciones.

En efecto, una es la edad para poder firmar un contrato o contraer matrimonio, otra la edad para votar o ser votado y otra la edad para ser elegido, dependiendo del cargo concreto, a un puesto de representación popular.

¿Se vale o se valdría fragmentar la edad de responsabilidad, según se trate de la civil, de la penal o de la política?

No hay que perder de vista que esos niños llamados criminales han sufrido la influencia de un especifico ambiente familiar y social, como acontece, toda proporción guardada, con cualquier criminal.

O sea, hay factores determinantes de la criminalidad, endógenos y exógenos, que es imposible soslayar en el terreno de la imputabilidad.

CAPÍTULO 4. IMPUTABILIDAD DE LOS MENORES

La categoría dogmática de la imputabilidad (del latín, imputare=atribuir) es una de las más controvertidas de entre aquellas que conforman la Teoría del Delito, siendo incluso calificada por Blanco Lozano, como la más controvertida de entre todas las categorías.[324]

Además de ser de las que en menor medida admite criterios exactos de determinación[325], pudiendo ser contemplada desde una multiplicidad de posicionamientos dogmáticos, prácticos, médicos-psiquiátricos y psicológicos.

Según la teoría elaborada por la Ciencia del Derecho Penal sobre el delito, la mera constatación de la realización de un hecho injusto tipificado por la ley penal no basta para la exigencia de responsabilidad criminal[326], si no que la misma requiere inexorablemente la afirmación de la culpabilidad del sujeto.

Por eso se proclama como principio esencial la máxima "*nullum crimen sine culpa*" o lo que es lo mismo, la imposibilidad de que exista delito alguno si no se comprueba la culpabilidad de su autor.

Según Cobo del Rosal y Vives Antón, la culpabilidad es el reproche personal que se dirige al autor por la realización de un hecho típicamente antijurídico.[327]

Es decir, se trata de un juicio de reproche "sobre el autor de ese comportamiento; por haberlo realizado pese a conocer, o haberlo podido conocer pese a desconocerlo, que estaba prohibido".[328]

Para afirmar dicha culpabilidad se requiere, entre otras exigencias, que el sujeto sea imputable, esto es, la culpabilidad supone un determinado desarrollo o madurez de la personalidad y unas determinadas condiciones bio-psíquicas que permitan al autor conocer la

[324] Blanco Lozano, C., *El Concepto Penal de Imputabilidad*, La Ley, 2002, p. 1873.
[325] Martínez Garay, L., *La Imputabilidad Penal, Concepto, Fundamento, Naturaleza Jurídica y Elementos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 15.
[326] Bacigalupo Zapater, E., *Principios de Derecho Penal, Parte General*, 5ª Ed., Totalmente actualizada y basada en la nueva redacción del Código Penal, L.O. 10/95, Akal, Madrid, p. 298.
[327] Cobo del Rosal y Vives Antón, *T.S. Derecho Penal, Parte General*, 5ª Ed., Corregida, aumentada y actualizada, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 535.
[328] Cuello Contreras, J., *El Derecho Penal Español, Parte General, Nociones introductorias, Teoría del Delito*, 3ª. Ed., Dykinson, Madird, 2002, P. 909.

lesividad material de su comportamiento y su ilicitud, así como dirigir su voluntad conforme a dicha comprensión.

Pues bien, al conjunto de condiciones o facultades mínimas requeridas para poder considerar a un sujeto culpable de la conducta antijurídica que ha realizado es a lo que se denomina imputabilidad.[329]

La afirmación o negación de la imputabilidad constituye, pues, en el moderno Derecho penal una pieza clave, ya que si el mismo se fundamenta en la culpabilidad, y esta a su vez presupone la imputabilidad, es obvio que puede llegarse a la conclusión de que sin imputabilidad no puede haber pena.

Pero dado que la culpabilidad no es una categoría pacifica, sino que, contrariamente, se ha visto se ve envuelta en una compleja polémica doctrinal, dicha polémica se proyecta de forma necesaria sobre la institución de la imputabilidad, la que desde su creación ha estado ligada al arduo problema del fundamento de la culpabilidad.

Durante siglos y todavía hoy, se sigue discutiendo sobre su fundamento, lo que provoca inevitablemente un debate acerca del propio fundamento de la imputabilidad, habida cuenta de que la concepción que se adopte sobre la primera incidirá directamente en la forma de concebir la segunda.

De ahí que se encuentren diferentes formas de definir la imputabilidad, dependiendo del concepto de culpabilidad que se defienda, y que sintéticamente pueden resumirse en dos grandes posiciones: la de quienes afirman que es imputable la persona que es capaz de comprender lo injusto de su conducta así como de dirigir su actuación de acuerdo con esa comprensión;[330] y la de aquellos otros autores que situando su estudio en el ámbito de la función motivadora de la norma penal y en los fines preventivos de la pena, sustentan que solo es imputable el sujeto que es motivable por las normas jurídico-penales.[331]

Por su parte, tradicionalmente, la no existencia de una definición expresa sobre la imputabilidad en la legislación penal, ha supuesto la aparición de una grave disparidad conceptual, y aunque parece haberse alcanzado en la actualidad un acuerdo en la doctrina penal española y alemana para concebirla como capacidad de culpabilidad, no parece haberse terminado con la problemática sobre su papel como elemento o como presupuesto de la culpabilidad.

[329] *Op. cit.*, Cobo del Rosal, M., y Vives Antón, p. 576.
[330] Blanco Lozano, C., *Tratado de Derecho Penal Español*, *Tomo I, El sistema de la parte general, volumen I, Fundamentos del Derecho Penal Español. Las consecuencias jurídico-penales*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2004, p. 898.
[331] Muñoz Conde, F.; García Aran, M., *Derecho Penal. Parte General*, 6ª. Ed., revisada y puesta al día, Tirant lo Blach, Valencia, 2004, p. 372.

En definitiva, son bastantes las controversias que surgen en torno al concepto de imputabilidad, debidas en gran medida a las dificultades y carencias que impregnan la categoría de la culpabilidad, dentro de la que se integra y que por fuerza ha de alcanzarle, a las que se suma la discusión sobre su propia naturaleza.

4.1. Imputabilidad.

Para Welzel, la culpabilidad es reprochabilidad del hecho antijurídico individual y lo que se reprocha "es la resolución de voluntad antijurídica en relación con el hecho individual" En cierto modo, el contenido material de la culpabilidad finalista tiene como base la capacidad de libre autodeterminación de acuerdo a sentido del autor, en otras palabras, el poder o facultad de actuar de modo distinto a como se actuó. De esto depende, pues, la capacidad de culpabilidad o imputabilidad.

Pero, como reconoce el mismo Welzel, no puede convertirse en objeto aquello que no es susceptible de objetivización cuál es el caso de la subjetividad del individuo, o sea, la libre autodeterminación, lo que nos conduce a afirmar que "el juicio de que un hombre determinado en una situación determinada es culpable, no es, por eso, un acto teorético, sino existencial, y por cierto comunicativo. Es el reconocimiento del otro como tu, como igual, como susceptible de determinación plena de sentido y por esto, al mismo tiempo, tan sujeto responsable como yo mismo."

De acuerdo a lo anterior, y después de hacer algunas consideraciones sobre los problemas en la determinación de la capacidad de culpabilidad, Welzel argumenta que la culpabilidad individual no es más que la concreción de la capacidad de culpabilidad en relación con el acto concreto, de tal manera que la reprochabilidad en relación con el acto concreto, de tal manera que la reprochabilidad encuentra su base "en los mismos elementos concretos cuya concurrencia con carácter general constituye la capacidad de culpabilidad; es decir, el autor tiene que haber conocido lo injusto, o por lo menos tiene que haberlo podido conocer y tiene que haberse podido decidir a una conducta conforme con el derecho en virtud de este conocimiento (real o posible) de lo injusto. La culpabilidad concreta (la reprochabilidad) está, pues, constituida (de modo paralelo a la capacidad general de culpabilidad) por elementos intelectuales y voluntarios.

Llega Welzel a la conclusión de que la capacidad de culpabilidad presenta dos momentos específicos: uno cognoscitivo o intelectual, y otro de voluntad o volitivo, esto es, la capacidad de comprensión de lo injusto y la determinación de voluntad conforme a sentido, agregando que solo ambos momentos conjuntamente constituyen, pues, la capacidad de culpabilidad.

La imputabilidad en la orientación finalista, como explica Mir Puig, paso de ser un presupuesto previo de la culpabilidad a convertirse en condición central de la reprochabilidad. La razón de lo anterior estriba en que el núcleo de la culpabilidad ya no se establece en la voluntad defectuosa, sino en las condiciones de atribuibilidad del injusto, y dichas condiciones rodean la idea del "poder actuar de otro modo", concepto en el que se ubicó Welzel la esencia de la imputabilidad. Así, sin la imputabilidad se entiende que el sujeto carece de libertad para comportarse de otro modo a como lo hizo con lo cual se entiende que no es capaz de culpabilidad, por tanto, inculpable.

Posibilidad de Conocer la Antijuridicidad del Hecho. Para que una acción contraria a derecho pueda serle reprochada a su autor, será necesario que haya conocido o podido conocer las circunstancias que pertenecen al tipo y su antijuridicidad. Y el conocimiento de la antijuridicidad se basa en el conocimiento de las circunstancias aludidas. Por ende, al conocimiento de la realización del tipo tiene que adicionársele el conocimiento de la antijuridicidad.

La corriente tradicional, causalista, al situar al dolo en la culpabilidad consideraba la conciencia de la antijuridicidad como una parte del dolo. Sin embargo, en la nueva concepción el dolo pasa al injusto como dolo natural excluyendo, de esta manera, el conocimiento de la prohibición, conocimiento que en la teoría causalista integraba el llamado *dolus malus*; esta es una de las diferencias que guarda la sistemática finalista con la causalista. "El examen de este aspecto -comenta Mir Puig- queda para la culpabilidad, pero no ya como un contenido psicológico de conocimiento efectivo, sino como posibilidad, normativamente determinable, de dicho conocimiento. Del mismo modo que en la imputabilidad se pregunta si el sujeto podía actuar de otro modo, en este punto se comprueba si podía conocer la prohibición del hecho, en cuanto condición del poder adecuar la conducta a la norma".[332]

Según la orientación doctrinal del finalismo, la ausencia del mencionado conocimiento de la prohibición no excluye de ninguna manera al dolo natural, lo que si excluye es la culpabilidad -caso del error de prohibición invencible-. Pero, de tratarse de un error de prohibición vencible, la culpabilidad se atenúa, siempre y cuando no se trate de un "burdo" error. En este sentido, vale la pena recordar la distinción que sobre el error de tipo y error de prohibición hace Welzel: el error de tipo es que se da sobre una circunstancia objetiva del hecho del tipo legal, aquel se excluye el dolo de la realización típica (dolo de tipo), cabiendo la posibilidad de que el autor sea castigado por hecho culposo cuando para este se prescriba una pena. Ahora bien, el error de prohibición es aquel que se da sobre la antijuridicidad del hecho, con pleno conocimiento de la realización del tipo, así pues, "el autor sabe lo que hace, pero supone erróneamente que etaria permitido; no conoce la norma jurídica o no la conoce bien (la interpreta mal) o supone erróneamente que concurre una causal de justificación. Cada

[332] Ramírez Moncayo, Andrés Fernando, *En Búsqueda de una Teoría General del Delito Canónico*, Universidad Javeriana, Bogotá, 2000, p. 156.

uno de estos errores -concluye Welzel- excluye la reprochabilidad, cuando es inevitable, o la atenúa si es evitable".

Exigibilidad de Obediencia al Derecho. Siguiendo los enunciados welzelianos tenemos pues, que una vez confirmada la imputabilidad y la posibilidad de conocer el injusto queda establecida materialmente la culpabilidad, lo que no quiere decir, sin embargo, que el conocimiento jurídico-penal tenga que hacer el reproche de culpabilidad. En todo caso, podrá renunciar a dicho reproche y por consecuencia "exculpar" y absolver la pena.

En efecto, el conocimiento del injusto no es todavía fundamento suficiente para reprochar la resolución de voluntad, puesto que esto solamente podrá hacerse cuando el autor, en una concreta situación, podía adoptar su decisión de acuerdo con él. "No se trata aquí -puntualiza Welzel- de la capacidad general de decisión conforme a sentido, por consiguiente de la imputabilidad, que existe con independencia de la situación dada, sino de la posibilidad concreta del autor, capaz de culpabilidad. De poder adoptar su decisión de acuerdo con el conocimiento del injusto."

Uno de los elementos más importantes de la reprochabilidad viene a ser justamente, esa posibilidad concreta que tiene el autor de determinarse conforme a sentido a favor de la conducta jurídica. Lo anterior se clarifica más si se tiene en cuenta que el contenido de la reprochabilidad consiste en que el autor debía y podía adoptar una resolución de voluntad antijurídica. El derecho exige, generalmente, del sujeto imputable, es decir, de aquel que puede conocer la antijuridicidad de su acto, que tome su resolución de voluntad conforme conoce el posible conocimiento, pero, reconoce Welzel, existen situaciones en que no es exigida una conducta apegada a derecho, ni aunque el sujeto de la misma sea imputable y realice la dicha conducta con conocimiento de la antijuridicidad que le es propia.

Al respecto, y en alusión al estado de necesidad exculpante, se ha dicho que "si bien se reconoce que estas causas no excluyen por completo la posibilidad de actuar de otro modo ni, por tanto, la culpabilidad, se entiende que la disminuyen de forma suficiente como para disculpar (en sentido de perdonarle su culpabilidad) al sujeto y eximirle del reproche de su culpabilidad."

La Teoría Sintomática de la Culpabilidad. Los principios representantes de esta teoría son Ottokar Tesar y Horst Kollmann, aunque algún autor considera que antes que ellos von Liszt había manejado un concepto similar. Veamos en que consiste esta teoría.

En esencia, la concepción sintomática ve en la culpabilidad el síntoma del desprecio al derecho por parte del actor del hecho antijurídico. Según Tesar, el acto cometido demuestra la existencia de un sustrato psicológico, la culpabilidad aparece como un defecto psíquico, y en consecuencia el dolo como forma de culpabilidad "es una falta de sentimiento y la culpa una falta de asociación en las representaciones". Un concepto un poco mas amplio es el que

maneja Kollmann al decir que la culpabilidad ya no se ocupa de la relación con el acto, sino con su autor, "por eso la lesión del derecho viene a ser solo un medio de reconocimiento de la culpabilidad, esta sería, en verdad, una falta de interés social, que es presupuesto del ordenamiento jurídico."

En cierta forma, la similitud que encuentra Luzón Domingo entre las posiciones de Tesar y Kollmann con la culpabilidad psicológica defendida por von Liszt no deja de ser acertada. Bustos Ramírez, resalta como nota característica en las fórmulas de Tesar (defecto psíquico o del ánimo) y Kollmann (falta de interés social) la desvinculación total de la culpabilidad respecto del hecho, lo que conduce inevitablemente a una suerte de culpabilidad de personalidad o de carácter, y si observamos bien, en el pensamiento de von Liszt la culpabilidad psicológica. El mismo von Liszt escribe "la relación subjetiva entre el hecho y el autor solo puede ser psicológica; pero, si existe, determina la ordenación jurídica en consideración valorativa (normativa). Según ella, el acto culpable es la acción dolosa o culposa del individuo imputable. De la significación sintomática del acto culpable, respecto de la naturaleza peculiar del autor, se deduce el contenido material del concepto de culpabilidad; este radica en el carácter antisocial del autor, cognoscible por el acto cometido (conducta antisocial), es decir en la imperfección del sentimiento del deber necesario para la vida común en el Estado, y en la motivación antisocial, provocada por esa causa (en proponerse un fin contrario a los fines de la comunidad).

La mencionada identidad entre ambas teorías radica, precisamente, en la pretensión de Tesar y Kollmann de valorizar, como síntoma o criterio de reconocimiento de la culpabilidad, el resultado exterior de la conducta realizada, lo cual resulta coincidente con la afirmación con la afirmación de von Liszt en el sentido de que el hecho cometido es tan solo un mero dato, un instrumento, en suma, para llegar a conocer la culpabilidad (subjetividad) del autor.

Sin lugar a dudas, esta teoría no es aceptable desde ningún punto de vista. La culpabilidad, coincidimos con Luzón Domingo, no es concepto estático por el contrario, se trata de un concepto bastante dinámico, es, por usar las palabras del autor citado, "la materialización concreta de una posibilidad, que se agota cuantas veces se plasme en una situación fáctica injusta, y que, en manera alguna, puede y tener el necesario carácter de permanencia que se precisaría para que cada delito fuese solo expresión exteriorizada de una misma culpabilidad" Ni que decir tiene, que en la concepción de la culpabilidad de que venimos hablando, sale del ámbito garantista de un derecho penal de culpabilidad (refiriéndonos a garantías de legalidad, seguridad, igualdad, etc.). Finalmente, al tratarse de una forma más de la culpabilidad de personalidad, valen las mismas críticas que ya hicimos antes y aquí reproducimos en obvio de repeticiones.

La Teoría Normológica de la Culpabilidad. Esta teoría reconoce en Hans Kelsen a uno de sus principales formuladores. Explica el autor en cuestión el contenido de la teoría ejemplificando

al tenor de lo siguiente: un geólogo o un psicólogo, en sus particulares indagaciones, realizadas según sus técnicas o métodos, en ningún momento podrán llegar a elaborar una noción de la culpabilidad dado que de ella no se puede hablar más que en relación con una norma. Inherente a la naturaleza de las normas es su transgresión o fiel cumplimiento, de ahí, pues, pretender su comprensión en términos analíticos de orden psicológico-descriptivo no es posible. Es más, ese juicio mediante el cual se le imputa al agente la culpabilidad de un hecho externo, no indica algo sobre un tipo psicológico, sino que afirma únicamente que una norma prohíbe ese hecho mediando entre ambos una relación normativa de sujeto a objeto.

Los aportes de Goldschmit a la teoría normológica, aunque críticos, no dejan de ser interesantes. En este autor, es manifiesta su preocupación por la ambigüedad con la que se tratan los términos "norma" "normologismo" y "normativismo"; estima que la base de esta confusión parte del vocablo "norma", cuyo significado puede analizarse desde dos puntos de vista específicos, primero: norma es un juicio del esquema: dado X, debe ser Y; segundo: norma tiene el sentido de imperativo. En consecuencia, normativismo y normologismo pueden referirse bien al análisis del precepto jurídico que expresa el juicio indicado, o comprender la existencia de imperativos. Esta ambivalencia de la voz "norma" -nos informa Luzón Domingo-. Dista mucho de ser meramente casual, su origen esta justamente en la materia a la que se refiere. Asimismo, desde 1945 se ha llamado la atención sobre la necesidad de diferenciar la norma jurídica creada por los actos de autoridades jurisdiccionales, la cual posee un carácter imperativista, de la regla jurídica producto de la ciencia y portadora de un juicio. En suma, distinguir entre derecho concreto y derecho abstracto.

La opinión de Goldschmidt respecto de la teoría de Kelsen es que esta, a efectos de derecho penal, es incompleta puesto que descuida el aspecto factico de la culpabilidad, ocupándose solo de su faz normológica. Con ello no se hace una objeción a Kelsen, que es el primero en declarar que una investigación más detenida de los dos conceptos decisivos corresponde al derecho penal, sino que se trata sencillamente de un hecho.

A juicio de Luzón Domingo esta concepción identifica, erróneamente, la culpabilidad con la antijuridicidad puesto que hace descansar lo culpable en la oposición a la norma, lo que equivale a convertir la medida valorativa de un hecho, en su razón de ser y hasta en el hecho mismo. En efecto, la culpabilidad habrá de ser valuada por la norma, entendiendo que esta impone un deber general, entonces ser culpable quiere decir haber ejecutado un hecho concreto que es contrario a la norma, pero no significa haberse opuesto de un modo meramente abstracto a ella; además, para realizar un determinado hecho, es decir, para actuar, es preciso conocer y querer lo que se va a producir dado que sin conocimiento y voluntad no hay acción y sin esta no hay culpabilidad. Suponer que la culpabilidad radica en la valuación que de ella haga la norma o en la oposición del agente a la misma, conduce, necesariamente, a equivoco. Una creencia en tal sentido implica una confusión de términos: se es culpable porque positivamente se ha realizado un hecho contrario a lo dispuesto por el

ordenamiento jurídico, o sea la norma, más la culpabilidad -indica con acierto Luzón Domingo-, no consiste en esta mera oposición, como tampoco puede consistir en la valuación que la norma verifique del acto, y mucho menos si dicha valuación se verifica por un juicio.

La Culpabilidad en la Escuela de Kiel.[333] La Escuela de Kiel, que no debe asociarse con el finalismo, tuvo su desarrollo durante los años del dominio del régimen nazi. Durante este tiempo alcanzo una respetable influencia, incluso penalistas tan importantes como Mezger, Gallas o Wolf, apoyaron con sus escritos al pensamiento jurídico-penal de ese preciso momento histórico, abandonando con posterioridad tal postura que no dejo de ser meramente coyuntural.

Inmersa en un ambiente irracionalista, la Escuela de Kiel tiene como antecedentes las reiteradas críticas hechas por los penalistas de la llamada dogmática valorativa contra el racionalismo. Para los miembros de esta corriente, el método racional debía sustituirse por procedimientos "intuitivos" adecuados a la naturaleza del objeto, naturaleza que también fue examinada. El derecho era la "expresión del sentimiento del pueblo". De lo anterior, dedujeron que a esa naturaleza "sentimental" del objeto no convenía una metodología racionalista. Ese cambio de método no significaba otra cosa que el cambio que opero en la concepción misma del derecho: "se rechazaba, en virtud de ello, que lo licito y lo ilícito pudiese conocerse con criterios jurídico-racionales, entre los que figuraban el individualista liberal de resolver los casos de duda a favor del sujeto individual".

Friedrich Schaffstein y Georges Dham son los dos principales representantes de la teoría que analizamos. El primero de los citados, considera que el concepto de bien jurídico debe cambiarse por el deber. Su argumento, parte de que el bien jurídico, un concepto liberal e individualista, garantizador por tanto, del individuo frente al Estado (representante este último del bien común), además, el concepto en cuestión no sirve para la elaboración de un nuevo concepto de delito. Al considerar, en cambio, que lo fundamental es la lesión del deber, ya ubica el concepto de deber en lugar del de bien jurídico.

Otra razón aducida por Schaffstein a favor del remplazamiento de conceptos, se finca en la incapacidad del bien jurídico al momento de explicar los delitos de orden militar o los especiales propios cosa que, sin embargo, si podía hacer el concepto de deber. Este concepto, por otro lado, sustituía el criterio liberal abstracto de investigación analítica de los componentes del delito y colocaba en su lugar otro que, construido sobre la base de la visión de la esencia, lo comprenda de manera total y absoluta. La tradicional división del delito en tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad puede ser superada por el concepto de deber propuesto por Schaffstein, "pues permite subjetivizar el injusto, lo fundamental es lo personal, y con ello hay un punto de unión básico entre antijuridicidad y culpabilidad".

[333] Apartado elaborado con información obtenida de: Manuel Vidaurri Arechiga, *La Culpabilidad en la Doctrina Jurídico-Penal Española*, Universidad de Guanajuato, Primera Edición, México, 2003, p.p. 33-150.

Dham, siguiendo un sendero muy similar al de Schaffstein, defiende la idea de un delito concebido como traición a la patria, esto es, una "afección al deber de fidelidad a la patria (al Estado, al pueblo alemán). En el contexto de la teoría que se examina, queda fuera de la culpabilidad su contenido garantizador, dado que esta es la expresión de la mala conciencia del individuo, al que se le hace responder por la forma de conducir su vida," pero no desde una perspectiva psicológica (que sería volver al pensamiento analítico positivista), sino desde la esencia de las cosas, aprehensible de modo total y concreto".

En síntesis, la culpabilidad de la escuela nazi de Kiel consistía en la infracción del deber de obediencia al Estado alemán. Ese deber constituía la esencia del injusto, y la culpabilidad surgía de esa infracción voluntariamente realizada. Al sujeto no podía hacérsele ninguna exigencia de conducta adecuada.

Concepto de la Imputabilidad. Una vez analizadas las distintas teorías sobre el fundamento de la imputabilidad, y dado que las mismas han provocado diversas formas de definirla, pasamos ahora a conocer diferentes definiciones de varios autores.

De ellas puede deducirse que, aun partiendo de distintas premisas, todas las conciben como aquella categoría dogmática mediante la que se establecen las condiciones que debe tener un sujeto para que le sea atribuible penalmente el hecho antijurídico que ha realizado.

A partir de esta idea son muchas las definiciones que se han dado sobre la imputabilidad intentando perfeccionar este concepto, y todas ellas responden a una u otra de las dos grandes concepciones que muestran el fundamento que a dicha categoría dogmática se le ha dado. Me referiré a la concepción constituida por la doctrina mayoritaria, que concibe la imputabilidad como capacidad de comprender la ilicitud del hecho y de actuar conforme a dicha comprensión y la formada por quienes la conceptúan como la capacidad del sujeto para ser motivado por los mandatos normativos.

Junto a ellas no podemos olvidar la postura de quienes sustituyen la culpabilidad y defienden la aplicación de la pena cuando sea necesario por razones de prevención general y especial.

Pasemos entonces a describir dichas definiciones, tarea que requiere advertir que reproducirlas aquí todas sería una meta imposible que alargaría en exceso nuestra exposición.

A juzgar por lo anterior, se entiende que paralelamente a la -r*echstnorm*- que exige del individuo la realización de determinadas conductas externas, existen unas normas no expresas que imponen, de igual manera a cada uno conformar su conducta interior de manera que esta corresponda con las exigencias que plantea un cierto ordenamiento legal.

Por ello, hemos creído conveniente seleccionar aquellas que consideramos más representativas o que sostienen posiciones particularmente interesantes.

Comencemos por analizar las definiciones de quienes basándose en la concepción que centra la culpabilidad en el poder actuar de un modo distinto a como lo hizo, consideran que no puede ser castigado un menor o un enfermo mental que ha cometido un delito debido a que "no podía actuar de otro modo" al tener limitada gravemente su libertad de voluntad.

La cuestión más polémica a la que se enfrenta la categoría dogmática de la imputabilidad, es su fundamentación.

En ella, se trata de conocer porque los inimputables no son sujetos a los que se les deba imponer una pena, se intenta, por tanto, contestar a la pregunta: ¿Por qué la ley penal considera que los inimputables deben quedar exentos de responsabilidad penal, es decir, no se les debe sancionar con una pena? Actualmente, esta pregunta no obtiene una respuesta unánime, definiéndose básicamente dos concepciones o teorías explicativas.

Una constituida por aquellos autores que conciben la culpabilidad como reproche penal al autor de un hecho delictivo porque en el momento de su ejecución "podía actuar de otro modo" y otra, apoyada por aquellos que acentúan el perfil preventivo de la misma, formulando la cuestión en términos de "motivabilidad del sujeto a través de la norma."

Estas divergencias sobre el fundamento de la imputabilidad han venido provocadas por ser en esta categoría donde se ha debatido ampliamente sobre el mismo fundamento de la culpabilidad y, especialmente, sobre el libre albedrio.

De ahí, que la discusión sobre el fundamento de la imputabilidad se identifique con el propio debate sobre la culpabilidad, lo que exige estudiar el fundamento de esta última para poder dar respuesta a la pregunta antes formulada hay por tanto, conocer el fundamento de la imputabilidad.

Pero además, determinar este fundamento permite resolver el problema de definición de la imputabilidad, del conocimiento de que es la imputabilidad, depende de lo que entendamos como la esencia o fundamento de la imputabilidad, la definición o concepto de la misma será distinto.

De ahí, que también en este punto intentemos mostrar los distintos conceptos que se han ofrecido sobre la imputabilidad.

Entonces son dos los objetivos, conocer cuál es el fundamento de la imputabilidad a través del estudio de las distintas concepciones que ha elaborado la doctrina y posteriormente, estudiar los diferentes conceptos que se han elaborado sobre la misma.

4.2. Fundamento de la Imputabilidad.

El Libre Albedrio como Fundamento de la Culpabilidad y de la Imputabilidad. La idea tradicional fundamentadora de la culpabilidad, basada en el libre albedrio, la concibe como un juicio de reproche que se hace al autor de la acción tipia y antijurídica por la contradicción existente entre su voluntad exteriorizada y una norma jurídica, es decir, se reprocha al autor haberse comportado de modo contrario al Derecho, habiendo podido hacerlo de acuerdo con el.[334]

Para conocer si al individuo le era exigible comportarse de un modo alternativo, (adecuado a derecho), ha de comprobarse si, efectivamente, tuvo la posibilidad de hacerlo, lo que nos sitúa ante el problema de su libertad electiva.

El poder actuar de otro modo se ha considerado tradicionalmente el fundamento de la culpabilidad, lo que remite a un asunto que inquieta a la humanidad desde los albores de la civilización; el irresoluto enigma del libre albedrio.[335]

Para esta corriente, la imputabilidad es la capacidad de comprender la ilicitud del hecho y actuar conforme a dicha comprensión y su fundamento coincide con el fundamento de la culpabilidad.

Puesto que solo un hombre libre puede regirse por normas que le permitan distinguir una conducta licita de otra ilícita, solo este puede actuar conforme a dichas normas, lo que hace posible declarar imputable al autor de un hecho antijurídico cuando a pesar de existir la posibilidad de respetar la ley en el momento de cometer la infracción penal, el sujeto se sitúa voluntariamente contra la norma jurídica. Se trata en definitiva, de la libertad como fundamento tanto de la culpabilidad como de la imputabilidad.

Pero esta concepción, parece entrar en crisis tras la publicación de Engisch de la monografía "*Die lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*" que provoca un importante debate doctrinal en torno al fundamento material de la culpabilidad.

Dicho autor plantea la indemostrabilidad del libre albedrio, lo que conlleva a su vez el carácter empíricamente indemostrable de la capacidad de autodeterminación humana individual. Considera que la capacidad de poder actuar de un modo distinto a como realmente se hizo, es algo en lo que se puede creer, pero que no se puede demostrar.[336]

La gravedad de la situación hace que los intentos de solución no se hagan esperar y la doctrina comience una labor de reconstrucción de la fundamentación del derecho penal, sin

[334] Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, Tomo II, Teoría Jurídica del Delito, 6ª ed., Madrid, 1999, p. 15.
[335] *Op. cit.*, Cobo del Rosal, M., y Vives Antón, p. 595.
[336] Muñoz Conde, F., *Teoría general del delito*, 2ª. Ed. 1ª reimpresión, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 143.

renunciar a la culpabilidad como categoría dogmática,[337] intentando introducir mayor racionalidad y cientificidad en el derecho penal a través de su secularización y acercamiento a la realidad social.

Se trata, en consecuencia, de buscar, por parte de la doctrina, planteamientos de revisión de la culpabilidad.

Durante todo el siglo pasado, la dogmática penal ha estado dedicada a defender, a negar o a restablecer el concepto de culpabilidad, existiendo una gran falta de acuerdo y multitud de soluciones posibles.

De entre ellas, básicamente pueden distinguirse tres grupos de actitudes, ante esta pretendida crisis del concepto tradicional de culpabilidad:[338]

> A) la de mantener, pese a todo, el concepto;
>
> B) la de prescindir absolutamente de él;
>
> C) la de influir en su evolución para llevarlo a un plano razonable y político-criminal provechoso.

Las tesis que desarrollan los dos últimos grupos de autores, conllevan una diferente manera de entender la imputabilidad, pues la misma ya no se basa en el libre albedrio sino en la capacidad de motivación, pasando a englobar la que constituye la segunda concepción de la imputabilidad.

La Necesidad de Prevención como Fundamento de la Imputabilidad. Ante todas estas innumerables críticas al fundamento tradicional de la culpabilidad y de la imputabilidad, actualmente existen otras teorías que lo sustentan en necesidades preventivas a través de la motivabilidad del sujeto para que no cometan hechos delictivos.

Teoría de la Culpabilidad en base a la Motivabilidad. El fin que las normas penales persiguen intentando evitar la comisión de delitos se alcanza en estas concepciones a través de la función motivadora que estas ejercen en la conciencia de los ciudadanos.

Dado que la imputabilidad se concibe como la capacidad para ser motivado mediante normas, en los casos, en los de inimputabilidad la ausencia de pena se deberá a que la misma no puede cumplir su función, puesto que aquellas personas no son accesibles a la motivación punitiva, es decir, no son motivables mediante la amenaza de la pena.

---

[337] *Ibídem*, p. 144.

[338] Zugaldia Espinar, J.M., *Acerca de la evolución del concepto de culpabilidad,* en Estudios Penales, Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, pp. 574 y 575.

Vamos a analizar aquellas posiciones que por su trascendencia son de obligada referencia, las que a partir de criterios propios de la prevención general buscan prescindir de la categoría de la culpabilidad o dotarla de un nuevo contenido.

Enrique Gimbernat Ordeig. Considera que la imputabilidad constituye una capacidad normal de motivación por la norma, por lo que los inimputables son sujetos inaccesibles a la motivación de la pena.[339]

Se trata de una concepción que intenta sustituir por completo la culpabilidad como criterio autónomo, para pasar a determinar la responsabilidad a través de las necesidades de prevención, al considerar que el juicio de reproche es incapaz de dar fundamento racional a la pena.

Lo que pretende es vaciar de contenido el tradicional principio de culpabilidad y dotarlo de un nuevo significado basado en la prevención general y especial, a través del cual persigue hacer posible la convivencia humana y dar sentido al sistema, sin renunciar al mantenimiento de las consecuencias dogmáticas que tradicionalmente se le han asociado en el marco de la Ciencia del Derecho penal.

Gimbernat, niega el postulado libero-arbitrista, por su indemostrabilidad por medio de las ciencias empíricas,[340] y la pena retributiva, porque cree que constituiría una crueldad innecesaria, intenta construir un sistema de Derecho penal basado en el principio de necesidad de la pena, al que denomina, "derecho penal de política social".[341]

Con el, acude a los fines de prevención general y especial para justificar y medir la pena y a la función de motivación de la conminación penal, para que la exclusión de la culpabilidad no provoque el derrumbamiento del edificio conceptual del sistema penal.[342]

La pena constituye un recurso esencial al que tiene que acudir el Estado para hacer posible la convivencia entre los hombres, por lo que su fundamento solo se encuentra en la necesidad preventiva del derecho penal de motivar a los autores capaces de evitar la lesión de los bienes jurídicos,[343] ya que, independientemente de la demostración de si en el caso concreto el autor era motivable, es necesario partir de es presupuesto puesto que no se comprendería la impunidad del presuntamente motivable.

[339] Gimbernat Ordeig, Enrique, *El sistema del Derecho Penal en la Actualidad*, Estudios de Derecho Penal, 3ª Ed., Tecnos, Madrid, 1990, p. 180.
[340] Gimbernat Ordeig, Enrique, *¿Tiene un futuro la Dogmática jurídico-penal?,* En Estudio de Derecho Penal, 3ª. Ed., Tecnos, Madrid, 1990, p.p. 144-145.
[341] *Ibídem*, p. 153.
[342] *Ibídem*, p.p. 148-149.
[343] *Ibídem*, p.p. 151-152

Este principio encuentra su fundamento científico en los conocimientos aportados por la Ciencia psicoanalítica ya que para Gimbernat, las sanciones penales vendrían avaladas por la traslación al plano social de las conclusiones alcanzadas por el Psicoanálisis en el ámbito individual.[344]

Pues igual que "el padre castiga al niño cuando se comporta mal", también "la sociedad tiene que acudir a la pena para conseguir que se respeten en lo posible las normas elementales e imprescindibles de convivencia humana", es decir, "para reforzar aquellas prohibiciones cuya observancia es absolutamente necesaria, confiriendo a las mismas, con la amenaza y la ejecución de la pena no sean respetadas, un especial vigor que eleve en la instancia de la conciencia su efecto exhibidor".[345]

Criterio rector de todo el sistema es también, en otro plano, la consideración de que la actividad represiva del poder público tiene un límite en el Estado de Derecho, y este reside en que la pena solo puede imponerse, en la medida en que implica un notable sacrificio de derechos del individuo, en tanto en cuanto su aplicación sea necesaria para prevenir delitos.[346]

La cuestión de cómo se determina la entidad de las penas a imponer en un derecho penal no basado en el libre albedrio se solventa acudiendo, como además lo hacen todas las leyes penales vigentes en la actualidad, en primer lugar, al valor del bien jurídico protegido y en segundo lugar, castigando con mayor severidad la lesión dolosa que la culposa del mismo bien jurídico.[347]

Respecto de estos casos tradicionales de exclusión de la culpabilidad, apoya Gimbernat, la innecesaridad de la pena en dos criterios argumentativos; por un lado, en la motivabilidad, ya que considera a los inimputables no motivables por la amenaza de la pena; y, por otro, en la identificación social con el grupo al que pertenece el autor del hecho, pues considera a los ciudadanos normales no identificables con este grupo de personas.

Este autor afirma que la impunidad en estos casos en nada afecta el carácter inhibitorio general de las prohibiciones penales, pues el sujeto "normal" es capaz de distinguir su situación personal de la inimputable y es plenamente consciente de que en caso de cometer el una acción típica y antijurídica habrá de padecer la imposición de una pena.[348]

La imputabilidad constituye, por tanto, una capacidad normal de motivación por la norma, siendo imputable el sujeto que puede ser motivado por ella y no siéndolo, aquel que no reúne las condiciones para su afectación por el mensaje de la misma.

[344] *Ibídem*, p. 146.
[345] *Ibídem*, p. 148.
[346] *Ibídem*, p. 149.
[347] *Ibídem*, p. 151.
[348] *Ibídem*, p. 147.

Ya que si la imposición de una pena se hace para motivar al sujeto a que no delinca, en nada se verá afectada dicha motivación por la no imposición de una pena al inimputable, es decir, a un no motivable, de ahí la impunidad de estos últimos.[349]

La pena en tales casos no tiene sentido alguno, ni desde el punto de vista de la prevención general ni desde la prevención especial, ya que los inimputables son escasa o nulamente motivables, por lo que la pena no supone para ellos, ex ante, un factor inhibidor serio y ex post, tras la comisión del hecho delictivo, el método más adecuado para su readaptación social (dicho método no sería la pena sino el tratamiento médico).

Claus Roxin. Basándose en el rechazo a la teoría de la retribución por la indemostrabilidad del libre albedrio, pero sobre todo pensando en atender necesidades preventivas, considera necesaria la reformulación del principio de culpabilidad, a través de la creación de una nueva categoría en el sistema de la Teoría del Delito, la "responsabilidad" en la que pretende integrar culpabilidad y prevención.

Desarrolla su concepción de la culpabilidad partiendo de la necesidad de analizar la misma en estrecha relación con las necesidades preventivo-generales que atribuye al Derecho penal, ya que, a su juicio, el Derecho penal es adecuado para la represión del delito en la sociedad de un Estado liberal de Derecho, debe ser una síntesis de un Derecho penal retributivo de la culpabilidad y un Derecho penal preventivo, no pudiéndose castigar nunca más allá de las necesidades preventivas, pero tampoco más allá de la culpabilidad.

Este autor defiende que hay que entender la culpabilidad como "actuación injusta pese a la existencia de asequibilidad normativa, lo que considera un fenómeno científico empírico, que se traduce en la posibilidad de afirmar la culpabilidad de un sujeto cuando el mismo estaba disponible en el momento del hecho para la llamada de la norma según su estado mental y anímico, cuando le eran psíquicamente asequibles posibilidades de decisión por una conducta orientada conforme a la norma", cuando la posibilidad psíquica de control que existe en el adulto sano en la mayoría de las situaciones existía en el caso concreto.[350]

Considera, por tanto, la culpabilidad como un caso mixto empírico-normativo, pues no duda de su componente psíquico (el sujeto "se convierte en culpable cuando no adopta ninguna de las alternativas de conducta en principio psíquicamente asequibles para él", por lo que es "empíricamente constatable la capacidad general de autocontrol y la asequibilidad normativa

[349] Carbonell Mateu, J.C., *Sobre la imputabilidad en Derecho Pena español*, Cuadernos de Derecho Judicial, La Imputabilidad en General en el Derecho Penal, núm. XVII, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 16.

[350] Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, traducción de la 2ª ed. Alemana y notas por Luzón Peña, D.M., Díaz y García Conlledo, M., y De Vicente Remesal, J., 1ª. Ed. Reimpreso, Civitas, Madrid, 2006, p. 807.

que con ella se produce") ni de su carácter normativo (pues se atribuye normativamente "la posibilidad derivada de esa constatación, de conducta conforme a Derecho").[351]

Comprobada la culpabilidad, que aparece como condición indispensable aunque no suficiente para la imposición de la pena, y dado que para este autor, lo decisivo radica en la necesidad jurídico penal de sancionar el caso concreto desde puntos de vista jurídico penales, procede ahora averiguar si es necesaria también una reacción por razones de prevención especial o general para mantener el orden social pacifico, es decir, si es o no necesaria una pena desde el punto de vista de los fines preventivos del Derecho penal, si se puede y se debe hacer responsable al sujeto de sus hechos.[352] De ahí que en lugar de culpabilidad, prefiera hablar de responsabilidad, integrada por la culpabilidad y necesidad preventiva de la pena.[353]

La función de esta tercera categoría del sistema, que Roxin prefiere llamar responsabilidad, consiste en comprobar si el comportamiento antijurídico del autor resulta "merecedor de pena". Se trata por tanto, de una valoración desde el punto de vista de hacer responsable penalmente al sujeto.[354]

En consecuencia, para Roxin, la culpabilidad no legitima una retribución por parte del Estado, por lo que no ostenta el carácter de fundamento, sino simplemente de límite de la pena.

Para el, la culpabilidad es solo un medio de limitar sanciones jurídico-penales, pero no de fundamentarlas, constituye por tanto su límite, y dentro de ese límite, la pena debe imponerse únicamente en función de las exigencias de prevención general y especial.

Esta doctrina no afirma que la persona pudiera actuar de otra manera, lo que es indemostrable, sino que, cuando existía una capacidad de autoconducción intacta y, con ello, una dirigibilidad normativa, se le trata como libre.

La suposición de libertad es una "aserción normativa", una regla del juego social, cuyo valor social es independiente del problema del conocimiento o de las ciencias de la naturaleza, y está basado en el principio de igualdad, según el cual todos los hombres deben recibir igual trato ante la ley.[355]

Por tanto, si este concepto de culpabilidad restringe el Derecho penal, a lo absolutamente indispensable socialmente, a la imposición de una pena ante la infracción de leyes penales por la conmoción social que eso produce, no tiene sentido imponer una pena a los inimputables, ya que en ellos faltaría toda culpabilidad porque el sujeto no es motivable por las normas y no

[351] *Ibídem*, p. 810.
[352] *Ibídem*, p.p. 792-793.
[353] Ibídem, p. 792.
[354] *Ibídem*, p. 791.
[355] *Ibídem*, p. 810.

se defraudaría ninguna expectativa social y, por tanto, no se conmovería la conciencia social.[356]

Para Roxin la capacidad de culpabilidad es la capacidad de autoconducción de impulsos psíquicos y la resultante dirigibilidad normativa de un sujeto en una determinación situación.

Gunther Jakobs. Elabora una nueva concepción de la culpabilidad sobre la base de la teoría funcionalista, concibiendo esta en torno al concepto de prevención general positiva y negando que el derecho penal de la culpabilidad pueda edificarse en fundamentos ajenos a sus fines sociales.[357]

Intenta desarrollar este nuevo principio de fundamentación recurriendo decididamente a los componentes preventivos generales del derecho penal y concibiendo la culpabilidad como una noción eminentemente funcional, para la cual solo la idea de un fin permite darle contenido, entendiendo el mismo como prevención general, cuya razón de ser seria la fidelidad para el derecho.[358]

Para Jakobs el autor de un hecho antijurídico tiene culpabilidad cuando dicha acción antijurídica no solo indica una falta de motivación jurídica dominante-por eso es antijurídica-sino cuando el autor es responsable de esa falta.

Esta responsabilidad se da cuando falta la disposición a motivarse conforme a la norma correspondiente y este déficit no se puede hacer entendible sin que afecte a la confianza general en la norma. Esta responsabilidad por un déficit de motivación jurídica dominante, en un comportamiento antijurídico, es la culpabilidad.

La culpabilidad se denominara en lo sucesivo como falta de fidelidad al derecho o, brevemente, como infidelidad al derecho.[359]

Por tanto, para que pueda hablarse de culpabilidad, han de darse una serie de requisitos positivos cuanto elementos necesarios cumulativamente:[360]

A) El autor debe comportarse antijurídicamente;

B) Debe ser imputable, es decir, un sujeto con capacidad de cuestionar la validez de la norma;

C) Debe actuar no respetando el fundamento de validez de las normas;

---

[356] *Ibídem*, p.p. 810-811.
[357] Jakobs, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de Cuello Contreras, J. y Serrano González de Murillo, J.L., 2ª Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 566.
[358] *Ibídem*, p. 579.
[359] *Ibídem*, p. 566.
[360] *Ibídem*, p. 567.

D) Según la clase de delito, a veces deben concurrir especiales elementos de la culpabilidad.

Dice Bacigalupo que con Jakobs, se produce un giro decisivo en la teoría de la culpabilidad. En efecto, la culpabilidad se dará no solo cuando el autor no se haya motivado por la norma, sino cuando, además, estuviera obligado a ello, es decir, cuando fuera competente por su falta de motivación.

En la culpabilidad se trata de si existe una alternativa de organización que fuera preferible a la imputación del hecho al autor.[361]

El funcionalismo sistémico, se basa en que el concepto de culpabilidad debe ser construido a partir de los fines preventivos de la pena.

Por ello, "la relación entre culpabilidad y fin solo puede ser del tipo de que el fin tiña la culpabilidad", es decir la dota de contenido. Y ese fin de mantenimiento del orden jurídico que se encuentra en la prevención general positiva, es el mantenimiento del reconocimiento general de la norma.[362]

Prevención general, porque pretende producirse un efecto en todos los ciudadanos, positiva, porque este efecto no se pretende que consista en miedo ante la pena, sino en una tranquilización en el sentido de que la norma está vigente, de que la vigencia de la norma, que se ha visto afectada por el hecho, ha vuelto a ser fortalecida por la pena.

La culpabilidad, además, es un concepto funcional, adaptado al sistema social, ya que en un sistema social como el actual, dado que es imposible "demostrar desde el punto de vista individual que sea preferible respetar las normas sociales cognoscibles, es asunto de cada cual procurarse la motivación necesaria para respetar la norma, esto es la fidelidad al ordenamiento jurídico, aunque se hace necesario tener en cuenta los déficits cognitivos ya que solo quedara disculpado cuando le fue imposible conocer.

El contenido de la culpabilidad, por tanto, no solo es resultante de la teoría de los fines de la pena, sino de esta y de la constitución de la sociedad, que se deben adaptar recíprocamente.

Para la determinación de la culpabilidad "ha de establecerse cuantas presiones sociales se le pueden achacar al autor afectado por la atribución de culpabilidad y cuantas cualidades perturbadoras del autor han de ser aceptadas por el Estado y por la propia sociedad o han de soportarlas terceros, incluso la propia víctima.[363]

[361] Bacigalupo Zapater, E., *Principios de Derecho Penal. Parte General*. 5ª. Ed. Totalmente actualizada y basada en la nueva redacción del Código Penal, L.O.10/95, Akal, Madrid, 1998, p.p. 302 y 303.
[362] *Ídem*.
[363] *Op. cit.*, Jakobs, G., *Derecho Penal…*, p.p. 582 y 583.

Se pune para mantener la confianza general en la norma, por eso, con arreglo a este fin de la pena, el concepto de culpabilidad vendría constituido por el conocimiento y la voluntad de acatar la norma.

Reconociendo, sin embargo, que los defectos cognitivos exoneran de pena, no así los volitivos que agravan precisamente la reprochabilidad.

Pues en nada perturba la función estabilizadora de expectativas del derecho el sujeto que no es imputable, es decir, el autor que no se considera igual sino como alguien que no es determinante o que se encuentra en una situación especial.

Jakobs, parte de que todos los actos son imputados salvo que puedan relaborarse de otra forma,[364] momento en que entra en juego la llamada imputabilidad, definible como competencia de poner en cuestión la validez de la norma, para lo que exige que el sujeto sea definible como igual a los demás, especialmente en lo que se refiere a que todos son competentes para manifestarse sobre la configuración correcta del mundo social.

Entiende que la igualdad presupone que "los factores que forman o no impiden el proceso motivatorio en el autor en sus rasgos esenciales, forman o no impiden ubicuamente un suceso motivario.[365]

Por tanto, dada una situación motivadora igual, si se infringe una norma se supone que ejemplifica la infracción de la misma por cualquier autor equiparable y por ello pone en cuestión la vigencia de las normas para todos.[366]

De estas premisas podemos deducir que es inimputable el desigual, el autor "cualitativamente anormal", que deja de ser un sujeto determinable por las normas, debido a la perdida de subjetividad que se puede demostrar psico-fenomenológicamente o que puede suponerse sobre la base de un dato orgánico-cerebral.[367]

En el hecho ya no hay un sujeto interpelable, no actúa ya el sistema "sujeto" sino un sistema objetivo o un sujeto tan reducido que ya no es comparable con una persona normal, lo que hace que la motivación se forme anómalamente y falte la competencia para cuestionar la validez de la norma.[368]

Pero junto a este tipo de supuestos también contempla Jakobs otros que considera de no exigibilidad, donde el sujeto no ha perdido su subjetividad (porque sigue existiendo sujeto

[364] *Ibídem*, p.598.
[365] *Ídem*.
[366] *Ídem*.
[367] *Ídem*.
[368] *Ibídem*, p. 628.

responsable) pero debido a condicionantes de cuyas causas el sujeto no es responsable presenta problemas para motivarse de acuerdo con la norma.[369]

No parte, por tanto, de circunstancias que radican en la persona para imponer una pena, sino de lo que sea necesario para el ejercicio de los ciudadanos en la fidelidad al Derecho, para la estabilidad de su confianza al ordenamiento.

Santiago Mir Puig. Parte de considerar que solo se impondrá la pena que sea necesaria para la prevención.

Define la culpabilidad como el ámbito en que se comprueba "si el hecho injusto cometido puede atribuirse a su concreto autor en condiciones psíquicas de motivabilidad normativa".[370]

La culpabilidad es "solo condición de atribución del injusto a su autor".[371]

La infracción personal de una norma primaria de determinación permite imputar la antijuricidad penal a su autor, pero ello no basta para considerar adecuada la imposición al mismo de una pena, es preciso además que la persona aparezca como un sujeto idóneo para responder penalmente.

Considerando idóneo al sujeto que acceda a la norma en condiciones de normalidad motivacional.

Las causas de inimputabilidad, generalmente no llegan a excluir toda posibilidad de ser motivado por la norma sino que acostumbran a excluir dicha normalidad al igual que ocurre en las llamadas causas de "no exigibilidad".[372]

Mir Puig, añade una característica a la motivabilidad como fundamento de la culpabilidad, cual es la normalidad.

Entiende que no se trata de que los inimputables sean inmotivables mediante normas, más bien al contrario, la experiencia demuestra que la mayoría de los inimputables no delinquen, por lo puede entenderse que "si hacen mella en ellos las normas jurídicas",[373] lo que ocurre es que en ellos "la norma no puede desplegar entonces la intensidad motivadora que normalmente posee por concurrir una serie de condiciones personales o situaciones que disminuyen , por debajo del límite de lo normal, las posibilidades de que dispone el sujeto a priori para ser influenciado por la llamada normativa.

[369] *Ibídem*, p. 631.
[370] Mir Puig, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª. Ed. Bosch, Barcelona, 1982, p.p. 102 y 103.
[371] *Ibídem*, p. 105.
[372] Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Barcelona, 1999, p. 531.
[373] *Ibídem*, p. 534.

Todo ello redunda en una inferior capacidad del sujeto para cumplir el mandato normativo en comparación con las posibilidades de que dispone el hombre que actúa normalmente".[374]

Francisco Muñoz Conde. También utiliza la teoría de la motivación para intentar solucionar los problemas de la culpabilidad tradicional, puesto que el libre albedrio es indemostrable empíricamente.

Para ello redefine el concepto de culpabilidad, no renunciando a la misma categoría jurídico-penal, sino haciéndola capaz de acoger la finalidad preventiva que anima a todo sistema penal.[375]

Dice, que sin renunciar a la categoría de la culpabilidad, esta debe ser concebida como un fenómeno de naturaleza eminentemente social: "no hay una culpabilidad en si, sino una culpabilidad en referencia a los demás",[376] produciéndose así, el paso de una concepción individual de la culpabilidad a una concepción social y su puesta en relación con la función de motivación de la norma penal.

Para Muñoz Conde, formalmente la culpabilidad no supone más que "la declaración de frustración de una expectativa de conducta determinada en la ley penal, que recae sobre su autor y que posibilita la aplicación de una pena, y para esta declaración lo decisivo no es que el sujeto pudiera elegir entre varias conductas, sino que debe optar por evitar una determinada, que es la que la norma prohíbe.[377] Y desde el punto de vista material, la misma presupone la capacidad de motivación por la norma penal.

Considera imprescindible el recurso a un elemento normativo para delimitar la existencia de la capacidad de motivación y, por tanto, de culpabilidad en sentido material, elemento que viene suministrado por las exigencias de la prevención general en una sociedad y en un momento determinado.[378]

Muñoz Conde, defiende una concepción social de la culpabilidad que encuentra su explicación en la función motivadora de la norma penal y más concretamente en razones de prevención general, pues para él, "el concepto de culpabilidad tiene un fundamento social, antes que psicológico",[379] constituye una categoría a favor de las finalidades preventivas del derecho penal, y "la culminación de todo un proceso de elaboración conceptual destinado a explicar por qué y para que, en un momento histórico determinado, se recurre a un medio

[374] *Ibídem*, p. 536.
[375] *Op. cit.*, Muñoz Conde, F., *Teoría General…*, p.p. 144 y ss.
[376] *Ibídem*, p. 145.
[377] *Ibídem*, p. 147.
[378] Muñoz Conde, F., *Culpabilidad y Prevención General*, en Mir Puig, S. (editor), Derecho penal y ciencias sociales, 1ª. Ed. Bellaterra, Universidad Autónoma de Barcelona, 1982, p.p. 166 y ss.
[379] *Op. cit.*, Muñoz Conde, F., *Teoría General…*, p. 145.

defensivo de la sociedad tan grave como la pena y en qué medida debe hacerse uso de ese medio".[380]

Concibe la motivación como el denominador común a aglutinante de los elementos de la categoría sistemática culpabilidad, explicada en términos psicológicos, en el que la amenaza de pena actúa como estímulo inhibitorio de las conductas antijurídicas.

La norma penal se dirige a individuos capaces de motivarse en su comportamiento por los mandatos normativos.

Siendo presumible que a partir de un determinado desarrollo mental, biológico y cultural, que la legislación penal fina a través de unos criterios, cuyo fundamento se encuentra en aquellas facultades que permiten al ser humano participar con sus semejante, en condiciones de igualdad, en una vida en común pacífica y justamente organizada, los sujetos pueden ser motivables por los mandatos normativos.

La "motivabilidad" la capacidad para reaccionar frente a las exigencias normativas es, según defiende, la facultad humana fundamental que, unida a otras (inteligencia, afectividad, etc.), permite la atribución de una acción a un sujeto y, en consecuencia, la exigencia de responsabilidad por la acción por el cometida.

Cualquier alteración importante de esa facultad, cualquiera que sea el origen de la misma deberá determinarse la exclusión o, si no es tan importante, la atenuación de la culpabilidad.[381]

Y ello debido a que el sujeto no puede ser motivado en sus actos por los mandatos normativos, por carecer de las facultades psíquicas y físicas mínimas requeridas para poder declarar a un sujeto culpable, facultades a las que denominamos imputabilidad.

Es por tanto, la capacidad de motivación a nivel individual, la capacidad para motivarse por los mandatos normativos, lo que constituye también la esencia de la imputabilidad.

Fernando Díaz Palos. Explica que se trata del conjunto de condiciones psicosomáticas exigidas por la ley penal para que las acciones u omisiones penadas en la misma puedan ser atribuidas al que las ejecuto como a su causa voluntaria.[382]

Juan Del Rosal. La entiende como un conjunto de condiciones psicobiologicas de la persona requerido por las disposiciones vigentes para que la acción fuera comprendida como causada psíquica y éticamente por aquella.[383]

---

[380] *Ídem*.

[381] *Op. cit.*, Muñoz Conde, F., *Teoría General…*, p. 147.

[382] Diaz Palos, F., *Teoría General de la Imputabilidad*, Bosch, Barcelona, 1965, p. 40.

[383] Cobo del Rosal, M*., Tratado de Derecho Español, Parte General*, Vol. II, 2ª. Ed. Rev., Madrid, 1972, p. 75.

Posteriormente, muchos autores definieron expresamente en sus investigaciones la imputabilidad, pero de todos ellos, creemos que merecen una mención especial, al sentar las bases de lo que se entiende hoy por imputabilidad, las realizadas por Antón Oneca, Cuello Calón, y Rodríguez Devesa.

José Antón Oneca. Consiste en el estado, aptitud o capacidad del sujeto, base de la responsabilidad criminal.[384]

Eugenio Cuello Calón. Considera que se refiere a un modo de ser del agente, a un estado espiritual del mismo, y tiene por fundamento la concurrencia de ciertas condiciones psíquicas, biológicas y morales (salud mental y madurez) exigidas por la ley para responder de los hechos cometidos.[385]

José María Rodríguez Devesa. En su definición considera, imputable al que reúne aquella característica bio-psíquicas que con arreglo a la legislación vigente le hacen capaz de ser responsable de sus propios actos.[386] A estas definiciones han seguido en la dogmática moderna muchas otras que no podemos olvidar por su importancia.

Manuel Cobo Del Rosal y Tomas Salvador Vives Antón. La consideran, como el conjunto de requisitos psico-biológicos, exigidos por la legislación vigente, que expresan que la persona tenía la capacidad de valorar y comprender la ilicitud del hecho realizado por ella y de actuar en los términos requeridos en el ordenamiento jurídico.[387]

Luis Jiménez De Asúa. Concibe la imputabilidad como la capacidad en el agente para que le puedan ser atribuidos los actos que perpetra.[388]

José Cerezo Mir. Añade a los requisitos psico-biológico que veíamos en la anterior, una categoría más amplia que denomina condiciones bio-psíquicas y la necesidad de un desarrollo o madurez de la personalidad. Así, define la misma como un determinado desarrollo o madurez de la personalidad y unas determinadas condiciones bio-psíquicas que le permitan al sujeto conocer la licitud o ilicitud de sus acciones u omisiones y obrar conforme a ese conocimiento.[389]

---

[384] Antón Oneca, J., *Derecho Penal*, 2ª. Ed. Anotación y puesta al día por Hernández Guijarro, J.J. y Beneytez Moreno, L., Akal, Madrid, 1986. p. 215.

[385] Cuello Calón, E. *Derecho Penal I, Parte General*, Vol. 1, revisado y puesto al día por Camargo Hernández, C., 18ª. Ed. Bosch, Barcelona, 1980, p. 425.

[386] Rodríguez Devesa, J. M., y Serrano Gómez, A., *Derecho Penal Español. Parte General*, 18ª. Ed. Rev., y puesta al día, Dykinson, Madrid, 1995, p. 449.

[387] *Op. cit.*, Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, p. 576.

[388] Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal*, tomo V, El delito, la culpabilidad, 3ª. Ed. Losada, Buenos Aires, 1976, p. 81.

[389] Cerezo Mir, J., *Curso de derecho penal español. Parte General*, Tomo III, Teoría jurídica del delito, 1ª. Ed. 5ª Reimp., 2005, Tecnos, Madrid, p. 50.

Naturaleza Jurídica de la Imputabilidad. Hoy en día parece existir cierto acuerdo en entender que la imputabilidad como concepto jurídico-penal consiste en la capacidad del sujeto para que puedan serle atribuidos los actos que realiza, pero cabe preguntarse: capacidad ¿de qué y para qué?

Muchas han sido las formas de entender esta capacidad, lo que ha determinado la ubicación de la imputabilidad en las más variadas categorías dogmáticas,[390] pero en la actualidad parecen no existir grandes dudas para concebir la misma como capacidad de culpabilidad.

Las diversas maneras de entender la imputabilidad que se han defendido a lo largo de la historia, consideran que la misma debe entenderse como capacidad de acción, capacidad jurídica de deber, capacidad de entender y querer e, incluso, capacidad de pena, pero dado que todas ellas presentan importantes objeciones, se hizo necesario buscar un nuevo significado como el que hoy en día se otorga, concibiéndola como capacidad de culpabilidad.

Así, y en relación a la primera de las acepciones que entiende la imputabilidad como capacidad de acción hay que admitir que la misma resulta insostenible, por cuanto que dicha capacidad la tienen los inimputables, dado que los mismos pueden ejecutar un hecho que la ley sanciona como delito.[391]

La imputabilidad también ha sido entendida como capacidad jurídica de deber. Concebir así, la imputabilidad supone equiparar culpabilidad e injusto, lo que lleva a afirmar que los inimputables no cometen acto antijurídico alguno, lo que no es aceptable, ya que el inimputable es capaz de actuar antijurídicamente y en consecuencia puede estar obligado jurídicamente.

Lo demuestra el hecho de que su actuación delictiva genera responsabilidad civil y por la posible aplicación a los mismos de medidas de seguridad, lo que exige entre otros requisitos, que los hechos cometidos por el inimputable sean además de típicos antijurídicos, es decir, no justificados.[392]

Esta objeción puede realizarse a determinadas modalidades de imperativismo y a quienes conciben el injusto como infracción del deber personal, pero no a una sistemática objetiva, pues dado que concibe la norma como norma objetiva de valoración (norma de derecho) de la que derivan las normas subjetivas de determinación (normas de deber), refiriendo las primeras al plano de la antijuricidad y las segundas al de la culpabilidad, la imputabilidad no tiene por qué desplazarse al plano de la antijuricidad.[393]

[390] Zaffaroni, E.R.; Alagia, A. y Slokar, A.: Derecho Penal. Parte General, 2ª Ed., Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 691.
[391] Carmona Castillo, G.A., *La imputabilidad penal*, Porrúa, México, 1999, p.p. 8-9.
[392] *Ibídem*, p. 12.
[393] *Op. cit.*, Cobo del Rosal, M., y Vives Antón, p.p. 577-578.

La imputabilidad también ha sido concebida como capacidad de pena, al vincular la misma con las exigencias de prevención general y especial y, por tanto, con los fines político-criminales.

Para esta concepción se hace necesario atender como consecuencia de una causa de inimputabilidad a los efectos que la no imposición de pena conllevaría sobre la colectividad, es decir a las exigencias de prevención general, y asimismo también a las exigencias de prevención especial, al tener en cuenta en el caso concreto, la incidencia del reconocimiento de la exención de responsabilidad penal para la resocialización del sujeto.

Existen ciertas objeciones que hacen inviable esta concepción, tanto en su fundamento teórico como en sus consecuencias dogmáticas.

Por un lado, es inadmisible, desde el punto de vista de la prevención general, que para conocer la capacidad de pena del sujeto deba tenerse en cuenta, en lugar del estado del mismo en el momento de la comisión del hecho, el de los demás ciudadanos, pues con ello solo se está logrando, una instrumentalización del individuo para conseguir finalidades sociales.[394]

También es rechazable desde el punto de vista de la prevención especial, ya que precisamente el hecho delictivo ha demostrado la insensibilidad del que lo lleva a cabo frente a la motivación legal, y en consecuencia, el castigo no puede depender de la capacidad de sentir la amenaza de la pena.

Esta tesis es criticable porque si se concibe la imputabilidad como capacidad de pena, la misma debe ser analizada en un momento posterior a la realización del hecho punible (en el momento de la punición o pena), desconociendo que, legalmente, la imputabilidad debe ser revisada en un momento anterior, por regla general cuando se comete el hecho delictivo.

A quienes han configurado la imputabilidad como capacidad de entender y querer, se les puede objetar que los inimputables también pueden conocer y querer,[395] pues un menor de edad y un enajenado pueden ser conscientes y tener voluntad, por ejemplo, de matar (saben que están matando y quieren hacerlo).

La imputabilidad es algo más que dicha concepción clásica de la misma, pues necesita una doble capacidad: por un lado, la que le permite conocer el significado antijurídico de la acción, es decir, comprender la ilicitud del hecho y previamente también su lesividad material; y por otro, la que posibilita dirigir su voluntad orientando su conducta conforme a esa comprensión.

[394] Urruela Mora, A., *Imputabilidad Penal y anomalía o alteración psíquica. La capacidad de culpabilidad penal a la luz de los modernos avances en psiquiatría y genética*, Colmenares, Bilbao-Granada, 2004, p. 156.
[395] Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General*, 7ª. Ed. 3ª. Reimp., Reppertor, Barcelona, 2006, p. 557.

La doctrina alemana, nos dice que la imputabilidad debe concebirse, como capacidad de culpabilidad; y con ello alude directamente al conjunto de condiciones o facultades mínimas exigibles al sujeto para que se le pueda atribuir un comportamiento antijurídico.

Cuando un sujeto infringe el ordenamiento jurídico, solo puede atribuírsele el hecho por el realizado, si cuenta con una serie de facultades psíquicas o requisitos mínimos que permitan repróchaselo jurídicamente.

Es decir, el mismo debe ser imputable, debe tener la capacidad suficiente para que se le pueda declarar culpable.

Dicha capacidad de culpabilidad, como se ha visto, queda concretada como lo dice la doctrina mexicana, en la capacidad para comprender la ilicitud del hecho o para actuar conforme a dicha comprensión.

La imputabilidad es algo inherente y propio del sujeto que se ha pretendido individualizar como una cualidad o capacidad, indispensable resulta indagar sobre el contenido de su concepto, el cual y según veremos es una condición que otorga sentido, desde el punto de vista del derecho, a la conducta humana, por cuanto esta acarrea determinadas consecuencias jurídicas.[396]

La Imputabilidad es Capacidad de Acción.[397] Dice Jiménez de Asúa, que fue Binding quien sostuvo con mas ahínco dicha tesis, al propalar la idea de que capacidad de acción es capacidad de delito, seguido en este punto por Von Hippel, observándose en ambos la excesiva tendencia de dar a la acción un exagerado contenido, en desacuerdo con su noción tradicional.

El coeficiente psíquico de la conducta se limita al solo ámbito de esta, ello sin desconocer que la acción (en sentido lato) implica voluntad dirigida a un fin, por lo que voluntad y finalidad van unidas de la mano, cuando menos en la operatividad del concepto unitario del delito.

Justificase en esas condiciones que Binding, sostuviera que la inimputabilidad suprime la capacidad de actuar, lo cual ya nadie admite en esta época.

El niño actúa; el enfermo mental desarrolla conductas positivas o negativas; otra cosa es que la acción de aquel sea determinada por un psiquismo inmaduro, y la de este, por un psiquismo anómalo, y son acciones en las que, solo en casos excepcionales (obnulacion de la conciencia, atrofia del plano volitivo de la personalidad) está presente la voluntad, así sea

[396] Pavón Vasconcelos, Francisco, *Imputabilidad e Inimputabilidad*, 4ª Edición, Ed. Porrúa, México, 2000, p. 59.

[397] Apartado elaborado con información obtenida de: Pavón Vasconcelos, Francisco, *Imputabilidad e inimputabilidad*, 4ª. Ed, Editorial Porrúa, 2000, p.p. 59-60; Reyes E., Alfonso, *La imputabilidad*, 2ª. Ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1979, p.p. 18-19.

impulsiva en el niño por falta de capacidad de autocrítica, o sin forma en el enfermo mental por alteraciones psicosomáticas.

Una cosa es la ausencia de acción, sostenida equivocadamente por los defensores de esta posición respecto de los inimputables, y otra bien distinta es la conducta con caracteres deficitarios o anormales.

La Imputabilidad es Capacidad Jurídica del Deber.[398] Criterio sostenido, a decir del propio Jiménez de Asúa,[399] por lo sostenedores de la antijuricidad subjetiva, como Merkel, Von Ferneck y Kohlrausch, entre otros, que lleva fatalmente a equiparar ilicitud y culpabilidad, con inadmisibles conclusiones.

La tesis de la imputabilidad como capacidad del deber es equivalente a capacidad de antijuricidad, lo cual lleva a la consideración de la existencia de una acción antijurídica sin sujeto imputable.

Sin perjuicio de la eventual presencia de los llamados elementos subjetivos de lo injusto, de los que a veces depende la antijuricidad, razona Frías Caballero, en manera alguna puede construirse esta sobre fundamentos puramente subjetivos, transformándose asi en esencia en una mera desobediencia de la norma, una pura violación al deber de ella derivada.

De no ser así, agrega el conocido penalista, lisa y llanamente se habría confundido la antijuricidad con la culpabilidad.

Por otra parte, si efectivamente la imputabilidad condicionara la antijuricidad de una conducta, los inimputables actuarían *secundum jus*, con la consecuencia de que nada podría el derecho contra ellos.

Pero es evidente que el homicidio o el robo no se convierten en actuación conforme al derecho por el solo hecho de haber sido perpetrados por un inimputable sino que permanecen antijurídicos; consecuentemente no solo cabe contra el ataque ilegitimo de un inimputable la legitima defensa, sino que el comportamiento típico del incapaz, que es acción, y acción antijurídica, hace posible, en su caso la aplicación de medidas penales de seguridad.

De aceptarse el criterio de la capacidad jurídica del deber, inexistente en los inimputables, expresamos en el pasado, habría que considerar a estos como incapaces de realizar actos antijurídicos.

La Imputabilidad es Capacidad de Pena. Apoyado en el carácter intimidante de esta, la cual cumple una función de prevención general. Se atribuye a Feuerbach, quien propalo que la

[398] Apartado elaborado con información obtenida de: *Op. cit.*, Pavón Vasconcelos, Francisco, p.p. 60-61.
[399] *Op. cit.*, Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal, Tomo V…*, p. 84.

imputabilidad es la posibilidad de imponer la pena, dado que sus efectos intimidantes solo pueden producirse en personas imputables.

Extraña sobremanera la pretensión de elaborar el concepto de imputabilidad sobre el carácter intimidante de la pena, pues esta es la consecuencia del delito.

Como claramente lo subraya Mezger, es relevante en todo caso al problema de la imputabilidad, el tiempo de la ejecución de la acción.[400]

Las objeciones de Mezger a quienes pretenden remitir la imputabilidad a la teoría de la pena son muy sagaces, expresa Jiménez de Asúa; no solo se invierte el tiempo en que la imputabilidad debe gravitar, en vez de ser cuando el acto se realiza debería existir en el momento en que la pena se impone, sino que es inadmisible que para conminarla hubiese que tener en cuenta, en vista de la prevención general, en vez del estado anímico del autor, el de los demás ciudadanos.

También se ocupa Mezger de combatir la tesis que supone de Von Liszt, no puede depender el castigo de la capacidad de sentir la amenaza de la pena, y si lo determinante fuera, en cambio la capacidad del sujeto respecto a la ejecución de la pena, resultaría que el varias veces reincidente podría, a lo sumo, ser castigado la primera vez que reincide, pero no en las restantes reincidencias.[401]

Múltiples autores han sostenido este criterio de la imputabilidad como capacidad de pena, como Vaccaro y Antolisei, entre otros, siguiendo en parte los razonamientos de Feuerbach, al firmar el primero que el inimputable no tiene la personalidad que lo pueda hacer punible por su acción, no porque esta puede atribuírsele "como suya" sino porque tiene una personalidad que no le permite ser sujeto de pena, en tanto el segundo razona que solo es imputable el que tiene la capacidad de ser acreedor a la pena, dado que la inimputabilidad consiste precisamente en lo contrario, esto es, en carecer de aquella condición de orden personal necesaria para sufrir una pena,[402] si las razones expuestas por Mezger y por Jiménez de Asúa, no fuesen suficientes para combatir este criterio, cabe señalar, como último argumento, que no es del todo exacto que los inimputables sean siempre insensibles a la amenaza de la pena.

En síntesis, el criterio de que analizamos no puede aceptarse, fundamentalmente porque la imputabilidad debe referirse siempre al momento de la realización del hecho, lo cual descarta tenerla como capacidad de pena, referida a momento posterior: es cuestión diferente la capacidad de ser acreedor a una pena, a la capacidad de ser reprochado en el juicio de culpabilidad, la que supone en el sujeto la capacidad de comprender lo ilícito de su actuar y realizar el hecho de esa comprensión.

[400] *Op. cit.*, Pavón Vasconcelos, Francisco, p. 62.
[401] *Ídem*.
[402] *Ídem*.

La Imputabilidad es Capacidad para Cometer Delitos. Según importante grupo de penalistas italianos, entre los que se señala destacadamente a Carnelutti, para quien la capacidad de delinquir constituye una consecuencia de la capacidad de obrar, propia de los sujetos imputables.

Este criterio se apoya en la idea, externada por Carnelutti, de que la personalidad, capacidad e imputabilidad son la misma cosa, con secuencia de trasladar al ámbito penal la noción de capacidad propia de la Teoría General del Derecho.[403]

La anterior tesis, dice con razón Alfonso Reyes, resulta incompatible con la autonomía que en cada una de sus esferas muestra el derecho positivo; la minoridad por ejemplo; "supone inmadurez mental tanto para el derecho privado como para el derecho natural, sus presupuestos cronológicos y sus consecuencias jurídicas son diversas en uno y otro ordenamiento, en efecto, la edad civil no coincide con la edad penal y el acto realizado por el menor en derecho privado puede ser inexistente o nulo en cada una de cuyas hipótesis las secuelas son diversas, al tiempo que el acto del menor en materia penal genera medidas de simple protección personal o la aplicación de otras de contenido más o menos punitivo, según la edad de su autor en el momento de cometer el hecho.[404]

La Imputabilidad es Capacidad de Derecho Penal. Según corriente sostenida fundamentalmente por penalistas italianos, como Pisapia, Aldo Moro, Petroccelli y Maggiore.

En términos generales, este punto de vista estima, primeramente, que capacidad es imputabilidad, por lo que ambas expresiones son sinónimas. La capacidad de derecho penal según Pisapia, es categoría genérica que se especifica en la capacidad de actuar (imputabilidad) o en la capacidad de ser objeto de medidas de seguridad (peligrosidad).

Para Moro, la capacidad penal se refiere solo a los sujetos imputables, no desde el ángulo psicológico sino normativo, formal.

La norma, de una situación de objetividad, pasa a una de subjetividad, en cuanto crea relaciones entre Estado-administración y el individuo, esto es, es necesaria a esta subjetivación que la norma se ponga en contacto con el sujeto capaz, calificado así precisamente por la norma, no en cuanto autor del hecho, sino como autor normativo, centro de imputación de relaciones jurídicas… La capacidad penal resulta así una figura de calificación jurídica que deviene en actuación de la norma abstracta respecto de subjetivaciones concretas.

[403] *Op. cit.*, Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, *Tomo V*…, p. 84.
[404] *Op. cit.*, Reyes E., Alfonso, p. 21.

Para Moro, sin embargo, se trata de una categoría completamente formal, vacía de contenido, es decir, revestimiento de la capacidad de comprender y querer (imputabilidad).[405]

La capacidad penal, como categoría formal, aduce Bettiol, carece de eficacia en derecho penal, pues lo que importa en la forma externa en cuanto refleja un contenido, pues de nada sirve "disecar" al hombre, como punto de relaciones jurídicas, si le priva de su "humanidad" que lo convierta "en una persona capaz y en un ser moralmente responsable."[406]

Cuando nos referimos a la capacidad penal, sentencia Bettiol, aludimos exclusivamente a la capacidad de comprender y de querer, es decir, a la imputabilidad.[407]

Para Petrocelli, la imputabilidad es una condición del sujeto que lo convierte en destinatario de los mandatos de la norma y por ende en obligado a su cumplimiento; por ello, siendo la imputabilidad una cualidad del hombre, dichos mandatos están dirigidos únicamente a quienes normalmente están en condiciones de determinarse conforme a ellos, lo que establece clara distinción, a su juicio, entre imputables e inimputables.[408]

De esa premisa deriva que la imputabilidad no es solo condición o presupuesto de la antijuricidad, sino también de la culpabilidad y de la pena: Como condición (o presupuesto) del momento normativo es capacidad de deber; como condición del momento de la violación es capacidad de culpabilidad (o lo que es lo mismo, capacidad de acción culpable); como condición del momento ejecutivo es capacidad de pena.[409]

La crítica más acertada proviene de Francesco Grispigni, para quien toda persona es titular de intereses jurídicos, con independencia de sus características orgánicas o psicológicas, pues aun los inimputables son titulares de derechos y obligaciones y por ello destinatarios de la ley; la norma penal, por ende, se dirige a todos, con independencia de sus condiciones psíquicas o de madurez, a virtud de su valor absoluto, lo cual impide, a pretexto de que la norma penal no se dirige a los inimputables, que estos realicen, con derecho, actos que para los demás están prohibidos.

Con acierto, Alfonso Reyes razona que la obligación jurídica no es esencialmente vínculo psicológico y que se configura respecto de la persona en forma automática, con absoluta independencia de la voluntad del sujeto.[410]

Pero es más, aduce Reyes, podríamos incluso reconocer que los inimputables no tienen capacidad de conocer la norma, aun así, en la mayor parte de las legislaciones el previo

[405] Bettiol, G., *Derecho Penal Parte General*, Ed. Temis, Bogotá, 1965, p. 347.
[406] *Ídem*.
[407] *Ídem*.
[408] *Op. cit.*, Pavón Vasconcelos, Francisco, p. 64-65.
[409] *Ídem*.
[410] *Op. cit.*, Reyes E., Alfonso, p. 21.

conocimiento de la norma no es requisito de culpabilidad, pues el principio de que la ignorancia de la ley no excusa, posibilita deducir responsabilidad penal a quien alegue desconocimiento del precepto incriminador.[411]

La Imputabilidad es Capacidad de Culpabilidad.[412] Sostiene un amplio sector de la doctrina, principalmente alemana. Entre ellos, Welzel, quien al ocuparse de los presupuestos existenciales del reproche de culpabilidad, comienza por expresar que esta es reprochabilidad y, al mismo tiempo, culpabilidad de voluntad, por cuanto el autor hubiera podido formar una voluntad de acción adecuada a la norma, en lugar de la voluntad antijurídica de la acción, lo cual supone que hubiera podido formar su decisión de voluntad en forma adecuada a la norma.

Después de examinar la problemática de la libertad de voluntad, en sus aspectos antropológico, caracterológico y categoremático, arriba a la conclusión de que aquella libertad es la capacidad de poder determinarse de acuerdo con el sentido; "Es la libertad de orientar la fuerza causal, ciega e indiferente al sentido hacia una autodeterminación adecuada al sentido".

No es, como opina el determinismo, la libertad de poder actuar en forma distinta (por lo tanto, también peor o contrariamente al sentido) sino la libertad de actuar de modo adecuado al sentido.

Por eso, la libertad no es posibilidad de poder elegir arbitrariamente entre sentido y contrasentido, entre valor y disvalor, la aceptación de tal libertad infundada de elección solo nos conduciría de nuevo al camino erróneo del indeterminismo y destruiría al sujeto de la responsabilidad.

Mientras que lo contrario al valor determina al hombre, lo determina en forma del estímulo causal (ira, envidia, avaricia, necesidad, avidez de posesión, instinto sexual, etc.) y mientras tanto no se ha puesto todavía en marcha al acto de libertad.

Mala voluntad es una dependencia causal del impulso contrario al valor, y en este sentido una voluntad no libre.

La libertad no es ningún estado, sino un acto: el acto de la liberación de la fuerza causal de los impulsos, hacia una determinación adecuada al sentido.

[411] *Ídem*.

[412] Apartado elaborado con información obtenida de: Welzel, Hans, *Derecho Penal*, Depalma Editor, Buenos Aires, 1956, p.p. 152-165.

Sobre la falta de este acto se basa el fenómeno de la culpabilidad: culpabilidad es la falta de autodeterminación adecuada al sentido, en un sujeto que es capaz para esa determinación de acuerdo con el sentido.

No es una decisión adecuada al sentido a favor de lo malo, sino el permanecer dependiente y adherida, el dejarse llevar por impulsos contrarios al valor.

En el derecho penal el delito es el abuso de la libertad, que es reprochado al autor como culpabilidad y retribuido con pena. Culpabilidad no es un acto de la determinación libre del sentido, sino, precisamente, la falta de la determinación del sentido en un sujeto auto responsable.

Así entendida la libertad de voluntad y la culpabilidad, la capacidad de culpa o de imputación, en opinión de Welzel, es la capacidad del autor para:

> A). Comprender lo injusto del hecho.
>
> B). Determinar su voluntad, de acuerdo con esa comprensión.

La capacidad de culpa tiene, a su entender, un elemento adecuado al conocimiento (intelectual) y otro adecuado a la voluntad (voluntativo) que conjuntamente constituyen aquella capacidad (de culpa), advirtiendo con razón que al elemento intelectual es decisiva la comprensión de lo injusto del hecho, esto es, del injusto material, no de lo no permitido, pues no es necesario que el autor conozca el hecho como contrario a la ley, ni basta la conciencia de cometer un hecho amoral, sino que debe saber que "su hecho es una infracción contra aquellas normas sociales que son imprescindibles para la convivencia".

Para Mezger la imputabilidad, que constituye una parte de la teoría de la culpabilidad, consiste en una determinada disposición o estado de la personalidad del agente, y declara imputable a quien posee al tiempo de la acción las propiedades personales exigibles para la imputación a título de culpabilidad.[413]

Del derecho vigente, en donde yacen expresados en forma negativa, extrae Mezger, como presupuestos de la imputabilidad las siguientes condiciones:[414]

> A) La mayoría de edad penal, pues si al momento de ejecutar el acto se carece de ese requisito, el sujeto es incapaz de pena;
>
> B) Que el sujeto sea capaz, en el momento de realizar el acto, de acuerdo con su desarrollo intelectual y moral, de darse cuenta del carácter contrario a la ley de su conducta y de conformar su voluntad a dicho conocimiento (tratándose de mayores de catorce años y que no han cumplido aun los dieciocho)

[413] Mezger, Edmund, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, Trad. Rodríguez Muñoz, José Arturo, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957, p.p. 49 y 68.
[414] *Ibídem*, p. 69.

> y en relación a los sordomudos, que posean en el momento del acto, de un modo genérico, e incluso por encima de los límites de edad anterior, el conocimiento necesario para darse cuenta de la punibilidad de su acción;
>
> C) En todo autor, que al momento de la acción, se encuentre en un estado de conciencia y de salud del espíritu garantes de su libre determinación de voluntad.

La Imputabilidad es Capacidad de Conducirse Socialmente.[415] Supone vinculación psicológica del hecho al autor.

Este criterio fue propalado fundamentalmente por Franz Von Liszt, para quien el sujeto imputable debe observar una conducta que responsa a las exigencias de la vida política común de los hombres.

En primer término Von Liszt reconoce que el contenido subjetivo de la acción tiene naturaleza psicológica y precisamente la relación entre aquel y el autor imputable, determina el acto culpable, ejecutado con dolo o culpa.

Por tanto, si bien el contenido material de la culpabilidad derivase de esa relación, o es menor cierto que su esencia se identifica con el carácter asocial de su autor, concibe por el acto mismo, entendido como conducta antisocial.

En consecuencia, en el pensamiento de Von Liszt, la imputación supone dos elementos: la imputabilidad, carácter del autor, y la imputación del acto ejecutado, entendiendo el primero de estos elementos como la condición psíquica que permite al sujeto conducirse socialmente; en tanto el segundo implica el conocimiento del autor respecto de la naturaleza antisocial de su proceder.

Carlos Fontán Balestra. Quien se adhiere a la posición anterior, comienza por considerar que mientras debe, por una parte, hacerse en abstracto el análisis de los elementos constitutivos de la figura delictiva, valido para todos los casos, por otra, es necesario considerar el posible sujeto de delito, con independencia de la comisión de un hecho delictuoso, para llegar en último extremo, a determinar la relación subjetiva y jurídica entre el delito y su autor, pues un sujeto con capacidad de delinquir, por ser imputable, no ha de ser por este solo hecho considerado culpable, siendo para ello necesario que haya puesto en ejercicio esa capacidad en el momento de realizar el acto concreto, concluyendo en definir la imputabilidad como la facultad de obrar normalmente, síntesis de la definición formulada, como el mismo lo confiesa, por Von Liszt, y según la cual imputabilidad es la capacidad de conducirse socialmente, esto es, de observar una conducta que responsa a las exigencias de la vida política común de los hombres, formula sencilla que en su opinión es la más exacta, pues los

[415] Apartado elaborado con información obtenida de: Von Liszt, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, 3ª Ed., Instituto Editorial Reus, Madrid, 2000, p.p. 384 y ss.

Códigos están hechos para la generalidad, y tanto social como psicológicamente el concepto de normalidad coincide con el de mayoría.[416]

La crítica trascendente reprocha, al criterio anterior, su naturaleza más criminológica que jurídica, por su énfasis en destacar la circunstancia de que la condición psíquica del autor le permita conducirse socialmente en forma adecuada, conforme a pautas generales y no precisamente originada en las normas jurídicas.[417]

La Imputabilidad es un Presupuesto Psicológico de la Culpabilidad.[418] Según lo ha sostenido Jiménez de Asúa, apoyado en la idea de la naturaleza psicológica de aquella.

En efecto, conforme a este punto de vista la imputabilidad es psicológica y la capacidad en que consiste ha de ser psicológicamente concebida.

Dice Jiménez de Asúa, que la imputabilidad como presupuesto sicológico de la culpabilidad, es la capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y de determinarse espontáneamente, lo cual indica que la capacidad es madurez mental y salud mentales, en tanto la determinación es libre, por cuanto existe la posibilidad de inhibir los impulsos delictivos.

La posición adoptada, se apresura a aclarar el ilustre jurista, no lo afilia a la doctrina que ve en la imputabilidad la capacidad jurídica del deber, puesto que el rechaza la antijuricidad subjetiva, proclamando como es sabido el carácter unitario y objetivo del injusto, pues si bien este, se ve de un lado por la sociedad (contradicción del acto de un hombre con la norma) y de otro por el propio delincuente (deber de respetar esa norma objetivamente violada por el) ese deber, no puede ser apreciado por el sujeto que obra conforme a sus convicciones, sino de acuerdo al sentir común de donde la norma procede.

Por eso no deja de ser objetivo lo injusto, ni siquiera desde el lado del deber, cuya violación consciente y voluntaria se imputa y reprocha al hombre que delinque.

Alfonso Reyes.[419] Se apoya en la estructuración del concepto de imputabilidad, en una base psicológica, aunque afirme que tal fenómeno debe enfocarse desde los ángulos psicológico, social y jurídico.

Para el destacado autor colombiano, la imputabilidad es un modo de ser y un modo de actuar, lo primero por reflejar el estado de la personalidad en momento determinado, de acuerdo a la forma en que actúen sus esferas intelectiva y volitiva, la primera por cuanto le

[416] Fontán Balestra, Carlos, *El elemento subjetivo del delito*, Depalma editor, Buenos Aires, 1957, p.p. 71-72.
[417] *Op. cit.*, Reyes E., Alfonso, p. 37.
[418] Apartado elaborado con información obtenida de: *Op. cit.*, Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal, Tomo V…*, p.p. 85-86.
[419] Apartado elaborado con información obtenida de: *Op. cit.*, Reyes E., Alfonso.

permite al individuo aprehender e identificar los estímulos y responder a ellos adecuadamente, y la segunda porque le sirve para decidir la actitud a tomar frente al estímulo y para orientar su organismo hacia la modificación del mundo exterior, o sea para actuar de acuerdo a la determinación que se adopte, el modo de actuar es la consecuencia natural de la decisión tomada por la conciencia y voluntad, expresada en términos de dinamismo vital.

El anterior proceso discurre, afirma Reyes, por los predios de la psicología, pero la imputabilidad en cuanto a comportamiento, trasciende de la esfera individual a la esfera de lo social.

Sin embargo, no basta considerar la imputabilidad como ente psicológico y sociológico, abstracta capacidad de comprender y actuar dañosamente, por ser este concepto demasiado amplio, cuya limitación se impone a lo jurídicamente normativo, por cuanto solo interesa, la imputabilidad, como fenómeno propio del derecho penal, de donde concluye que la misma tiene un contenido psico-socio-normativo, sobre cuyas bases la define como la capacidad de la persona para conocer y comprender la antijuricidad de su conducta y para auto regularse de acuerdo con esa comprensión.

Como se aprecia de los conceptos anteriormente expuestos, el camino recorrido lleva a Reyes a desembocar a un criterio puramente psicológico de la imputabilidad, por más que pretenda darle un contenido mayor, a pretexto de limitar la abstracta capacidad de comprender y actuar, la cual comprende, a su juicio, la ilicitud moral, la social y la jurídica.

Por nuestra parte, afirmamos que solo el hombre como entidad individual, puede ser sujeto activo de delitos, pero a fin de que la ley pueda poner a su cargo determinada pena, como consecuencia de su conducta típica y antijurídica, es necesario constatar su imputabilidad, como previa condición del reproche en que se hará consistir su culpabilidad.

Por ello, imputabilidad e imputación, según lo destacamos en líneas atrás, son conceptos esenciales para fundamentar el reproche al autor del hecho típico y antijurídico.

El juicio de culpabilidad, previo al reproche mismo, presupone entonces una condición de imputabilidad en el sujeto: aquel juicio recae sobre el hecho, para declarar que su autor es culpable, en tanto la imputabilidad precisa constatar que se den en el las condiciones necesarias para ser declarado culpable.

Ahora bien, en primer término la imputabilidad del sujeto precisa en este, la posibilidad del conocimiento del carácter ilícito del hecho y por ello del deber de acatar el mandato contenido en la norma, y, en segundo lugar, la posibilidad de realizarlo voluntariamente.

El conocimiento de la ilicitud del hecho y del deber de acatamiento al mandato de hacer o de no hacer, contenido en la norma, es revelador de que el sujeto reúne, a tal fin, las condiciones sicosomáticas necesarias, es decir las condiciones mínimas de salud y desarrollo mental para aprehender, respecto del hecho concreto, su significación jurídica y su vinculación personal con esta.

La determinación espontanea a su realización o ejecución, significa poner en movimiento la voluntad, en su más estricto sentido, para hacer realidad el hecho pensado y decidido. Se trata consiguientemente de un hecho nacido de la libre elección.

Como puede advertirse claramente, si bien conforme al criterio de la "atribuibilidad" o "mismidad" el hecho típico y antijurídico fundamenta una responsabilidad asegurativo social del autor, para emplear la acertada denominación de Jiménez de Asúa, lo que permite la existencia paralela de las medidas de seguridad y de las penas, tal concepto resulta ajeno a la culpabilidad, cuya noción presupone en el agente capacidad de reproche.

La posibilidad de atribución, dice Díaz Palos, establece el enlace psíquico o espiritual entre el agente y su acto para poder decir que este es suyo, pero tal causalidad psíquica no basta para establecer la imputabilidad y la culpabilidad consiguiente, aunque es bastante para declarar la peligrosidad y correlativas medidas de seguridad, por ser necesario, además, que el acto puede ser atribuido a su agente como a su causa voluntaria.[420]

La determinación espontanea o voluntad en la causación del hecho, apoyase en el reconocimiento de la libertad del hombre para elegir el acto ejecutado.

Superada la vieja polémica entre libre albedrio y el determinismo, modernamente se reconoce la posición reconciliatoria que niega un estricto indeterminismo y un extremo determinismo, reconociendo la existencia de una libertad con ciertos límites pero que, de cualquier manera , permite proclamar la libre voluntad para decidir, realizar u omitir una precisa conducta, dando así asidero o fundamento seguro al reproche del hecho, a quien pudo actuar de manera diferente si hubiere acatado el deber de respeto al mandato de la norma.

La libertad, a efectos de la imputabilidad aduce Vela Treviño, consiste en la facultad del hombre para actuar conforme a su voluntad, entendiendo por esta "la capacidad de autodeterminarse conforme con el sentido…"; La libertad o posibilidad de autodeterminación únicamente significa que el hombre debe poseer un contenido de voluntad suficiente para encausar su conducta.[421]

[420] Díaz Palos, Fernando, *Teoría General de la Imputabilidad*, Ed. Bosch, Barcelona, 1965, p. 45.
[421] Vela Treviño, *Culpabilidad e inculpabilidad*, Editorial Trillas, México, 1977, p.p. 17-18.

Manuel Vidaurri Arechiga. Analizaremos las teorías que maneja en su texto La Culpabilidad en la Doctrina Jurídico-Penal Española, con la finalidad de ampliar las teorías anteriormente expuestas.[422]

La Teoría Psicológica de la Culpabilidad. El penalista vienes Franz von Liszt es el principal artífice de la formulación psicológica de la culpabilidad.

La culpabilidad, según él, debe contemplarse de manera estricta, es decir, abarcando solamente "la relación subjetiva entre el acto y el autor".

Esa relación subjetiva entre hecho y autor a que hace mención solo puede ser de carácter psicológico.

Antes de seguir adelante, y para una mejor comprensión del pensamiento lisztiano, habrá que tener presente la influencia definitiva del positivismo decimonónico en la teoría del delito.

Esta inflexión en nuestra exposición resulta de interés a juzgar por las consecuencias que para el concepto de culpabilidad trajo, en ese momento, la división a que se sometió el delito: por un lado, en lo "interno" y lo "externo", todo ello, claro está, a partir de la perceptibilidad de los sentidos. Y por otra parte, se decanta en la teoría del delito la idea fundamental de la causalidad.

Lo "interno" se corresponde con la culpabilidad, y lo "externo" establece una identidad con la antijuricidad.

La culpabilidad, pues, desde esta perspectiva, es considerada como la suma de todos los elementos subjetivos del hecho.

La infracción criminal en el pensamiento de von Liszt constituye el acto culpable, y, siguiendo sus palabras, "no basta con que el resultado pueda ser objetivamente referido a la manifestación de voluntad del agente, sino que también debe darse subjetivamente el nexo en la culpabilidad del autor.

Se deduce de lo anterior, que lo que verdaderamente importa es el nexo o conexión puramente psicológica entre el individuo y su hecho.

Para esta concepción de la culpabilidad, la relación psicológica se manifiesta en dos vertientes, en las cuales se agota ese vínculo subjetivo: el dolo y la culpa.

Si el dolo y la culpa son las dos especies en que la culpabilidad se divide, se entiende entonces que el dolo es, por así decirlo, la culpabilidad especifica del delito cometido dolosamente.

[422] *Op. cit.*, Vidaurri Arechiga, Manuel, *La Culpabilidad en la…*

Puede decirse también, que la dolosa es la forma mejor elaborada de la culpabilidad en tanto que cumple la condición exigida de nexo psíquico entre el individuo y el hecho por el realizado.

Sin embargo, no puede decirse lo mismo de la culpa, salvo que constituye la expresión imperfecta de la relación subjetiva de autor y hecho.

Según von Liszt, la imputabilidad es "la capacidad de conducirse socialmente" o bien sencillamente capacidad de acción.

Presupuesto de la culpabilidad es la imputabilidad, la que a su vez viene a ser la base sobre la que se apoyan las dos irreductibles formas de culpabilidad, dolosa y culposa.

En este sentido, Sebastián Soler tiene señalado que la imputabilidad, al ser considerada como presupuesto subjetivo de la culpabilidad, debe ser el concepto que se examine previamente dado que "cuando se estudia la culpabilidad, el objeto investigado es el contenido subjetivo del hecho"

Llegado a este punto, podemos concretar en pocas palabras el contenido de la teoría psicológica de la culpabilidad.

Esta consiste en la estricta relación psíquica entre el individuo y el hecho antijurídico por el realizado.

Aquí interesa, exclusivamente, el apartado psicológico, subjetivo, del actor. Asimismo, el actor es culpable por su obrar doloso o culposo.

En cuanto a la pena, la concepción psicológica exige la proporcionalidad de aquella al acto individual de voluntad en sí mismo considerado, y también obliga a prescindir de cualquier valoración de la personalidad total del agente y del proceso motivacional que soporta la conducta.

Emerge así la conexión con la idea de retribución entendida como justa reacción a un hecho objetivamente lesivo: el reproche de culpabilidad—y en esto se manifiesta la inspiracion rigurosamente liberal garantista de la concepción en examen---encuentra fundamento en la idea de retribuir al hecho individual cometido, con una pena proporcionada a su gravedad objetiva y especifica.

Podemos adelantar que la culpabilidad, entendida como lo hemos venido haciendo, solo podría anularse mediante aquellas causas que eliminasen el proceso psicológico tantas veces aludido.

Dichas causas serian, por una parte, el "error" que vendría a destruir el elemento intelectual, y por otra parte, la "coacción" que corresponde al elemento volitivo del dolo.

Tanto en el plano dogmático, como en el funcional, se hacen las principales objeciones a la corriente psicológica.

En el plano dogmático, no logra generar un concepto superior en el cual pudieran incorporarse el dolo y la culpa; mientras el dolo consta de conciencia y voluntad como actitudes psicológicas efectivas, para integrar la culpa son suficientes también actitudes psicológicas potenciales.

En lo que al plano funcional se refiere, la concepción que venimos estudiando no valora todas las posibilidades de la culpabilidad como elemento de graduación de la responsabilidad penal, sobre todo porque no tiene en cuenta las motivaciones varias que llevan a un sujeto a delinquir.

La Teoría Psicológica De La Culpabilidad En España.

De los penalistas españoles que pueden ser considerados como seguidores de la teoría psicologistas de la culpabilidad, pueden señalarse tres conocidos autores: Jiménez de Asúa, Cuello Calón, y Peredea.

No resulta extraña la primaria filiación que realizaron los juristas hispanos a tal teoría, y más si se tiene en cuenta que Cuello Calón, Jiménez de Asúa y Saldaña recibieron las lecciones de von Liszt de viva voz en Alemania, concretamente en la Universidad de Berlín, y como sabemos, a los dos últimos se debe la traducción del Tratado del penalista vienes.

En cierto modo, puede decirse que la ciencia penal española del presente siglo. (Siglo XX), es altamente tributaria de las enseñanzas recibidas en Alemania.

Consecuentemente podemos afirmar que la culpabilidad, entendida ya como categoría autónoma del delito, ingresa en la doctrina española de la época actualizando e incrementando su acervo jurídico-penal.

En algún momento Cuello Calón escribió, la culpabilidad, cualquiera que sea la doctrina que sobre ella se acepte, es una relación psíquica de causalidad entre el agente y su hecho.

Con esta explicación deja plenamente acreditada su filiación psicologista. Ya hemos señalado la relación académica que existió entre el penalista español y su maestro von Liszt, de donde podemos inferir una cierta influencia en las conceptualizaciones jurídico-penales que luego vertiera en su obra.

Sin embargo, esto no es óbice para que con posterioridad abandonara las tantas veces mencionada teoría psicológica de la culpabilidad, colocándose en el numeroso grupo de partidarios de la teoría normativa.

Inicialmente Jiménez de Asúa se adscribió durante algún tiempo a la teoría psicológica, apartándose luego de esta y adecuando su posición a la concepción normativa.

En principio, y siguiendo su orientación psicológica, Jiménez de Asúa decía que la culpabilidad debía contemplarse en su sentido estricto, es decir, como nexo ético y psicológico que liga al sujeto con el acto u omisión perpetrados, y que plasma en dolo o en culpa dejando claramente establecida su vinculación científica con la fórmula de su profesor vienes.

Para Jiménez de Asúa la culpabilidad, considerada ya como categoría autónoma, significo, a juzgar por la amplitud con que aborda el tema en su Tratado, un concepto de incuestionable importancia para el derecho penal y ello en razón de las consecuencias que se derivan del mismo, sea cual fuera la corriente asumida.

Por otra partir, y como ya dijimos, ambos autores reconocen posteriormente la cualidad superadora de la orientación normativa de la culpabilidad, y con plena convicción evolutiva adoptan al igual que otros penalistas españoles, el criterio romativista.

Del análisis de estas opiniones nos ocuparemos más adelante. En abierta oposición a la teoría normativa, y desde el mirador de la orientación psíquica, se sitúa la opinión de Pereda.

Para el, un concepto normativo de la culpabilidad pretende ignorar la corriente psicologista, que parecía ser, expresado con sus palabras, lo único firme en materias tan oscura y tan fundamental en derecho penal.

Sin embargo, sus razonamientos lo van acercando a la novedosa concepción normativa resultando significativa de este modo su afirmación en el sentido de que la valoración normativa habrá de ser obra de la ley y solo de esta.

Profundiza más argumentando, la posterior valoración que consiste en el juicio concreto de reproche actual, no es ni puede ser constitutivo de la culpabilidad, sino meramente declarativo de que se ha dado el caso previsto por la ley y con las condiciones subjetivas precisas para que pueda imponerse la pena.

La culpabilidad viene a ser para Pereda una cualidad del agente a quien, por haber actuado voluntariamente y conscientemente, puede atribuírsele su acto.

Considera la imputación como atribución al sujeto del hecho cometido, es un mero reproche que debe presuponer la culpabilidad: antes del juicio de reproche debe haber culpabilidad.

La Teoría Psicológica de la Culpabilidad en México.

Podemos apreciar también en el ámbito doctrinal mexicano su incorporación a las tesis psicologistas.

Según Castellanos Tena, si se parte del ordenamiento positivo, base de estudio o de investigación, dado que la corriente psicológica es la que se recoge en el código penal, debe seguirse la filiación psicologista.

Es posible que la fuerte influencia ejercida por el positivismo en la ciencia jurídico-penal latinoamericana, haya sido determinante en la adopción de los criterios psicológicos de la culpabilidad.

El vigente Código Penal mexicano data de 1931, y respecto de las orientaciones generales seguidas por el legislador, los penalistas coincidían en afirmar, en una publicación de la época, que ninguna escuela, ni doctrina, ni sistema penal puede servir para fundar de forma absoluta algún código penal.

Así, pues, asume una posición ecléctica. Según ellos, la formula no hay delitos, sino delincuentes" debe completarse así: "no hay delincuentes sino hombres.

Aunque reconocen que la Escuela Positiva no proporciona el remedio contra el fracaso de la Escuela Clásica, si se le conceden credibilidad y valor científico como crítica y como método.

Critica a la Teoría Psicológica de la Culpabilidad. Es mérito propio de la concepción psicológica de la culpabilidad, el haberse encarado a la, por entonces dominante, tesis del libre albedrio y a la responsabilidad objetiva; y por otra parte, el haber dirigido sus miradas, respecto del problema de la responsabilidad, más al hombre que al resultado de su conducta.

A pesar de esto, esta teoría hubo de soportar fuertes críticas dadas las insuficiencias que de sus postulados básicos se desprendían.

Como veremos más adelante, la teoría normativa constituyo un paso adelante en la evolución del concepto de culpabilidad, desde que von Liszt iniciara la dogmática jurídico-penal moderna.

Pero, antes de ocuparnos de la superadora orientación normativista, comentaremos algunas de las críticas a que se sometió la teoría psicológica de la culpabilidad. Podemos concentrar en dos apartados las insuficiencias propias de la corriente psicológica.

Apuntamos ya a la incapacidad de esta teoría al momento de elaborar un concepto lo suficientemente completo para agrupar al dolo y a la culpa, particularmente a la llamada culpa inconsciente.

Respecto a esta, baste enunciar los intentos llevados a cabo por algunos autores por mantener a flote el concepto de nexo psicológico.

Por un lado, tenemos las consideraciones de *lege ferenda* que en su momento suscribiera Kohlrausch encaminadas a una tajante y dudosa solución: eliminar del ámbito del derecho penal la culpa inconsciente.

Evidentemente, la doctrina jurídico-penal no acepto la antedicha formulación. De haberlo hecho, la punición de los delitos imprudentes o culposos, imprescindible para Maurach, habría sido puesta en duda.

La otra posición viene firmada por Radbruch, para quien en la culpa no se necesita el referido vínculo psíquico, de la misma manera que se requiere en el dolo, solo es preciso que exista un "estado psíquico" consistente en la posibilidad de prever y no haberlo hecho.

En un primer apartado puede recogerse como objetable a la teoría que estudiamos, la débil fundamentación de la imprudencia.

En segundo lugar, digamos que tampoco quedaban suficientemente explicadas las causas de exculpación no excluyentes del dolo.

Analizaremos a continuación y por separado, cada una de estas cuestiones.

a). Según habíamos referido en líneas atrás, para la orientación psíquica era el dolo la forma más elaborada de la culpabilidad: el nexo psíquico entre el actor y su hecho constituía una integra realidad.

El dolo consta de conciencia y voluntad como actitudes psicológicas efectivas.

La culpa, por contrapartida, no era más que la forma imperfecta que se daba entre el individuo y su hecho.

Como queda dicho, la imprudencia no encuentra explicación en virtud de la ausencia de ese nexo psicológico.

Lógicamente, en la llamada culpa inconsciente, no existe ninguna conexión entre hecho y autor, puesto que se desconoce el peligro.

Y si en la culpa consciente se pretende explicar su carácter psicológico a partir del conocimiento del peligro, lógicamente, la imprudencia se definirá en función de la previsibilidad, siendo en alguna forma un concepto vinculado con lo psicológico y por tanto integrado en la teoría que se estudia.

A pesar de esto, no describe ninguna relación psíquica efectiva, sino solo su posibilidad; Aún más, para que se dé el supuesto de la imprudencia no es suficiente ni la previsibilidad ni la previsión de la lesión, puesto que como afirma Mir Puig, lo que importa verdaderamente en estos casos es que se transgreda el deber de cuidado, el cual no obliga a la elusión de toda conducta previsiblemente lesiva.

Resulta particularmente notoria la solución propuesta por Radbruch para quien la imprudencia de la culpa debería ser mayor que la imprudencia normal.

Así mismo, la cuantificación de la denominada imprudencia normal dejaría de ser determinada no por la culpabilidad, sino por la antijuridicidad.

Sin embargo, y concretando un tanto, la imprudencia consiste no en algo psicológico sino en algo normativo, esto es, en la infracción de la norma de cuidado.

b).- La concepción que examinamos, tampoco podía explicar la convergencia de las causas de exclusión de la culpabilidad, en particular aquellas que fueran distintas del error o la coacción.

Tal es el caso del llamado estado de necesidad con bienes de igual valor, toda vez que en este la relación psicológica no se ve afectada.

Con lo anterior, se quiere decir que en esta teoría no estaba en condiciones de explicar fundadamente la graduabilidad de la culpabilidad.

La explicación que da Bustos Ramírez, es bastante esclarecedora: señala que tratándose del injusto surgen importantes dificultades para efectuar, desde el plano de la causalidad, una graduación del mismo, y esto en virtud de que la relación causal puede darse o no, y asimismo sucede con la culpabilidad: puede existir y puede no existir la relación psíquica.

En síntesis, si no es graduable el nexo psíquico entre el individuo y su hecho, tampoco es posible, por ende, la graduación del dolo y de la culpa.

Queda, pues de manifiesto una insuficiencia en la culpabilidad que se explica cómo relación psicológica de actor y resultado, de hecho, en algunas causas de exculpación subsiste el dolo.

En otro orden de ideas, cabe resaltar la poca concordancia entre los partidarios de la corriente psicologista, desacuerdo que ha sido recogido por Jiménez de Asúa.

Para unos, ni el dolo ni la culpa eran especies de la culpabilidad, aunque hubo quienes afirmaban tal especificidad; otros pretendieron excluir la culpa inconsciente.

Asimismo, el nexo psíquico constituía otro punto de discrepancia: algunos lo hacían residir en los términos de la voluntad y el resultado, mientras para otros debía buscarse entre la voluntad y la acción, y otros lo ubican entre la voluntad y el hecho realizado.

Siguiendo las argumentaciones de Maurach, habría que señalar las causas de esa primigenia vinculación de los penalistas a la corriente psicológica.

Para lo anterior, parece ser un buen punto de partida recordar que los juspenalistas de la época fincan sus principales motivaciones en la aceptación de la teoría del tipo de Beling, según la cual, en su inicial configuración, indicaba que el tipo debía absorber totalmente el suceso objetivo del hecho delictivo y remitir lo subjetivo a la culpabilidad.

Con todo y eso, afirma Maurach, "esta separación, en principio sugestiva por su claridad, condujo en el aspecto subjetivo, como es natural, a un tenaz apego al vínculo psicológico y a mantener la versión de que también la culpa inconsciente debe caracterizarse por un tal enlace".

Tengamos en cuenta las críticas que hicieran Mezger y Hegler de la teoría de Beling, en relación con la teoría causal de la acción, por entonces dominante, y su posterior superación por la corriente finalista, que según ellos "han mostrado lo insostenible de la distinción entre el tipo de injusto puramente objetivo y la relación de culpabilidad meramente subjetiva.

Es precisamente en este momento cuando muere la consideración psicológica de la culpabilidad.

La polémica que suscrito en su día la concepción psicológica de la culpabilidad y las objeciones críticas a que se vio sometida, dieron lugar a que mediando en el plano científico el desplazamiento en el plano científico del positivismo al neokantismo, surgiera la concepción normativa de la culpabilidad.

Edmundo Mezger, uno de los principales introductores de esta corriente, afirmo que un mero psicologismo no había existido nunca, y esto a pesar de los fracasados intentos de un vasto sector doctrinal por llegar a una pura concepción psicologista. Tales esfuerzos desconocieron, sin embargo, los elementos normativos de la culpabilidad.

La Teoría Normativa de la Culpabilidad. Como superación de la teoría psicológica de la culpabilidad surge la teoría normativa.

Antes de entrar al análisis de esta, consideramos pertinente referirnos al importante cambio experimentado en la metodología jurídica: el paso del positivismo al neokantismo.

Dentro del proceso evolutivo de la metodología jurídico penal, y con ella de la teoría general del delito, es especialmente importante la transición del pensamiento positivista al neokantismo.

Como es lógico pensar, el concepto de culpabilidad no será inmune a las nuevas conceptualizaciones que sobre la teoría del delito se venían en las postrimerías del siglo XIX.

La teoría normativa de la culpabilidad, teniendo como marco la filosofía neokantiana aparecida en Alemania, desplazo a la teoría psicológica.

Este tránsito se corresponde con la formula neoclásica del delito. Producto del llamado positivismo científico es, pues, el concepto clásico del delito.

Desde esta óptica, recordémoslo nuevamente, la culpabilidad requería para si la suma de aquellos procesos subjetivos, psíquicos, del autor en relación a su hecho, la imputabilidad era considerada como su presupuesto, y el dolo y la culpa como meras especies.

Se trata de una estructuración bastante sencilla y clara, de la cual se extrae una visión en extremo formal del comportamiento humano.

Si como se ha señalado, el positivismo científico es una concepción "estrictamente limitada al derecho positivo y a su interpretación, que pretendió abordar todos los problemas del derecho con la sola ayuda de los conceptos jurídicos, excluyendo en lo posible de la dogmática jurídica las valoraciones filosóficas, los conocimientos psicológicos y la realidad sociológica", luego entendemos cuales han sido las bases en que se construyó la teoría psicológica de la culpabilidad.

El concepto neoclásico del delito, por otra parte, ofrece una nueva panorámica del mismo.

A partir de ahora, son fines perseguidos por el derecho penal y las perspectivas valorativas del mismo las que interesan para la conformación de la teoría del delito.

Esta formulación teleológica del delito estuvo fuertemente determinada por la teoría del conocimiento denominada neokantismo, la cual, en síntesis, significaba una orientación del derecho a valores e ideas, a la comprensión y a la valoración.

Al igual que sucediera en la teorización clásica del delito, la culpabilidad se verá sustancialmente modificada apareciendo la anunciada concepción normativa.

Para el positivismo, y atendiendo a lo dicho por Larenz, únicamente son accesible al conocimiento, independientemente de las matemáticas y de la lógica, los hechos perceptibles junto con la legalidad comprobable experimentalmente y en ellos manifestada.

En tal proposición, aparece claramente expresado el modelo de las ciencias naturales, con lo que puede decirse que en tal sentido el positivismo es naturalismo.

Podemos inferir entonces, que toda actividad científica que contenga elementos metafísicos o de difícil comprobación empírica, no serán considerados propiamente como científicos.

En este sentido, Welzel considera que el positivismo presenta una característica que se expresa en sentido negativo.

En un primer momento, la inclinación fundamental de esta corriente del pensamiento metodológico tuvo un "rechazo decidido de todo aquello que aun de lejos pudiera sonar a metafísica; y para el positivismo, metafísica era todo lo que sobrepasaba el campo de la observación.

Esta limitación de la investigación humana a la observación significa la renuncia a toda comprensión y explicación que vaya más allá de la simple constatación de hechos y de sus conexiones externas, la limitación a "lo que puede ser pesado, medido o contado"

La exclusiva circunscripción del positivismo a la observación de aquellos hechos y sus conexiones causales susceptibles de observación práctica, dejando de lado aquello que no permitiese el análisis empírico, permitió afirmar que se pasaba del estado meramente metafísico al estado científico.

Trasladando estas ideas al horizonte que dibuja la ciencia jurídica, una limitación a los hechos como la que se propone, nos conduce a ciertas afirmaciones discutibles.

Al caso, es paradójica la disertación que, partiendo de los planteamientos positivistas naturalistas, hace Welzel cuando nos explica que una demarcación ceñida a "lo factico y existente en realidad" nos pone en camino de un derecho "al que un poder competente y creador le confiere la cualidad jurídica por medio de un proceso adecuado y eternamente perceptible" y de donde, además, el valor de ese derecho será irrelevante en tanto que la existencia del mismo es una cosa y su validez o invalidez otra, una ley efectivamente existente es una ley, aun cuando provoque nuestra censura.

La estrechez de miras con la que el positivismo aborda el conocimiento de la ciencia jurídica, es decir, ese constante apelar a la subjetivación de los contenidos de las materias propias del derecho, lleva a poner en duda la labor científica jurídica expresada en la dogmática.

Por esta se entiende, la explicación sistematizada de los principios jurídicos de un determinado orden legal o bien de alguna de sus partes; principios tales como propiedad privada" "culpa y pena" "el principio de escuchar a las partes" "estado de derecho.

Estos y otros principios, descansan en originarios proyectos de sentido, necesarios para la conformación de la vida, social de un determinado pueblo.

De acuerdo con lo anterior, la dogmática entresaca los principios de un determinado orden jurídico, expone tales preceptos como componentes o consecuencias de los aludidos principios, y, de esta manera, nos permite entender el orden legal o las partes de que se compone como una estructura de sentido, de carácter concreto y que tiene una pretensión de verdad.

De este planteamiento se sirve Welzel para llegar a la siguiente conclusión: "el método de la dogmática jurídica no es el de la explicación causal, sino el de la comprensión del sentido, ya que solo así puede ser entendida una estructura de sentido como lo es el sistema jurídico. Quien se acerca, en cambio, a un sistema jurídico con el método positivista de la observación de los hechos y de su conexión causal, vera como el objeto de su estudio se le escapa de entre las manos, y como en lugar del derecho le aparecerá el mecanismo jurídico, es decir, el acontecer externo y visible que tiene lugar en la realización del derecho: en lugar de la ciencia del derecho, tendremos la sociología jurídica".

Como ahora sabemos, el positivismo no logro la sustitución de la dogmática jurídica por la sociología a jurídica.

Sin embargo conmociono fuertemente la creencia en el carácter científico de la dogmática. En el campo del derecho penal, von Liszt llego a preguntarse sobre si esta tenía o no la calidad de ciencia.

Pero no fue el único que se planteó tal interrogante ya que Von Kirchmann, es una conferencia dictada en 1847, comento que la jurisprudencia no podía tener el estatuto de ciencia puesto que su objeto de estudio, esto es, el derecho positivo, era algo impreciso y mudable.

Y esto no sucede de la misma manera en las ciencias naturales, toda vez que estas poseen un objeto invariable, en cuanto a que la naturaleza está sometida a regularidades que pueden ser conocidas a través de la observación y fijadas en leyes positivas.

La ciencia jurídica, con respecto a las ciencias de la naturaleza, nos presenta una cara totalmente distinta, siendo al efecto reveladoras las palabras de von Kirchamann: "cuando esta, la ciencia jurídica, tras largos años de esfuerzo ha logrado encontrar el concepto verdadero, la ley de una institución, hace ya tiempo que el objeto se ha transformado. La ciencia llega siempre tarde en relación con la evolución progresiva, no puede nunca alcanzar la actualidad".

El derecho positivo, entonces, se consideraba como una mera arbitrariedad del legislador y por eso mismo no podía haber una ciencia del derecho, dado que la ciencia jurídica "hace de lo causal su objeto, ella misma se convierte en algo causal, tres palabras correctoras del legislador, y bibliotecas enteras se convierten en papel mojado".

A pesar de todo, lo que si logro imponer el positivismo fue su concepto estricto de derecho. Como señala Welzel, no puede negarse que por mucho tiempo, y para muchas generaciones de juristas, ha sido verdad indiscutible que el legislador, el Estado, el poder soberano, pueden promulgar cualquier proposición jurídica.

El mismo Kelsen expone una opinión que robustece lo anterior: "todo posible contenido puede ser derecho; no hay comportamiento humano como tal, y por razón de su contenido, no puede ser contenido de una norma jurídica.

La validez de esta última no puede ser negada porque su contenido contradiga otra norma que no pertenece al orden jurídico.

Para que lo jurídico llegase a obtener la consideración de ciencia, es evidente que había que buscarle fundamentación similar a la que en esa época tenían las ciencias naturales.

Se entiende entonces, que era particularmente problemático el saber cuáles eran aquellos hechos cuyas características de indudables e inmutables servirían de base a la actividad jurídica para su posteriormente estimación científica.

Se abre entonces una doble perspectiva en la que podría ser considerado el derecho: por un lado, como un hecho psicológico, partiendo de que no se localiza en una realidad externa sino precisamente en la conciencia de los hombres; y por otro lado, como hechos de carácter estrictamente social, tomando como punto de partida la conducta social de los hombres y de lo que se ocupa la llamada sociología empírica.

Siendo tales los elementos sustentadores del positivismo, este entro en decadencia. Como bien ha explicado Mir Puig, la metodología naturalista del positivismo, con su cerrada posición frente a las categorías centrales del delito, permitió una recepción más pronta de los planteamientos renovadores surgidos del neokantismo.

Para este autor, el abandono del pensamiento positivista fue "un reflejo del rechazo operado a nivel filosófico general de la actitud antifilosófica que había inspirado la segunda mitad del siglo XIX"

Son dos las direcciones según las cuales puede rastrearse el camino que origino el abandono del positivismo en la metodología jurídico-penal.

De una parte se encuentra Dilthey y su fundamentación científica de la historia y de la sociedad: el historicismo.

Y otra parte, aparece el neokantismo, particularmente el de la escuela sudoccidental alemana. Como decíamos, pretende Dilthey una fundamentación científica de la historia y de la sociedad.

Para esto, él se refiere al concepto de ciencias del espíritu, cuyo objeto lo constituyen las vivencias humanas histórico-sociales, las que una vez analizadas, permitirán una comprensión de la historia.

Distingue dos clases de ciencias del espíritu: de un lado se encuentran las llamadas ciencias de los sistemas de cultura, que son las que contemplan aquellas manifestaciones de orden social que tienen su origen en la libre determinación de un individuo. Por ejemplo, la religión, la filosofía, el arte o la ciencia.

En el otro lado, se ubican las ciencias de la organización externa de la sociedad, es decir, las que se refieren a las instituciones que, como familia, el Estado o la Iglesia, aglutinan a diversos grupos de individuos independientemente de su voluntad.

El derecho, según la percepción de Dilthey, ocupa una posición intermedia, prácticamente como "vínculo de unión de la organización social con el sistema de cultura: constituye la expresión objetiva, institucionalizada, un hecho de la conciencia"

El neokantismo, por su parte, sigue una ruta distinta para la fundamentación del concepto de ciencias del espíritu.

Esta corriente, como lo explica Mir Puig, no reparo en la diferencia de objeto, sino de método: "la ciencia del derecho, como las demás ciencias del espíritu y como las ciencias positivas, debe su carácter científico a la utilización de un determinado método que reúne ciertos requisitos… el método propio de las ciencias del espíritu no puede coincidir con el empleado por las ciencias positivas.

La corriente del neokantismo tuvo una doble perspectiva: una seguida por la Escuela de Marburgo y otra sustentada por la escuela sudoccidental alemana.

Ciertamente, ambos planteamientos tuvieron una sonada trascendencia en el campo de la metodología jurídica en general, pero, en lo particular, es decir, por lo que hace al derecho penal, la corriente sudoccidental tuvo repercusiones de consideración.

La filosofía de los valores, como dio en llamarse al neokantismo, en su versión patrocinada por la escuela sudoccidental alemana partió de la filosofía de Windelband y fue propulsada

por Rickert como un fundamento de las ciencias del espíritu en general y trasladada a la metodología del derecho, y en particular a la del derecho penal, por Lask, Radbruch y Sauer.

Con Lask, precisamente, la dogmática jurídico-penal participo de las ideas de Rickert, para quien las ciencias históricas culturales se diferenciaban de las naturales básicamente en dos apartados: en la formación del concepto y en la relación en que sus objetos se encuentran con respecto a los valores.

Incluye Lask a la ciencia del derecho en las ciencias culturales, distinguiendo dos aspectos diferenciadores de esta: si el derecho se considera como un factor cultural real o como un complejo de significaciones, se dice entonces que existe una teoría social del derecho o una ciencia dogmática del mismo.

Se comprende, pues, que aunque ambas son concepciones culturales, solo la que se señala en segundo término "aprehende el derecho positivo de su especificidad normativa"

Debe reconocerse, como mérito de Lask, el haber iniciado las bases del específico método cultural que corresponde a la dogmática jurídica.

Hay que hacer notar también que Lask señalo exclusivamente la referencia a valores y fines relacionados con lo jurídico, pero no logro desentrañar el contenido de los mismos, lo que si hicieron Radbruch, Mayer y Sauer, autores estos que, como se sabe, influyeron decisivamente en la metodología jurídico-penal.

Radbruch, por su parte, señalo tres tipos fundamentales de concepciones valorativas del derecho, a saber: individualista, supra individualista y transpersonal. La ciencia no debía, en opinión de este autor, decidir su preferencia por alguna de ellas en particular.

Al decir de Mir Puig, con este planteamiento, se sitúa Radbruch en la línea que marcara Rickert, para quien las ciencias culturales no son valorativas sino referidas a valores.

Ni Radbruch ni Welzel logran abandonar del todo el positivismo jurídico; incluso cabe recordar las palabras de Welzel al respecto, cuando señala expresamente que el neokantismo constituye "la teoría complementaria del positivismo jurídico"

La posición defendida por Welzel parte de esta argumentación: aunque el concepto de "realidad" perceptible por la ciencia del derecho, era la misma para positivistas y neokantianos, podía advertirse, sin embargo, una diferencia localizada en el sujeto, el cual, según la tesis neokantiana, aportaría al proceso de conocimiento jurídico un significado valorativo.

De esto deduce que la corriente neokantiana completo al positivismo jurídico "no modificando lo objetivo, sino añadiéndole lo subjetivo. Con lo anterior se llegó, como ha

explicado Mir Puig, a una solución de compromiso entre un dualismo formado por el ser y el deber ser.

Este dualismo se hizo presente durante toda la teoría neoclásica del delito, lo que llevo a mantener la concepción de que la acción debería interpretarse en su forma causal, tal y como se venía haciendo en el esquema naturalista, pero asimismo, se incluyeron los elementos subjetivos del tipo.

Surge de las anteriores argumentaciones una interesante problemática relacionada con la tentativa, entendida como una resolución del individuo para realizar el acto delictivo y como uno de los elementos subjetivos incluidos en el tipo de injusto; y, en caso de consumarse el evento, el dolo se ubicaría en la culpabilidad.

Al respecto, Welzel se interroga con las siguientes palabras, a la postre portadoras de su conocida teoría ¿Cómo podría depender de que el disparo de o no en el blanco, el que el dolo sea un elemento de lo injusto o de la culpabilidad?

Por otra parte, tomando en cuenta las explicaciones de Mir Puig, consideremos el hecho de que ya se empezaba a conceder un carácter valorativo de la antijuridicidad, esto es, se consideraba antijurídico el ato realizado fortuitamente, ya que se excluía la culpabilidad.

Finalmente, aun y cuando se creía superada la concepción psicológica de la culpabilidad definiendo esta categoría dogmática en función de sus sentido normativo, lo cierto era que seguía incluyéndose en la misma el dolo y la culpa, como componentes de la formulación psicologista aludida.

Todas estas contradicciones significaron para la dogmática jurídico-penal una actitud proteccionista del esquema que del delito habían construido en el positivismo naturalista von Liszt y Beling, que más que echar por tierra tal construcción dogmática lo que hizo fue introducir correcciones en el mismo.

Digamos pues, que en "el concepto causal de acción, la separación de antijuridicidad y culpabilidad como partes objetiva y subjetiva del hecho, respectivamente, la permanencia del dolo, de la culpa y del caso fortuito en la culpabilidad, son continuación del planteamiento naturalista, que ve en la causalidad el factor esencial de la acción porque ese es el punto de vista de la observación empírica, y se divide el hecho en parte objetiva y parte subjetiva porque esta es la división que a la primera vista aparece ante la percepción sensorial.

Edmund Mezger, considerado como uno de los penalistas más relevantes dentro de la corriente neokantiana, conjuga las aportaciones del sistema de von Liszt y Beling con una consideración valorativa del derecho penal, partiendo de que la antijuridicidad se da materialmente por una norma objetiva de valoración, o dicho de otra forma, significa que la

antijuridicidad contiene juicios de valor sobre determinados hechos regulados por la causalidad, en donde se deduce que la antijuridicidad debe entenderse pues, como una lesión objetiva de las normas de valoración.

Bustos Ramírez, al hacer la exegesis del pensamiento de Mezger, señala que el contenido adjudicado a la antijuridicidad queda totalmente inmerso en el injusto, uniendo además y sólidamente, tipicidad y antijuridicidad, a resultas de lo cual la tipicidad puede tener ciertos elementos de carácter normativo.

La culpabilidad, bajo una consideración valorativa, aparece como una lesión de la norma de determinación, o sea, que el individuo viola la norma de deber que le obliga subjetivamente.

El autor invocado concluye así el análisis: "lo valorativo traspasa todo el delito y absorbe a lo natural, por eso una causalidad valorativa o jurídica en el injusto y un proceso psicológico valorado o jurídico en la culpabilidad. En definitiva se ha vaciado de contenido a la aportación positivista-naturalista que ha quedado solo como una pura forma axiomática."

La evolución de la culpabilidad, al igual que la vivida por el injusto, presenta varios momentos relevantes, caracterizados por adiciones o complementaciones venidas del campo de la metodología o de la filosofía.

Así, por ejemplo, a la teoría naturalista-causualista del injusto se le añade la teoría de los valores y el neokantismo complementa al positivismo decimonónico; a la culpabilidad naturalista-psicológica, por otro lado, también se le incorpora la teoría de los valores; siendo de notar las consecuencias que dicha adicción trajo consigo: yuxtaposición de un carácter oficiante y retributivo a la culpabilidad, de donde surge una posición intermedia y con esta una fundamentación de la pena y de la medida de seguridad.

La concepción normativa de la culpabilidad tuvo lugar, pues, en el momento en que s dio el paso del naturalismo positivista al neokantismo.

Atrás quedaban las preocupaciones surgidas del deseo de explicar realidades naturalistas, internas o externas; en adelante, el interés se centraría en la investigación y comprensión del significado valorativo de los conceptos jurídicos, "la culpabilidad podía dejar de considerarse como un "hecho psíquico" para poder ser explicada como juicio de valor"

Con la aparición en el foro de la doctrina jurídico-penal del Tratado de Derecho Penal, de quien fuera profesor en la Universidad de Múnich, Edmund Mezger, se inicia una nueva etapa dejando de lado el positivismo, presente en muchas obras de la materia, entre otras la de von Liszt y, de alguna manera, las de Jiménez de Asúa.

Puede considerarse que la introducción de la filosofía de los valores al mundo de habla hispana, se produce gracias a la traducción que del texto de Mezger hiciera Rodríguez Muñoz.

Es indudable, pues, la determinante influencia del modelo alemán en cuanto a dogmática jurídico-penal se refiere, en la ciencia española y latinoamericana.

Particularmente, y en referencia a la concepción normativa de la culpabilidad, el nombre de Mezger es de forzosa mención por cuanto se le reconoce como uno de sus principales promotores.

La Teoría Normativa de la Culpabilidad en la Doctrina Alemana. Ante la insuficiencia que demostrara la teoría psicológica de la culpabilidad, el panorama del derecho penal se vio iluminado con la aparición de la teoría normativa de la culpabilidad.

Esta concepción surge en Alemania y reconoce a Reinhard Von Frank como uno de los principales artífices de la misma.

Sin embargo, no fue el único. A este nombre debemos añadir los de James Goldschmidt, Berthold Freudenthal y, por supuesto, Edmund Mezger quien, resumiendo las opiniones que le antecedieron, consolido la teoría normativa según la cual la culpabilidad pasaba a entenderse como juicio de valor, o, dicho de otra forma, como un juicio de reproche por la comisión del hecho antijurídico cuando era exigible el obrar de acuerdo a derecho.

A partir de esta corriente, el dolo y la culpa ya no serán considerados como inmersos en la culpabilidad, sino que dejan de verse como "la" culpabilidad, pasando a constituirse en necesarios elementos de esta pero no suficientes. Concretamente, podía darse la circunstancia de que concurriera el dolo y aun así eso faltase la culpabilidad, que es lo que sucede por ejemplo en el caso de la causa exculpante, en la que el dolo no es reprochable en atención a las llamadas circunstancias concomitantes.

La culpabilidad imprudente, por otro lado, puede concurrir sin que para ello sea necesario ese nexo psicológico, caso de la culpa inconsciente, en todo caso, y de forma concluyente, lo que importa es que la conducta sea reprobable yen la culpa inconsciente lo es, puesto que el individuo realiza la conducta sin cumplir con el deber de tener en cuenta el peligro.

Reinhard Von Frank. De acuerdo con la concepción de von Frank, constituye un error creer que la culpabilidad se agota en una mera relación psicológica entre autor y hecho, así como sostener que la culpabilidad pueda determinarse como un concepto comprensivo de dolo y culpa como sus especies. Según von Frank, una formulación psicológica tradicional resulta, a todas luces insuficiente, amén de incapaz de dar solución a los diversos problemas que la culpabilidad presenta.

En primer lugar considera von Frank que desde el propio lenguaje corriente, y con intenciones de medir la culpabilidad, se tienen en cuenta muchos otros factores independientemente del dolo o de la imprudencia, particularmente, las circunstancias en que el individuo actúa. Por ejemplo, es distinta la culpabilidad del contable de una empresa que se apodere del dinero que se le ha confiado, teniendo una mas que decorosa situación económica, sin familia, y con dispendiosas amantes, que la de aquel modesto cartero, que percibe poco sueldo, tiene una esposa enferma y varios hijos pequeños, que echa mano de aquello que no le pertenece.

Si bien es cierto, nos comenta, que los dos saben que se apoderan de forma ilícita de algo que no les pertenece, sin existir diferencia alguna respecto al dolo, habrá consenso en señalar que el contable tiene mayor grado de culpabilidad que el cartero. En todo caso, la culpabilidad de este último se vería disminuida por las circunstancias desfavorables o adversas en que se encontraba, y la del contable se vería agravada sensiblemente por esa buena situación económica que disfrutaba. Los casos producidos imprudentemente serán evaluados según las circunstancias que concurran en cada caso específico, más severa o benignamente.

Esquemáticamente, lo anterior podría ejemplificarse diciendo que será más culpable el guardagujas que prepara mal un desvió después de haber disfrutado un prolongado descanso y al inicio de su jornada laboral, que su compañero que comete el mismo fallo después de una agotadora y larga jornada de trabajo.

A fin de precisar la medida de la culpabilidad en los supuestos arriba señalados, “es necesario extender el concepto, haciendo entrar en el la imputabilidad y las circunstancias en que el hecho se produce, cuya normalidad es trascendental para el juicio de valoración (reprochabilidad). La culpabilidad resulta así de un conjunto de elementos de los que forman parte la imputabilidad, el dolo y la culpa (que son sus formas y no especies) y la normalidad de las circunstancias. Es evidente que el concepto de culpabilidad se robustece con la incorporación que al mismo se hace de la imputabilidad y de las circunstancias externas del hecho, siendo esta una de las más innovadoras e importantes aportaciones que a von Frank se deben.

Con los esfuerzos de von Frank por incorporar la imputabilidad, en calidad de elemento esencial de la culpabilidad, queda de manifiesto su franca oposición a la doctrina dominante, es decir, aquella que contemplaba una culpabilidad integrada solamente por el dolo y la culpa. A su juicio, la culpabilidad constituye un concepto complejo, que al mismo tiempo que el dolo y la culpa, lo integra también la imputabilidad como un elemento más, sin olvidar tampoco el papel determinante que juegan las circunstancias en las que el individuo desarrolla la acción. La palabra en la que se concentran todos estos elementos es la de reprochabilidad. Queda claro, entones, que la culpabilidad será, para este autor, la reprochabilidad del injusto típico.

Sintetizando, para que a un determinado individuo pueda formulársele un reproche por su comportamiento típico, deben cumplirse las siguientes condiciones: a) que sea imputable; b) que exista una relación psíquica entre autor y hecho, o bien, su mera posibilidad expresada como dolo o culpa, y c) que se dé la normalidad de las circunstancias en que el sujeto actúa.

En consecuencia, si un sujeto imputable realiza una determinada acción, en general se le puede formular tal reproche. Sin embargo, la reprochabilidad puede desaparecer ante el surgimiento del estado de necesidad en que las circunstancias concurrentes supongan un peligro para el acto o un tercero, del cual solo pueda evadirse realizando la conducta prohibida.

La teoría elaborada por von Frank, como hemos destacado, produjo relevantes cambios en la concepción tradicional de la culpabilidad y nada más expresivo para resaltar el avance indicado, que las palabras emitidas por Maurach, quien califico el producto intelectual de aquel como liberador de la "pesadilla del psicologismo".

Uno de los éxitos propios de la formulación examinada radica precisamente, en extender el concepto de culpabilidad a la consideración de las circunstancias en que tiene lugar el hecho típico, poniendo especial énfasis en el significado e importancia que estas tienen para el posterior juicio de culpabilidad o reprochabilidad.

Se ha criticado de la tesis de von Frank el que a partir de su teoría el concepto sustancial de culpabilidad habría sido sustituido por un concepto procesal, esto tomando como base las tres direcciones en que se investiga la culpabilidad, a saber, el dolo o la culpa; la imputabilidad y la motivación o condiciones externas en las cuales se ha formado la voluntad del autor del hecho, con los que se habla de aspectos procesales más que de aspectos sustanciales de la culpabilidad, y más si tomamos en cuenta que el juez, como actos preparatorios a la emisión de la sentencia y graduación de pena, investiga las direcciones aludidas.

Aun así, algún autor estima que dicha objeción carece de fundamento, puesto que si resulta claro que todas las nociones jurídicas sustanciales exigen una comprobación procesal, igualmente lo exigen los comportamientos humanos de parte de un juez, aunque ello no quiere decir que no se dé antes una valoración sustancial del concepto de derecho. Para Maurach, la culpabilidad "paso de ser un proceso subjetivo psicológico a convertirse en juicio de valoración objetivo; su sede paso de la cabeza del autor a la cabeza de otros".

James Goldschmidt. La concepción de von Frank se asume por buena parte del ambiente jurídico y no tardo en servir de soporte a otras nuevas consideraciones teóricas que vinieron a sumarle importantes aportes y matizaciones, como vino a ser el caso de James Goldschmidt a quien el pensamiento normativista reconoce como pilar fundamental de esta construcción doctrinal.

Basándose en la construcción teórica de su predecesor, Goldschmidt pretende precisar la característica normativa de la culpabilidad, que según él no puede consistir en la simple aceptación de esos elementos que conforman las circunstancias normales o de normal motivación, de las que hablara von Frank.

Para Goldschmidt, la fundamentación del concepto normativo de la culpabilidad debe buscarse en la diferencia que hay entre la norma jurídica *rechstnorm* y la norma de deber *pflichtnorm*, puesto que "la contravención a la norma de deber es lo que da contenido a la culpabilidad, pues es ahí donde juega papel importante el elemento de la normal motivación; es decir, el reproche se hace por no haberse dejado motivar por la representación del deber.

Este es precisamente el punto más original e igualmente más criticado de la tesis del autor que examinamos. Según Goldschmidt, la culpabilidad en su versión normativa se explica al modo de una relación que se establece entre la motivación y la norma de deber. Se trata, justamente, de la contravención al deber. El valor o disvalor de la motivación como punto de referencia para el juicio de reproche esta dado, no por la norma de derecho *rechstnorm* que determina la conducta externa, sino por la norma de deber *pflichtnorm* que exige una conducta interior o subjetiva.

A juzgar por lo anterior, se entiende que paralelamente a la *rechstnorm* que exige del individuo la realización de determinadas conductas externas, existen unas normas no expresas que imponen, de igual manera a cada uno, conformar su conducta interior de manera que esta se corresponda con las exigencias que plantea un cierto ordenamiento legal. Pero, dejemos que el mismo Goldschmidt nos explique qué entiende por normas de deber: "son siempre mandatos, nos indica, y rezan: hazte detener por la representación de que tu actuación de voluntad causaría un resultado prohibido, y hazte determinar por la representación de que tu actuación de voluntad causaría un resultado exigido, por supuesto, si no estás decidido a ella sin esta".

En cuanto a la culpa, Goldschmidt introduce el precepto precaución con el que quiere significar la debida representación del resultado al momento de llevar a cabo el hecho. Un ejemplo tomado a partir de la norma jurídica que ordena "tú no debes matar" quedaría, bajo los razonamientos del autor en cuestión, de la siguiente forma: hazte detener de esta actuación de voluntad por la representación de que ella causaría la muerte de otro; represéntate en el momento de la actuación de voluntad de efecto mortal, este efecto.

Considera también que así como se puede violar una norma jurídica y a pesar de ello no actuar el sujeto de forma antijurídica por darse una causa de justificación, puede darse asimismo la transgresión de una norma de deber y no considerarse culpable al individuo por dicha actuación cuando existe una causa inculpatoria. Así como el fundamento de las causas de justificación se localiza en el interés preponderante, también las causas de inculpabilidad se basan "en un motivo subjetivamente preponderante, es decir, en una motivación anormal,

en una situación en la que según las circunstancias no puede ser exigió al autor que se motive según el deber. Las normas de deber, afirma Goldschmidt, establecen el límite de las exigencias a la motivación, es decir la exigibilidad. Se infiere que, en caso de no dejarse motivar por esa representación del deber, a pesar de la exigibilidad, será, siguiendo el vocabulario propuesto por von Frank, reprochabilidad.

La exigibilidad, nos explica Sainz Cantero, se entiende en esta concepción, como aquel deber que presupone un poder, el cual existe en tanto que haya "dominio sobre el hecho, en el sentido de Hegler, esto es: imputabilidad, significado conocido o cognoscible (dolo o culpa) y motivación anormal. En el pensamiento de Goldschmidt, la motivación anormal no constituye el único presupuesto de la exigibilidad, y sin embargo, la motivación anormal si que es fundamento bastante para la no exigibilidad. En resumen, "la culpabilidad como modalidad de un hecho antijurídico es la atribución de tal hecho a una motivación reprochable" concluye Goldschmidt.

Berthold Freudenthal. Es otro de los autores que realizo valiosos aportes a la conformación de la corriente normativa de la culpabilidad.

Piensa que a fin de cubrir el espacio que media entre culpabilidad e inculpabilidad debe recurrirse al principio de la exigibilidad. La culpabilidad, según la entendió este autor, "es la desaprobación de que el autor se haya comportado en forma diferente" Pero, para llegar a esta conclusión Freudenthal hace algunas otras limitaciones que pueden ser de interés. Así, por ejemplo, critica la limitada concepción que hizo von Frank de las circunstancias concurrentes, ya que estas llegan más allá de la simple medida de la pena, esto quiere decir que son significativas al momento de decidir si el individuo actuó culpable o inculpablemente, "si se le debe hacer el juicio de reproche o debe ser absuelto".

Si, como apuntamos al principio, la culpabilidad para este autor es el reproche levantado contra un individuo por haber actuado como lo hizo pudiendo y debiendo haberse comportando de otra manera, se infiere que la idea de "poder" viene a ser decisiva para la culpabilidad. "Por eso, cuando el autor por las circunstancias en que ha actuado, le ha faltado capacidad para comportarse de otra maneras, no puede serle hecho el reproche de culpabilidad. Presupuesto de esta es que la representación del resultado haya podido y debido llegar a ser contramotivo, pues se le formula el reproche al agente por no haber hecho de sus representación un contramotivo que le apartara de la realización de la conducta contraria al deber.

Del pensamiento de Freudenthal queda claro que cuando no puede serle exigido al agente un determinado comportamiento, acorde con los preceptos de orden jurídico-penal, la culpabilidad desaparece. Esa determinación de no exigibilidad la fundamenta en criterios éticos individuales, los que, a su vez, tienen sostén en criterios legales y supralegales, y todo esto en virtud de que considera la no exigibilidad como una causa general y supra legal de

inculpabilidad. El mismo dice textualmente: "cuando se da el estado de necesidad, falta, con el poder del autor, la evitabilidad de la comisión, la reprochabilidad de la acción, la exigibilidad del no efectuar", o como puntualiza Sainz Cantero: falta la culpabilidad.

Según Cobos Vives, la remisión que hace Freudenthal a criterios éticos para definir la categoría de la exigibilidad, significa una barrera insalvable para la aceptación del sistema propuesto.

Digamos por último, que en este autor lo que viene a ser fundamentalmente es la amplia formula de inculpabilidad, a la que hace entrar todos aquellos casos que no caben en el estado de necesidad ni en otras situaciones no contempladas por el legislador y en las cuales podría exigírsele al autor del hecho típico un comportamiento apegado a derecho.

Eberhard Schmidt. Merece ser señalado también el pensamiento normativista de Eberhard Schmidt, quien a partir de las opiniones expresadas antes por los penalistas reseñados, extendió interesantes conceptos que pueden observarse en el Tratado de Von Liszt que el rescribió y puso al día.

El reproche de la culpabilidad, según este autor, no debe hacerse en los siguientes supuestos: a) que el autor del hecho sea inimputable; b) que se encuentre en un error excluyente del dolo y no exista culpa; y c) cuando previniendo o pudiendo prever el alcance real y jurídico de su acción, no puede serle exigida conducta distinta a la que se ha realizado, y esto pasa cuando la representación del resultado y la antisocialidad del mismo no sea un contramotivo. Schmidt define la culpabilidad como "la reprochabilidad de una acción antijurídica, en vista de la defectuosidad del proceso psíquico que le dio causa" Y para saber cuándo debe exigírsele al individuo el desarrollo de una conducta apegada a derecho, debe acudirse al caso en particular, en donde se hará el examen de aquellas circunstancias y motivos existentes y tener en cuenta, además, si en esas mismas circunstancias otro hombre hubiera actuado como el autor del hecho".

La corriente normativista de la culpabilidad adquiere una más sólida consistencia con el planteamiento hecho por Mezger y no sobra señalar que con la traducción de su Tratado, su teoría se difunde ampliamente no solo en España, donde fue vertida al español, sino también en Latinoamérica.

Edmund Mezger. Escribe Mezger que la culpabilidad es una situación de hecho psicológica, que en virtud de una valoración jurídica deviene en contraria al deber y por ende reprochable; dicho de otra forma, para que una persona pueda ser castigada, no es suficiente su proceder típico y antijurídico sino que, también se requiere que su acción pueda serle personalmente reprochable.

Es mediante el juicio valorativo emitido por el juzgador por el cual la realidad de hecho psicológica se eleva al concepto de culpabilidad. En ese sentido, dejemos que Mezger se explique, el señala: "el juicio de culpabilidad es, ciertamente, un juicio en referencia a una determinada situación de hecho y, en tanto, por consiguiente, un juicio de referencia, como se ha denominado en la bibliografía; pero tal referencia a una determinada situación de hecho no agota aun su naturaleza esencial propia, y solo en virtud de una valoración de cierta índole se caracteriza la situación de hecho como culpabilidad. La culpabilidad no es, por tanto, solo la situación fáctica como objeto del reproche de culpabilidad. En una palabra. Culpabilidad es reprochabilidad" concluye.

Respecto de esta construcción teórica, nos ofrece Bustos Ramírez una breve pero clara exegesis: para Mezger, la culpabilidad "es tanto un determinado contenido cuanto también un juicio de valor sobre ese contenido; es, pues su reprochabilidad; sus componentes son: la imputabilidad, que no es entonces un presupuesto de ella, una determinada relación psicológica del autor con el hecho, dolo o culpa, y la ausencia de causas especiales de exclusión de la culpabilidad (es decir, tanto las circunstancias acompañantes, la motivación normal o la exigibilidad no aparecen en forma positiva como una característica de la culpabilidad, sino en forma negativa, como exclusión de la culpabilidad)".

La culpabilidad según los razonamientos de Mezger es "el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan, frente al sujeto, la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. La acción aparece, por ello, como expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del agente" Po lo tanto, el sentido propio de la concepción normativa, a juzgar por su planteamiento, radica en que dicha teoría hace depender la culpabilidad de la desvaloración de la actitud interna del individuo con respecto de su acto en su totalidad y no de cualquier relación psíquica entre acto y resultado.

La Concepción Normativa De La Culpabilidad En La Doctrina Española. Con la traducción del Tratado de Mezger, pronto se dio a conocer en el ámbito doctrinal español la teoría normativa de la culpabilidad. No fueron pocos los penalistas hispanos que se sumaron a la legión de seguidores de esta corriente, al postre dominante en el mundo científico del derecho penal. Ya hemos señalado antes las interesantes obras que diera a conocer Sainz Cantero, discípulo que fue de Mezger, y en los cuales deja ver su deferencia hacia las concepciones normativistas propugnadas con fuerza por su maestro alemán.

Sin afán de agotar posiciones mantenidas por los penalistas españoles que asumieron la corriente normativista de la culpabilidad, y por considerar que una breve revisión, en líneas generales, de sus aportes o matizaciones viene a redondear nuestro estudio pasaremos a continuación a exponer, de forma un tanto sumaria, sus opiniones respecto al tema. De antemano digamos que, a pesar de que estos juspenalistas se pronunciaron sobre una misma corriente, sus criterios llegan a ser dispares entre sí (hecho que, en sí mismo, enriquece la

discusión doctrinal sobre la culpabilidad) lo que requiere, definitivamente, de un resumen que busque una esquemática visión de conjunto de las opiniones recogidas.

José Arturo Rodríguez Muñoz. Como es sabido, la traducción al español de la obra de Mezger fue realizada por Rodríguez Muñoz, siendo así el primer autor de habla hispana en abordar la cuestión de la teoría normativa de la culpabilidad. No se limitó, sin embargo, a la mera información del estado de la dogmática en Alemania, sino que plasmo sus opiniones en sus adiciones al Tratado traducido y luego en un artículo sobre la conceptualización de la culpabilidad en Mezger.

El planteamiento de Rodríguez Muñoz se hizo de cara al código penal. En su opinión, no son pocos los preceptos que integran el ordenamiento punitivo, que interpretados de cierta forma pudieran dar noticia de si la culpabilidad debe entenderse de acuerdo con la teoría psicológica, por esos días imperantes, o bien en sentido normativo. Tomando como punto de partida que los tratadistas alemanes, a fin de formular un concepto normativo de la culpabilidad, partieron de ciertos apoyos legales, estima que lo mismo puede hacerse en el derecho español. Estos apoyos los encuentra "en el encubrimiento entre parientes y en el miedo insuperable que le parece "el argumento legal de más fuerza", aunque advierte, con sobrada razón: "en modo alguno pretendo negar que la índole normativa de la culpabilidad en nuestro derecho sea "vinculada" y no libre; pero la realidad indudable de la vinculación no niega, antes bien presupone lógicamente, el carácter normativo."

Como una de las últimas consecuencias de la teoría normativista, cree que será la de la "judicialización" de la culpabilidad, la que dejara de ser un elemento del delito para ser algo agregado a él, "precisamente por el juicio valorativo del juez": a resultas de esto, asegura que no puede decirse de alguien que es "culpable" antes de que el juez haya dictado la consabida sentencia condenatoria.

Luis Jiménez De Asúa. Recientemente ha recordado Hans Heinrich Jescheck, en un artículo escrito en homenaje a Jiménez de Asúa, la ubicación que de si mismo reconocía el jurista español dentro de la ciencia jurídico-penal: el de intermediario entre la ciencia penal alemana y las española y latinoamericana. Pero, hay que señalarlo, esto es una verdad a medias: nadie puede negar con argumentos convincentes, que el magisterio y la producción científica de Jiménez de Asúa va más allá de ser simplemente intermediaria entre los sectores doctrinales de habla alemana e hispana. En buena medida sus traducciones, por ejemplo, sirvieron de apoyo a la difícil labor de investigación en la ciencia jurídico-penal, y sus consideraciones teóricas personales cumplieron con sobrada calidad un papel similar. Así pues, sus aportes a la ciencia que estudiamos, y en esto tiene razón Jescheck, deben ser vistos con el prisma del momento histórico cultural en que vieron la luz. En este sentido, recordemos su primigenia filiación psicologista, motivada quizás por la relación académica mantenida con su maestro

Von Liszt, filiación que es modificada en 1931 a favor de la corriente normativista impulsada enormemente por Mezger, penalista del que recibió su magisterio.

En su tratado, la culpabilidad es concebida dentro del esquema que ofrece la teoría normativa. Así, en sentido estricto, considera que la culpabilidad es "el reproche que se hace al autor de un concreto acto punible, al que le liga un nexo psicológico motivado, pretendido con su comportamiento un fin, o cuyo alcance le era conocido o conocible, siempre que pudiera exigírsele un proceder conforme a las normas" Una definición un tanto más concreta es la que ofrece en su obra La ley y el delito, en donde define a la culpabilidad "como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica."

Correctamente ha señalado Sainz Cantero que si en la doctrina española es Rodríguez Muñoz el primer normativista, a Jiménez de Asúa corresponde el mérito de haber sido uno de los más eficaces expositores y difusores. El propio Jiménez de Asúa explica su adhesión a la teoría normativa diciendo que, si la esencia de la teoría normativa de la culpabilidad radica en la "exigibilidad", al pronunciar la palabra "reproche" queda clara su afiliación a tal dirección, dado que, se entiende, solo es reprochable algo a alguien cuando no ha cumplido con una determinada exigencia, en este caso de tipo normativo.

Con su expresión "nexo psicológico motivado", nuestro autor estima haber dado un paso hacia adelante con el que entra de lleno en el ámbito regido por la culpa *latu sensu* que demanda imputabilidad, dejando atrás con ello a la mera atribuibilidad.

Respecto al fin en el comportamiento del agente, se refiere al dolo, y, según su dicho, se contenta con la culpa (sea consciente o inconsciente) al hacer constar que "si el sujeto no procede en prosecución de ese fin, ha de conocer al menos el alcance de su comportamiento o ha de haber podido conocerlo" La culpabilidad, según queda definida, es un concepto eminentemente jurídico de ahí que afirme nuestro autor, resulta francamente descartable la posición de algunos otros penalistas de adjudicarle una caracterización moral.

En la concepción de Jiménez de Asúa la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad; no se trata de un carácter, sino del presupuesto previo de capacidad psicológica del sujeto. La imputabilidad, respecto de la culpabilidad, puede ser contemplada como una suerte de "estado" permanente (o al menos duradero) y representa una "aptitud" o capacidad; por contrapartida, el considera que la culpabilidad, por versar sobre el acto en concreto, es una "actitud". Lo anterior se advierte en la faceta negativa de la culpabilidad, esto es, la enajenación (causa de inimputabilidad) es aquel "estado" del individuo que le hace incapaz o "inepto" por siempre o por un determinado tiempo; el error, en cambio recae sobre el mero acto y se refiere, consecuentemente, a ese comportamiento concreto, a su momentánea "actitud".

Para Mezger, actúa culpablemente el individuo cuando: 1º. Es imputable; 2º. Cuando procede con dolo, o, en determinados casos, culposamente, y, 3º. Cuando no hay en su favor causas de inculpabilidad. El autor hispano, al levantar su crítica a las posiciones del profesor alemán, nos deja ver cuál es el criterio que según él debe prevalecer, por tanto escribe: "es erróneo el primero, porque la imputabilidad, no es un carácter sino el presupuesto previo de capacidad psicológica. Es igualmente falso el segundo, porque el dolo y la culpa son especies y no caracteres de la culpabilidad. El tercero tampoco es una característica, como no lo es de la antijuridicidad la ausencia de justificación, sino el aspecto negativo de la culpabilidad y consecuencia de su índole normativa".

A partir de los nuevos horizontes que marcan los trabajos de Alexander y Staub por cuanto hace a la aplicación de algunos principios del psicoanálisis a la teoría del delito, Jiménez de Asúa admite como elemento necesario para la culpabilidad la imputabilidad, entendida como la facultad de conocer el deber.

Y, siguiendo por el sendero trazado por Mayer, viene a definir la imputabilidad como aquella "posibilidad condicionada por la salud mental y el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente", argumento con el que viene a reforzar su negación del primer enunciado de Mezger.

Respecto del punto segundo, se declara abiertamente en contra de la tesis que pretende negar la naturaleza de "especies" de la culpabilidad al dolo y la culpa. Tanto en la intención como en la negligencia, como especies del psicologismo propio del hecho concreto, debe empezar por recaer el juicio para el reproche, lo que de ninguna manera supone que dolo y culpa constituyan "elementos" de lo culpable sino especies resultantes del enjuiciamiento para la reprobación. Categóricamente, afirma que no es posible la existencia de una culpabilidad independiente del dolo o la culpa ya que "el género culpabilidad ha de encarnar en una de las especies: dolo y culpa".

En Jiménez de Asúa, la culpabilidad no es un mero proceso de carácter psicológico, cognoscitivo y volitivo; representa, eso sí, un proceder de motivación reprochable por parte del individuo.

No es suficiente, sin embargo, con el elemento psicológico del dolo o la culpa, sino que, además, se requiere el examen de aquellos motivos del agente, dado que estos nos llevaran a los más profundos estratos de su carácter y a la peligrosidad revelada, todo ello con la finalidad de determinar en su justa graduación la culpabilidad o reprochabilidad del inculpado.

En este sentido, y sumando todos estos elementos nos encontraremos exactamente en el centro del asunto: la exigibilidad. Y sobre esto ha dejado señalado que solo lo exigible es reprochable, es decir, "que únicamente es culpable aquel a quien pudiéramos exigir que

procediera de otro modo a como lo hizo al vulnerar la norma. A saber, que se condujese de acuerdo con las pretensiones del derecho expresadas no en una norma autónoma del deber; sino en su antijuridicidad tipificada, que del lado del agente se contemple como oposición al deber de respetar la norma de cultura".

Eugenio Cuello Calón. En la quinta edición de su texto Derecho penal, Parte general, aparecido en 1940, podemos advertir la militancia de Cuello Calón en las filas de la teoría psicológica de la culpabilidad. No puede olvidarse que durante algún tiempo este autor fue discípulo de von Liszt, con lo cual no debe extrañarnos que su planteamiento primario sobre el concepto de culpabilidad haya seguido los pasos del psicologismo.

En la obra señalada afirma que "una acción es culpable cuando a causa de las relaciones psíquicas existentes entre ella y su autor debe serle jurídicamente reprochada". Según el, ese reproche se concreta en el campo en el campo del derecho punitivo en la responsabilidad criminal exigida al agente del hecho delictivo como una condición previa para la posterior imposición de una pena; de tal manera que "para que un individuo sea penado no basta que su acto sea antijurídico y típico, es preciso, además, que le sea personalmente reprochable"

Más adelante, en esa misma obra, concreta su definición argumentando que cualquiera que sea la doctrina que sobre la culpabilidad se acepte, esta no es más que una relación psíquica de causalidad entre el agente y su hecho. Los supuestos previos serán: imputabilidad y responsabilidad. La primera, según sus razonamientos, se refiere a un determinado estado espiritual del agente, es decir, "a un conjunto de condiciones psíquicas existentes en el momento de la ejecución del hecho, que la capacitan para responder de el ante el poder social".

De otro lado, será responsable el imputable que a causa de la realización de un hecho punible debe responder del mismo, de donde la responsabilidad viene a ser "el deber jurídico que incumbe al individuo imputable de dar cuenta realizado. Por tanto, mientras la imputabilidad es una posibilidad la responsabilidad representa una realidad"

A pesar de que expone un concepto normativista de la culpabilidad introduciendo una visión valorativa de la esencia de la misma, como hemos podido observar, Cuello Calón mantiene un contenido psicológico del hecho como objeto de valoración.

Como ya sabemos, Cuello Calón pasa a engrosar el grupo de los juristas españoles que se suman a la corriente normativa de la culpabilidad. Y es precisamente en las nuevas ediciones de su conocida obra, revisada y puesta al día por Cesar Camargo Hernández, donde apreciamos ya su orientación normativista. Siguiendo las mismas líneas de su inicial obra, señala que una acción puede ser considerada culpable cuando a merced al vínculo psíquico entre ella y su autor puede ponerse a cargo de este y serle, además, reprochada. En la culpabilidad, y aquí es donde se aprecia su cambio de orientación, existe aparte de una

relación psicológica entre el individuo y su hecho "un juicio de reprobación de la conducta de este motivado por su comportamiento contrario a la ley, pues al ejecutar el hecho que esta prohíbe ha quebrantado su deber de obedecerla. Se reprocha al agente su conducta (Frank) y se reprueba esta porque no ha obrado conforme a su deber (Goldschmidt).

De acuerdo con las ideas expresadas, para Cuello Calón la culpabilidad será "el juicio de reprobación por la ejecución de un hecho contrario a lo mandado por la ley" Al extenderse en su explicación, indica que mientras que el reproche contenido en la culpabilidad como elemento del delito, recae exclusivamente sobre la relación de causalidad psíquica que existe entre el agente y su hecho, el juicio de culpabilidad por su parte, recae sobre el acto aislado. En cuanto a la peligrosidad y al carácter antisocial demostrado por el agente, no considera que los mismos sean fundamento de la culpabilidad y por ello causa de absolución o condena, influirán, eso sí, en la medida de la pena o en la adopción de medidas de seguridad.

Al cambiar su concepto de culpabilidad, como es lógico suponer, también lo hizo en el de imputabilidad, la cual paso a ser el más importante elemento de la culpabilidad, y su supuesto previo; de faltar esta no se concibe aquella. La imputabilidad se refiere a un modo de ser del actor, a un estado espiritual del mismo, teniendo como fundamento el concurso de determinadas condiciones psíquicas, biológicas y hasta morales, que son exigidas por la ley con el fin de que responda de los actos típicos cometidos. En síntesis, es la capacidad de conocer y de querer. Es la capacidad de culpabilidad.

José Antón Oneca. Para conocer la formulación que sobre la culpabilidad tenia Antón Oneca hay que tener presente que fue discípulo de Jiménez de Asúa, que en su obra se advierten las influencias de von Liszt en el apartado de lo político-criminal y en el tratamiento del delito y de la pena, y que Mezger le influyo en el plano de la dogmática y de la teoría normativa de la culpabilidad. Así que, tomando la opinión de Mezger, el que fuera catedrático de la española Universidad de Salamanca, señala que la culpabilidad consta: "de un estado o capacidad del sujeto (condiciones de imputabilidad), de una actuación anímica en relación con la acción antijurídica (dolo y culpa) y de la ausencia de causas de inculpabilidad.

En otro lugar afirma que la culpabilidad constituye el juicio de reproche que hace el juez o la comunidad. Por medio de esa valoración se atribuye la conducta antijurídica al individuo que la realizo. De lo anterior se deduce que no basta el mero nexo psicológico entre el individuo y su acción típica, es necesario, además, considerar que el sujeto es reprochable por ese nexo; evidentemente, lo anterior presupone la imputabilidad del sujeto y se excluye por las causas de inculpabilidad.

Elementos de la culpabilidad serán: la imputabilidad, la actuación de la voluntad, expresada en el dolo o la culpa, y la exclusión de causas de inculpabilidad. Señala asimismo, que la teoría normativa de la culpabilidad tiene la ventaja de incluir sistemáticamente la imputabilidad y las causas de inculpabilidad, que son desplazadas en la corriente psicológica.

La culpabilidad es, finalmente, "la valoración fundamental de carácter subjetivo del acto antijurídico, por lo que se atribuye el mismo al autor y se reprocha el haber ejecutado. La culpabilidad fundamenta la responsabilidad penal y por ello la pena: lo que se expresa en el principio *nulla poena sine lege*, paralelo en su formación al de legalidad. Las formas de culpabilidad que reconoce el autor en glosa son el dolo y la culpa las que, por faltar en nuestro idioma un término que pueda comprender las dos formas o grados se recogen en el de culpabilidad.

José Antonio Sainz Cantero. "El trabajo que comprende este libro se inició en Alemania a finales de 1956, dirigido por el Profesor Edmundo Mezger" Con estas palabras comienza Sainz Cantero el prólogo de su libro la exigibilidad de conducta adecuada a la norma en derecho penal, donde, además de reconocer del profesor de Múnich el magisterio recibido, exhibe una inclinación a favor de la teoría normativa de la culpabilidad que en su momento propugnara su maestro. Después de hacer un recorrido por las diferentes opiniones vertidas por los representantes de la doctrina española en torno a la corriente normativista, nos deja saber cuál es su particular concepto de la culpabilidad. Señala que dentro del marco que ofrece el derecho positivo "solo podrá hacerse el reproche de culpabilidad al autor de un acto antijurídico cuando sea imputable, exista una determinada forma de culpabilidad (dolo o culpa) y le pueda ser exigida una conducta adecuada a la norma.

En posteriores publicaciones sigue considerando la culpabilidad como un juicio de desvalor que recae sobre el acto típico y antijurídico que puede ser atribuido a su autor. Se reprocha al agente, con el juicio de desvalor, ese comportamiento suyo perpetrado contra lo mandado por el ordenamiento positivo pudiendo comportarse de acuerdo con lo que el mismo dispone. Asimismo, los elementos integrantes de la culpabilidad siguen siendo la imputabilidad, el dolo o culpa y la exigibilidad de otra conducta. Teniendo como punto de referencia al sistema causalista, con el libre arbitrio de fondo, pone de relieve el contenido de la voluntad del individuo que realiza la acción típica y antijurídica, lo que importa saber es, pues, si el agente quiso o no realizar la conducta o el resultado típico o, bien, si los previo o pudo hacerlo.

Antonio Quintano Ripolles. El planteamiento que sobre la culpabilidad propuso, es sumamente original, ya que introduce nuevos elementos a la doctrina partiendo de consideraciones hechas desde el campo de derecho procesal. En su opinión, y habiendo descartado la posible aplicación del concepto normativo de culpabilidad en el ordenamiento sustantivo, es en el derecho procesal donde las perspectivas para la teoría de la culpabilidad son muchas y estas se concentran en uno de los momentos culminantes de la actividad procesal, es decir, en el pronunciamiento de sentencia. Este aspecto ha sido descuidado por los tratadistas y, sin embargo, es ahí en donde posiblemente se encuentre la solución al problema, claro está, siempre desde la óptica de la teoría normativa. El propio Quintano Ripolles, al abundar en el tema, añade: "a poco que se cale la estructura de la sentencia

criminal es de observar una correlación inmediata entre su realidad existencial y viva y la conceptual formal del delito. Merced a la sentencia, lo flotante y formal de los conceptos se encarna definitivamente nutriéndose de sustancias ónticas, antes que ninguna otra, de la justicia, la cual ha de perseguir primordialmente el fin de estimar la culpabilidad o no culpabilidad del reo, es decir del "inculpado".

Quintano Ripolles en desacuerdo con Beling, pone de relieve la en absoluto convincente pretensión de separar la noción de culpabilidad en lo procesal, considerándola sinónimo de responsabilidad y aun de punibilidad de la misma en el terreno del delito, en tanto que es un elemento del acto punible.

Es en la sentencia o fallo donde radica la "quintaesencia" de lo valorativo y con ello la creación judicial de la culpabilidad como un todo. En este sentido, cabe preguntarse si se trata de una creación o de una mera declaración, siendo en este punto donde se sitúan frente a frente, las corrientes psicologistas y normativista.

Enemigos del normativismo como von Hippel en Alemania, Maggiore en Italia y el padre Pereda en España, han ubicado en este lugar el centro de sus objeciones y han argumentado que la decisión del juez es meramente declarativa de algo prexistente y, por lo tanto, no es creadora de culpabilidad como opinan los normativistas.

Frente a la crítica de los "antinormativistas" respecto a que la culpabilidad radica no es la cabeza del agente, sino en la del juez, Quintano Ripolles comenta: la idea de culpabilidad como juicio de valor que es, "puede constituirse en el alma del propio culpable, ciertamente, pero esto es más bien excepcional y, en todo caso, irrelevante prácticamente para el mundo del derecho " Aunque la culpabilidad provenga de hechos y conductas personales no es un producto natural de ellos, sino de una estimación o valoración ajena, es, por así decirlo, el producto de una valoración de la sociedad. Mientras el juez no dicte la consabida sentencia condenatoria, la culpabilidad de un determinado individuo puede estar "flotando" en el ambiente de tal manera que, si se afirma que ese individuo es culpable antes de que la sentencia judicial se haya pronunciado, se está cometiendo un delito de calumnia.

Aun cuando en la mesa del juzgador se hallen los hechos, los elementos personales del agente, la imputabilidad, la antijuridicidad y suministrada la norma de tipificación, el juez deberá poner algo que es estrictamente suyo, en concreto de su mente y conciencia. "Ese algo, indica Quintano Ripolles, es lo que hace surgir un tanto misteriosa y místicamente la culpabilidad, que sin dicha operación no se gesta y que por lo tanto, carece de vida", mas adelante, y en directa referencia a los críticos del normativismo, continua argumentando: "…que esto no sea crear, sino declarar es ya disputa de puro léxico en que lo caprichoso no puede ya ilícitamente imputarse al normativista".

Para este autor, el dolo y la culpa son considerados como especies de la culpabilidad. Esto no es consecuencia del imperativo contenido en la norma positiva, ni siquiera deviene de una concreción expresa o excepcional de esta, sino de una valoración judicial ante cada caso en particular. Esa posibilidad de elección, "y nada tan valorativo como el acto de elegir", afirma, exalta el rango de la culpabilidad en su concepción normativa con las amplias perspectivas de decisión con que cuenta el juez al momento de dictar sentencia. En resumen, la culpabilidad para Quintano Ripolles es: "la medida axiológica de una totalidad de elementos que únicamente al juez sentenciador compete soberanamente estructurar y dar vida jurídica", y tiene como condición previa la imputabilidad.

José María Rodríguez Devesa. El concepto que ofrece de culpabilidad puede ser reputado de normativista aun y cuando afirma, contrariamente a lo expuesto por Mezger con la corriente psicológica, que un concepto estrictamente normativo no ha existido nunca porque la culpabilidad está anclada en la acción típica y antijurídica, es, dice, un atributo de la acción. Reconoce que la culpabilidad, en razón de lo anotado, posee una naturaleza eminentemente subjetiva. La culpabilidad radica en esa actitud psíquica, subjetiva, que se integra por los motivos (partes integrantes motivadoras de la culpabilidad), las decisiones de voluntad que ha tomado el agente o ha dejado de tomar (partes integrantes motivadoras de la culpabilidad), las decisiones de voluntad que ha tomado o dejado de tomar el agente (partes integrantes psicológicas) y los elementos subjetivos del injusto, que de no computarse también en la culpabilidad no podrían ser imputados.

La culpabilidad tiene como fundamento, según su personal concepción, la idea de la libertad humana. Afirma que el agente podrá ser considerado culpable cuando pudo haber actuado de otra manera a como lo hizo, esto es, cuando pudo haber adecuado su conducta a los mandatos legales y ceñirse al deber jurídico de proceder de otro modo.

El derecho, y en particular el derecho penal, se estructura sobre la idea de que el hombre es un ser libre y que esa libertad se eleva a la categoría de bien jurídico y por ello merecedor de protección penal. "Es más, sin la idea de la libertad resulta imposible construir el concepto mismo de delito, puesto que donde no hay libertad falta no ya la culpabilidad, sino la acción: si el hombre está sometido de modo inexorable a férreas leyes físico-naturales, desaparece toda posibilidad de diferenciar el comportamiento humano de cualquier acontecimiento del mundo inanimado. Las leyes penales descansan sobre un concepto de libertad que se expresa en sentido negativo: en la ausencia de coacción, exactamente. Se infiere, pues, que es libre quien no actúa coaccionado. Con lo dicho, no se responde a una interrogante de orden metafísico, puesto que sigue en pie la pregunta que inquiere sobre si el sujeto estaba o no predeterminado a actuar como lo hizo.

Llega así Rodríguez Devesa a conceptuar la culpabilidad: "actúa culpablemente el que con arreglo al ordenamiento jurídico pudo proceder de otra manera a como lo hizo, es decir, el que pudo abstenerse de realizar la acción típicamente antijurídica.

Juan Del Rosal. Otro normativista español, Del Rosal, define la culpabilidad, siguiendo expresamente los postulados de Mezger, como el reproche que se dirige contra una determinada persona "a causa de que pudo comportarse de manera distinta" Este juicio de valoración en que consiste la culpabilidad no radica en la cabeza del juzgador sino en la norma, con lo que se da el quebrantamiento de un deber que es requerido por la norma jurídico-penal. Los elementos de la culpabilidad son: la imputabilidad, sus formas son el dolo y la culpa, y también contempla la ausencia de causas de inculpabilidad.

Reduce a cuatro los fundamentos de la culpabilidad: antropológico, dogmático, ético y empírico. Pero, argumenta que cualquiera que sea la concepción que de culpabilidad se asuma, sea como imputación subjetiva o bien como reprochabilidad, siempre estará presente la personalidad del agente toda vez que, es el sentido del hecho mismo y la referencia al sujeto lo que confiere consistencia al juicio de culpabilidad, cuando no hasta la estructura de la misma.

Tras la rápida visión de los autores normativistas españoles, es evidente que a pesar de estar adscritos a una misma teoría difieren entre sí en algunos aspectos de la misma.

El fundamento material sobre el que descansa la concepción normativa de culpabilidad se finca en el libre albedrio, en la libertad de voluntad del hombre, la culpabilidad se contempla, entonces, como el juicio de reproche que se levanta contra un sujeto por la ejecución de un hecho típico y antijurídico cuando le era exigible ajustar su comportamiento a derecho. Por otra parte, dolo y culpa siguen considerándose inmersos en la culpabilidad sin que sean la culpabilidad misma, aunque autores como Quintano Repolles y Jiménez de Asúa hayan reivindicado frente a un sector algo numeroso su calidad de especies y no de elementos como opinaban otros. En el caso de la culpabilidad inconsciente, sucede lo mismo que en la imprudencia, donde "lo decisivo es que la conducta sea reprochable y en la culpa inconsciente lo es porque el sujeto actúa sin cumplir el deber de advertir el peligro".

Conviene señalar, por último, como característica de esta teoría normativa, la incorporación al momento de hacer la exegesis de la culpabilidad, de una visión valorativa. De igual modo, mantuvo el contenido psicológico del hecho como un objeto más de valoración. "Más que un cambio de los elementos integrantes de la culpabilidad, nos explica Mir Puig, que continuaban girando fundamentalmente en torno al dolo y la culpa, se produjo sobre todo una reinterpretación del significado de la culpabilidad. Del mismo modo que el concepto neoclásico de delito no abandono el concepto causal de acción, sino que se limitó a entenderla en términos valorativos, mantuvo para la culpabilidad el contenido sistemático propio del causalismo.

La Culpabilidad Normativa y la Teoría Finalista de la Acción. La teoría finalista de la acción, cuya simple invocación nos hace recordar a Hans Welzel, su creador, también propone una concepción normativa "pura" de la culpabilidad, surgida del rechazo total del naturalismo causalista y del naturalismo psicologista así como del producto de las elaboraciones de la teoría final de la acción. Debe destacarse, sin embargo, que el sentido que adquiere esta nueva concepción es totalmente diferente a la sugerida por los autores precedentes y ello en razón a la trascendental modificación introducida en el ámbito de la teoría del delito. En adelante, según el finalismo, dolo y culpa pasan a constituir elementos del injusto.

Maurach ha ponderado como mérito de esta doctrina el haber dado realidad a la primera construcción normativa de la culpabilidad, la cual, habiendo sido despojada de todas las características psicológicas, viene a constituirse exclusivamente como un enjuiciamiento del proceso de motivación y sus componentes son puras valoraciones.

Para Welzel, la culpabilidad se fundamenta en la posibilidad del autor de actuar de manera diferente, esto es, en la libertad de voluntad para motivarse de acuerdo a la norma.

Como queda dicho, con las aportaciones de la teoría final de la acción y del rechazo total de las corrientes psicologista y causalista, surge la concepción normativa "pura" de la culpabilidad. Pero, en atención a la sistemática que hemos utilizado en apartados anteriores, y pretendiendo una mejor exposición del tema, creemos conveniente reseñar brevemente el paso de la metodología neokantiana al finalismo y pasar luego al análisis de la culpabilidad normativa de la doctrina finalista.

El Transito del Neokantismo al Finalismo. Siguiendo las argumentaciones de Mir Puig, el estudio del finalismo puede hacerse, con mejor provecho para nuestros intereses, haciendo a un lado ese vergonzante "paréntesis irracionalista" del nacional-socialismo representando por la Escuela de Kiel, puesto que esta corriente por fortuna consiguió como accesoria la suerte de lo principal, es decir, desapareció con el régimen político que le dio vida. No sucedió esto con el finalismo facturado por Welzel y seguido por un buen sector doctrinal en el mundo jurídico-penal.

Es innegable que la paternidad del finalismo corresponde a Welzel, pero es igualmente cierto que otras plumas de analistas del derecho penal han contribuido en la conformación del finalismo.

Graf Zu Dohna, por ejemplo, considero que lo esencial para la acción es la realización de la voluntad, y fuel el, precisamente, quien primigeniamente traslado el dolo de la culpabilidad al tipo y constituyo así el subjetivo.

Otro importante aporte lo suscribe Weber. Según el, junto a los tipos obtenidos en sentido causal, se encuentran otros tipos en los que el legislador ha considerado la finalidad que perseguía el individuo que ejecuta el hecho, consideración con la que en 1929, apenas un año antes Welzel, se viene incluir el dolo dentro de la acción típica. Para Wolf, el dolo y la culpa son formas psíquicas del acto de resolución y son relevantes para el concepto de acción y no para el de culpabilidad. En opinión de Mayer la acción es desde un principio de naturaleza final, lo que da lugar a la diferenciación estructural entre el tipo de los delitos dolosos y el de los culposos.

En 1930 Welzel sienta las premisas metodológicas del finalismo, pero no es, sin embargo, hasta nueve años después cuando sus consecuencias alcanzan plenitud en la teoría del delito ubicándose luego, al término de la Segunda Guerra Mundial, en un primer plano dentro de la ciencia penal.

Es en un trabajo de Welzel titulado "Studien System des Strafrechts" en donde ya aparece formulada de manera completa la teoría finalista. Las repercusiones de esta formulación se apreciaron tanto en la teoría del delito como en el plano metodológico. Se ha dicho que la verdadera contribución welzeliana se aprecia más que nada en el ámbito metodológico, puesto que su aporte consiste en haber sometido la ley a estructuras ontológicas y en haber puesto en claro la estructura de la acción.

Por otra parte, están las consecuencias que a nivel de la teoría del delito tuvieron lugar, principalmente, por lo que hace a la concepción de la acción humana la que paso de ser entendida de modo causal a modo final. A continuación se comentan los cambios referidos.

El método neokantiano partía de la base de que el conocimiento científico, sea de las ciencias naturales o del espíritu, está condicionado por categorías apriorísticas de la mente del individuo, esto es, el método seguido por el neokantismo es esencialmente subjetivo. Para esta concepción, no es el objeto lo que distingue las diversas clases de conocimiento científico, sino el método, de donde se dice que los valores no radican en el objeto mismo, sino que son el resultado de la aplicación al objeto mismo, sino que son el resultado de la aplicación al objeto de las categorías a priori del individuo; en síntesis: "los valores no provienen del objeto, sino del método, y lo que es más importante, no son objetivos, sino subjetivos".

Siguiendo esta ruta, sabemos que del subjetivismo neokantiano se pasa al relativismo valorativo, siendo estos dos puntos en los que se centra la crítica de Welzel. El paso del subjetivismo al objetivismo viene a constituirse en el pilar básico metodológico sobre el que se levantaría la teoría del delito del finalismo. "La sustitución del relativismo valorativo por la afirmación de "verdades eternas" y de "estructuras lógico-objetivas" es la clave de bóveda de la filosofía jurídica de Welzel".

Para los defensores de la metodología neokantiana es el método y no el objeto el que determina el conocimiento. Welzel por su parte, opina exactamente lo contrario, según el los neokantianos piensan que las cosas son como se perciben por cada uno de nosotros, los finalistas, en cambio consideran que el conocimiento no puede entenderse como configuración de un objeto por el modo en que nosotros lo observamos. El conocimiento así entendido sería una mera transformación o falsificación de lo que objetivamente se ha dado, esto significa, en pocas palabras, que conocer solo puede ser comprensión del objeto tal y como es.

Tenemos, entonces, que el objeto de conocimiento propio de cada ciencia es siempre el mismo, pero lo que cambia es la consideración de aspectos particularísimos que cada ciencia hace del objeto. Nada mejor que las palabras del mismo Welzel para resumir lo anterior: "no ha de determinarse el objeto según el método, sino el método según el objeto", conclusión con la que está de acuerdo Mir Puig cuando afirma que "hay distintos métodos, pero no configuran un mismo material amorfo, sino que se refieren a distintos aspectos del objeto. En ningún caso nos es dado algo amorfo que requiera ser configurado ulteriormente, sino que es nuestro saber del objeto lo que primero ves amorfo y paulatinamente se configura.

Las reflexiones metodológicas de Welzel le llevan a conclusiones de importante signo para el derecho penal.

Una de estas es sin duda, la adjudicación al derecho penal de la consideración final de la acción. "La acción humana es, expresada con palabras de Welzel, ejercicio de actividad final. La acción es, por eso, acontecer "final" no solamente "causal". La "finalidad" o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, proponerse por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines.

"En virtud de su saber causal previo puede dirigir los distintos actos de su actividad de tal modo que oriente el acontecer causal exterior a un fin y así lo sobre determine finalmente. Actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin, sino que es la resultante causal de los componentes causales existentes en cada caso. Por eso, la finalidad es, dicho en forma gráfica, "vidente", la causalidad "ciega". La finalidad tiene como base a la capacidad de voluntad de prever las consecuencias del acto causal y, gracias a esto dirigir su acto en consonancia con un plan a la consecuencia de un fin. Así, pues, confirma nuestro autor, es la libertad de voluntad la piedra angular de la teoría final de la acción.

Una de las consecuencias que más nos interesan de la concepción que venimos examinando ya se adelantaba líneas atrás; el dolo, elemento de la acción, se ubicara no en la culpabilidad como sucedía hasta ese momento, sino que por el contrario, su nuevo lugar lo encontraría en el tipo. El dolo quedo así reducido a la voluntad y al conocimiento de la efectiva ejecución del

tipo objetivo. Dolo y culpa dejan de ser considerados como meros elementos o formas de la culpabilidad, ya que desde el momento en que uno u otro son momentos constitutivos de la acción y dl tipo de injusto personal, pasan a pertenecer a la acción y al tipo, saliendo de esta manera de la culpabilidad. De esto surge, desde el ámbito que preside la tipicidad, y a diferencia del esquema causalista tradicional, una importante distinción entre delitos dolosos y delitos culposos o imprudentes. Tal planteamiento es de destacar, sobre todo si tenemos presente que en el esquema tradicional, el dolo y la culpa eran formas o especies de la culpabilidad.

Otra relevante consecuencia es la que diáfanamente ha recordado Gilbernat Ordeig: el dolo del finalismo no es el mismo que el de la teoría tradicional. Mientras que el de la corriente tradicional es un *dolus malus*, el del finalismo es un dolo neutro. El llamado *dolus malus* o dolo forma de culpabilidad se integra, por una parte, por el conocimiento y voluntad de los elementos del tipo, y por otra de la conciencia de la antijuridicidad, de donde se entiende que según la concepción causalista un hecho puede ser doloso, bien por falta de conocimiento de algún elemento del tipo, bien por falta de conciencia de la antijuridicidad. El dolo natural propuesto por el finalismo pasa a formar parte del injusto, y ya no forma parte del conocimiento de la antijuridicidad, puesto que tal conocimiento pasa a integrar la culpabilidad, con lo que el dolo natural deja de ser valorativo.

En resumen, entre finalismo y causalismo, por lo que se refiere a la culpabilidad, existen notorias diferencias, las cuales han sido resaltadas por Gimbernat Ordeig con las siguientes palabras: "mientras que para aquel, se refiere al sistema tradicional, el dolo aparece en la culpabilidad estando integrado por conocimiento del tipo y de lo injusto, para los finalistas, en la culpabilidad solo se examina la conciencia de la antijuridicidad, pues el dolo, el dolo neutro, ha quedado incorporado a la tipicidad.

Tanto el error de prohibición como el error de tipo experimentaron significativas interpretaciones desde la óptica finalista. Por ejemplo, ante la ausencia de uno de los elementos del dolo típico, esto es, al faltar el conocimiento de la antijuridicidad de los hechos, según la doctrina causalista estaremos en presencia de una falta de dolo, y si este error es de los llamados "evitables o vencibles" perdura la responsabilidad imprudente. La doctrina finalista, sin embargo, dirá al respeto que hubo una conducta dolosa tomando en consideración que el error de prohibición en el finalismo afecta exclusivamente a la culpabilidad del tipo doloso cometido. Pero, si el error de prohibición pertenece a los denominados "invencibles" coinciden causalismo y finalismo en conceder la absolución al agente esgrimiendo como fundamento para tal decisión: el finalismo en que el hecho doloso no es reprochable a su autor, el causalismo afirmando que no hubo ni dolo ni imprudencia, faltando solamente la forma de culpabilidad.

Es momento de pasar a ocuparnos de los conceptos que de culpabilidad se han elaborado en su vertiente finalista. Aparte de la definición dada por Welzel, creemos que no sobra recoger en este apartado las opiniones que otros penalistas alemanes afiliados a la corriente finalista como, Jescheck, Kaufmann, Stratenwerth y Maurach, han expresado sobre este concepto puntal del derecho penal, y aun más si tenemos presente que sus criterios han influido en la doctrina española y latinoamericana.

Empezaremos, pues, por reseñar brevemente el estado de la cuestión en la doctrina alemana pasando luego a referirnos a la situación de España.

Concepto y Fundamento de la Culpabilidad Finalista en la Doctrina Alemana. Si como hemos venido señalando con reiteración es Welzel quien con su concepto de acción final da origen al sistema finalista, es oportuno traer aquí su concepción de culpabilidad. Comienza por recordar que la antijuridicidad consiste en una relación entre acción y ordenamiento jurídico, que expresa la disconformidad de la primera con la segunda, es decir, que la realización de voluntad no se corresponde objetivamente con el ordenamiento jurídico en relación con accione en el ámbito social.

La culpabilidad por su parte, no se agota en esa relación de disconformidad aludida, sino que el reproche personal contra el agente del hecho se fundamenta en el sentido de que no omitió la acción contraria a derecho aun y cuando pudo haberlo hecho. Dicho de otra forma, la conducta desplegada por el sujeto no se ajusta a los mandatos jurídicos a pesar de que realmente el podría haber evitado esa acción contraria a las exigencias del deber se del derecho. Del agente se espera una motivación acorde con la norma legal; la esencia de la culpabilidad radica en ese "poder en lugar de ello" del agente respecto a la representación de su voluntad antijurídica, allí es, recalca el penalista alemán, donde se encuentra el fundamento del reproche personal que se levanta contra el autor por su conducta opuesta a derecho.

Según Welzel, la culpabilidad es la reprochabilidad de la configuración de la voluntad. Por tanto, toda culpabilidad es culpabilidad de voluntad, o sea que, solo puede reprochársele al agente como culpabilidad aquello respecto de lo cual puede algo voluntariamente. "Así en cuanto a sus facultades y predisposiciones, todo aquello que el hombre simplemente es, ya sean valiosas o mediocres (desde luego pueden ser valoradas), solo aquello que él hace con ellas o como las pone en movimiento en comparación con lo que hubiera podido o debido hacer con ellas o como hubiera podido o debido ponerlas en movimiento, le puede ser tomado en cuenta como merito o reprochado como culpabilidad.

Hans Heinrich Jescheck. Autor que se encuadra dentro del esquema finalista y partidario de la teoría normativa, aunque fundamentándola con una teoría social de la acción, la culpabilidad significa la valoración negativa de aquellos motivos que han servido al autor en

la conformación de su voluntad y que cabe por ello reprocharle su hecho, en pocas palabras: "culpabilidad es reprochabilidad de la formación de la voluntad".

Gunter Stratenwerth. Del mismo modo, para justificar la imposición de una sanción, parte Straternwerth de la afirmación según la cual no es suficiente con el autor haya obrado típica y antijurídicamente. El juicio de desvalor que es la pena, solo puede emitirse cuando existe la posibilidad de formularle un reproche al autor del hecho; tal reproche en el sentido de que "al momento del hecho ha tenido la posibilidad de determinarse de otra manera, es decir, por el deber jurídico".

Armin Kaufmann. Por su parte, ha señalado que en lo que se refiere al juicio de reproche en que consiste la culpabilidad normativa, el hecho circunstancial de que el autor "se haya determinado por impulsos ajenos al valor, a pesar de su capacidad en concreto para liberarse de la determinación dirigiendo su voluntad mediante el deber, es, en definitiva, lo que constituye el criterio decisivo de ese valor" El no valerse de la capacidad de determinación acorde con la norma, significa de alguna manera un fallo en la personalidad del autor, esto es, un "desvalor de la personalidad". La culpabilidad en Kaufmann viene a ser denominada como "reprochabilidad".

Reinhart Maurach. De entre todas las formalidades de los autores que se adscriben al esquema finalista, una formulación particularmente interesante es la sustentada por Maurach, para quien la culpabilidad es "reprochabilidad de un hacer u omitir jurídicamente desaprovechado: es un reproche sentado frente al autor".

En este sentido, parece seguir también la teoría normativa de la culpabilidad, pero como inmediatamente vamos a ver se distancia de ella en algunos puntos importantes.

Las objeciones hechas por Maurach a la corriente normativa de la culpabilidad atacan principalmente dos aspectos en particular, por un lado considera que el contenido adjudicado a la culpabilidad en el esquema normativo no logra probar o justificar la necesidad de poner en juego todos aquellos recursos con que cuenta el derecho penal y, por otra parte, tampoco justifica que estemos en presencia de un juicio de reproche rigurosamente personal. Los fundamentos en que finca su decir se concentran en dos enunciados generales:

a) El derecho penal no solo tiene como recurso a la pena, sino también usa en ocasiones de la llamada medida de seguridad. Esto significa que, el juzgador puede echar mano tanto de la pena, para el caso de los imputables, como de la medida de seguridad para aquellos transgresores inimputables de la norma, que aun y cuando no cumplen con los presupuestos de la culpabilidad han dejado de ver una peligrosidad objetiva al momento de cometer un hecho antijurídico. Deduciéndose de lo anterior lo insuficiente del concepto normativo de la culpabilidad en tanto que no logra fundamentar absolutamente toda la responsabilidad penal que se engloba en penas y medidas de seguridad.

b) El juicio de reproche estrictamente personal a que se refiere el concepto normativo, evita la referencia al actuar del hombre medio. En lugar de ello, a fin de extender el juicio de desvalor de la culpabilidad, importa exclusivamente el poder del sujeto individualmente. Lo anterior podría comprobarse a la luz de los elementos conformadores de la culpabilidad.

Señala Maurach que la imputabilidad y el conocimiento de la antijuridicidad si son susceptibles de un análisis individualizado. Pero no sucede igual con el otro elemento: la exigibilidad de conducta adecuada a la norma. Este elemento aparece casi siempre en sentido negativo, exactamente como una causa de exclusión de la culpabilidad. Así pues, en aquellas situaciones que constituyen la base de la inexigibilidad no cabe la posibilidad de un proceso de individualización.

Para estos supuestos, son concluyentes las medidas de las capacidades reconocidas al término medio impersonal, estableciéndose asimismo en la ley y con carácter general, los límites de la capacidad de abstención. En palabras de Maurach, aquello que designa la corriente normativa como juicio unitario de reproche, no es más que "un concepto escalonado, que si bien puede mostrar la posibilidad de atribución subjetiva no constituye aun necesariamente la culpabilidad".

En Maurach el concepto de responsabilidad, desglosado de las apreciaciones brevemente enunciadas antes, viene a ser mucho más amplio que el de culpabilidad. Tal concepto lo concentro en lo que el denomino atribuibilidad, entendida esta como aquella "relación jurídicamente desaprobada del autor con su acto típico y antijurídico que ofrece la base del otro denominado culpabilidad. El señalado en primer término, se refiere a la desaprobación que surge de la idea de que el agente se comportó "peor" a como hubieran hecho los demás. Dicho de otra forma, la responsabilidad por el hecho realizado nace por el proceder del autor no ajustado al "poder del resto de los hombres", aunque esta desaprobación no constituye todavía el reproche en sí. El segundo grado de la atribuibilidad, o sea, la culpabilidad, se erige sobre la responsabilidad por el hecho. Requiere la culpabilidad un reproche contra el autor del que, a su vez, se espera la capacidad de conformar sus actos de acuerdo a lo establecido por el derecho.

Concretando, solo puede dirigirse un juicio de culpabilidad al autor cuando podía este conocer el injusto y adecuar su proceder de acuerdo a dicho conocimiento. La definición a que llega Maurach resume lo anterior: la culpabilidad es reproche que se hace al autor "por haber abusado de su imputabilidad en relación a un determinado hecho punible" Queda claro que cuando se habla de responsabilidad por el hecho (primer grado de la atribuibilidad) se refiere Maurach a la aplicación de medidas de seguridad, y cuando invoca la culpabilidad (segundo grado de la atribuibilidad) se refiere a la aplicación de la pena.

La Teoría Finalista y la Doctrina Jurídico-Penal en España y América Latina. La teoría finalista de la acción, que despertó en España un intenso y polémico debate, fue introducida

en los círculos académicos, con una visión crítica por quien fuera catedrático de la Universidad de Valencia José Arturo Rodríguez Muñoz. Aparecen luego las traducciones, una de Balestra y Friker en Argentina, y otra en Chile, de Bustos y Yañez, de la Parte General del Tratado de Welzel. Gracias a la traducción que hiciera Cordoba Roda del Tratado de Maurach así como de la obra de Wilhelm Gallas "la teoría del delito en su momento actual" y a dos obras más de su personal elaboración: "El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito" y "Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista" la teoría finalista se difunde ampliamente en los ámbitos de habla castellana. Cerezo Mir, discípulo de Welzel, tradujo de este su libro El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, escribiendo asimismo varios trabajos con temática finalista. En la bibliografía española pueden localizarse varios trabajos más sobre las innovaciones del finalismo de entre las que deben recordarse las de Yañez Roman, de Conde-Pumpido Ferreiro y de Suarez Montes.

En Latinoamérica, la polémica sobre el concepto y contenido de la acción ha suscitado interesantes debates entre los seguidores del finalismo y los causalistas. En la actualidad, sin contar aquí las traducciones argentinas y chilenas de la obra welzeliana, la corriente finalista ha venido ganando adeptos de entre los cuales cabe señalar de Argentina la obras de Bacigalupo Lineamientos de la teoría del delito y de Zaffaroni su teoría del delito, textos que representan la orientación finalista de ese país.

De México puede señalarse como inmerso en esta línea el trabajo monográfico de Moreno Hernández "Consideraciones dogmáticas y político-criminales en torno a la culpabilidad", presentado al Primer Congreso Mexicano de Derecho Penal en 1981, en donde deja conocer su preferencia por la corriente en cuestión.

Dentro de los penalistas españoles que, en mayor o menor medida, y con alguna que otra interesante matización, se adscribieron a los postulados finalistas, podemos mencionar a Cerezo Mir, discípulo de Welzel, y a Córdoba Roda seguidos, con algunas diferencias, de la tesis de Maurach, autores de los cuales conviene traer a estas páginas parte de sus argumentaciones vinculadas con la temática de nuestro estudio.

De igual manera, y con la finalidad de proporcionar una visión un tanto más completa, nos referiremos a las opiniones de Bacigalupo, Zaffaroni y Moreno Hernández, penalistas latinoamericanos que, como quedo dicho, mantienen sus posiciones finalistas. Veremos en primer término el planteamiento de los autores españoles y luego el de los penalistas de Argentina y México.

Elementos de la Culpabilidad Normativa en la Teoría Finalista. Antes de entrar al análisis de los elementos que integran la culpabilidad en esta corriente, los cuales, dicho sea de paso, han cambiado sustancialmente con respecto a la original conceptualización normativa, es conveniente compendiar lo que hasta ahora hemos señalado.

La teoría del delito tiene en el finalismo uno de los más importantes hitos de la evolución. Una de las más caras pretensiones finalistas, iniciadas ya por el normativismo neokantiano, fue la de extraer de la culpabilidad aquellos elementos subjetivos que la habían conformado hasta entonces y en su ligar, dar origen a una concepción normativa "pura" de la culpabilidad, la primera construcción normativa al decir de Maurach.

Como se sabe, el finalismo traslada el dolo y la culpa al injusto, sustrayéndolos de su tradicional ubicación en la culpabilidad, con lo que la finalidad es llevada al centro mismo del injusto, con lo que la finalidad es llevada al centro mismo del injusto. Como consecuencia de lo anterior, en la culpabilidad se concentran solamente aquellas circunstancias que condicionan la reprochabilidad de la conducta contraria a derecho y todo el objeto del reproche descansa en el injusto.

Las consecuencias que la teoría finalista de la acción trajo consigo para la culpabilidad no son pocas. Así, la separación de los delitos dolosos y delitos culposos; que el dolo y la culpa ya no se consideren como formas o elementos de la culpabilidad, sino como momentos de la acción y de lo injusto personal, constituyen el ejemplo más significativo de una nueva dirección en el estudio del derecho penal en un plano general, y la dotación de un nuevo contenido para la culpabilidad, en lo particular.

Jiménez de Asua, a pesar de su orientación causalista, definió la culpabilidad del finalismo como "el reproche del proceso volitivo: en las acciones dolosas, la reprochabilidad de la decisión de cometer el hecho; en la producción no dolosa de resultados, el reproche por no haberlos evitado mediante una actividad regulada de modo finalista.

Bien observada, la culpabilidad bajo la óptica finalista, o mejor dicho, la definición que de la misma se da, guarda mucha similitud con aquella del normativismo neokantiano. Sin embargo, sí que existen notables diferencias en cuanto al contenido que ambas definiciones dan a la culpabilidad. La culpabilidad del finalismo podemos resumirla en una definición como: el juicio de reproche personal levantado contra el autor por la realización de un hecho contrario a derecho, pese a haber podido, conforme a sentido, actuar de modo distinto a como lo hizo.

Con la aparente semejanza entre los conceptos normativos---neokantiano y finalista---, surge la necesidad de aclarar en qué aspectos no lo son, es decir, donde radica la diferencia entre uno y otro aspecto.

El contenido de la culpabilidad finalista exhibe sustanciales diferencias con el modelo normativo neokantiano. Digamos, una vez más, que mientras en la concepción causalista, el dolo y la culpa eran parte integral de la culpabilidad, en el finalismo pasan a ser elementos no de esta sino del injusto. Y también, en la corriente finalista, se incluye el conocimiento de la

prohibición, de donde el dolo se entiende precisamente como dolo natural y no como en el causalismo que era considerado como *dolus malus*.

La Imputabilidad Como un Estado del Sujeto o Conciencia del Mismo.

Reinhart Maurach. Estima que es imputable "el autor que, en virtud del estado de su desarrollo espiritual-moral, esté en condiciones de reconocer el ilícito de su acción y de obrar conforme a este conocimiento".[423]

J. García García. La imputabilidad es "capacidad de culpabilidad, y, por tanto, presupuesto del delito y de la responsabilidad penal, consistente en un estado (normal) de las facultades cognoscitivas y volitivas tal que permite atribuir al sujeto la capacidad para comprender la ilicitud del hecho y para decidir su propio comportamiento".[424]

José Antonio Sainz Cantero. La imputabilidad es "la capacidad del hombre para actuar culpablemente esto es: para realizar la acción (que puede ejecutar también sino es imputable) típica y antijurídica, con dolo o culpa, y para que el ordenamiento jurídico pueda exigirle que se comporte conforme a lo que la norma manda o prohíbe".[425]

Hans Welzel. Dos elementos a los que se refiere como "un elemento de conocimiento (intelectual) y un elemento de voluntad (voluntario): la capacidad de comprensión de lo injusto y de la determinación de la voluntad (conforme a sentido)", por lo que no son capaces de culpabilidad "todos aquellos hombres que no son todavía, o no son ya, capaces de la misma autodeterminación plena de sentido".[426]

Karl Binding. Imputabilidad, la considera como presupuesto del injusto y se refiere a la imputabilidad con diferentes expresiones; capacidad de acción, capacidad de de dolo, capacidad de culpabilidad, incapacidad de imputación.

Frank Von Liszt. La imputabilidad se presenta cuando el hombre puede observar una conducta que responda a las exigencias de la vida política común de los hombres. El hombre debe actuar con normalidad, de aquí que la imputabilidad se defina como la facultad de determinación normal.[427]

---

[423] Maurach R., y Zipf, H., *Derecho Penal, Parte General I*, Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible, actualizada por Zipf, H., traducción de la 7ª. Ed. Alemana por Bofill Genzsch, J. y Aimone Gibson, E., Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 600.

[424] García García, J., *Drogodependencias y Justicia Penal*, Ministerio de Justicia-Ministerio del Interior, Madrid, 1999, p. 131.

[425] Sainz Cantero, J. A., *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, 3ª. Ed. Bosch, Barcelona, 1990, p.645.

[426] Welzel, H., *El nuevo sistema del Derecho Penal, una introducción a la doctrina de la acción finalista*, traducción y notas por Cerezo Mir, J.J., 1ª. Ed. 2ª. Reimp, Colección Maestros del Derecho Penal, No. 4, B de F Ltda, Montevideo, 2004, p.p. 147-148.

[427] *Op. cit.*, Vela Treviño, Sergio, p. 12.

Feuerbach. Imputación es posterior a la afirmación del dolo o de la culpa y se refiere a la pena. Concibe la imputabilidad desde un punto de vista formal, como capacidad de pena, y materialmente como intimidabilidad.[428]

Adolf Merkel. Imputabilidad la reduce a las facultades propiamente internas del sujeto. En concreto, consiste en una doble exigencia; de un lado, capacidad de discernimiento respecto del ordenamiento jurídico, es decir, capacidad de reconocer la dañosidad o peligrosidad de las acciones y su contrariedad con las normas que rigen en el Estado, de otro lado, capacidad de disposición sobre las facultades psíquicas, es decir, posibilidad de actuar respecto de ese conocimiento de acuerdo con la personalidad y los intereses de cada uno. Los supuestos de exclusión son la minoría de edad, las deficiencias en el desarrollo psíquico, las enfermedades mentales y los trastornos de la conciencia, entre ellos la ebriedad. Este autor, maneja diferentes denominaciones para la imputabilidad subjetiva; capacidad de imputación, capacidad de culpabilidad, capacidad de acción. Esta pluralidad en la terminología utilizada esta relacionada con su particular sistemática de la teoría del delito.[429]

Samuel Pufendorf.[430] Imputación es el presupuesto básico de su teoría de la imputación es el libre albedrio del ser humano. Se convirtió en la doctrina penal, en la teoría de la imputación de la pena.

Es sobre ese presupuesto sobre el que reposa toda posibilidad de responsabilidad del hombre por sus actos.

El concepto de imputación fue convirtiéndose en el principio sistemático alrededor del cual giraba toda la aplicación del derecho penal, el libre albedrio se convertía en el fundamento por excelencia de la potestad judicial de modificar las penas fijadas en las leyes y en el criterio para determinar la medida de la pena.

Joaquín González González. Imputabilidad se refiere el termino desde el punto de vista estrictamente semántico, supone la utilización en sentido subjetivo de este término: efectivamente, la aceptación que encontramos en el Diccionario de la Lengua Española, para imputabilidad es cualidad de imputable, con arreglo a la misma fuente, imputable significa que se puede imputar e imputar es atribuir a otro una culpa, delito o acción; de ello se deduce que, en castellano, la imputabilidad es una cualidad de los objetos (culpa, delito o acción), que se imputan, y no de la persona a la cual se imputan.[431]

[428] *Ibídem*, p.p. 87 y 91.
[429] *Ibídem*, p.p. 111-112.
[430] *Ibídem*, p.p. 76 y 77.
[431] González González, Joaquín, *La Imputabilidad en el Derecho Penal Español. Imputabilidad y Locura en la España del Siglo XIX*, Ed. Comares, Granada, 1994, p.p. 83 y ss.

Luis Silvela. Atribuyo por primera vez al término imputabilidad, además de su sentido objetivo, uno subjetivo referido al autor de la acción, el doble significado se mantuvo y con el decuso del tiempo se generalizaría una acrítica asunción de que la imputabilidad se refiere tanto a las acciones como a los hombres.[432]

Manzini. Imputabilidad penal, es el conjunto de las condiciones físicas y psíquicas puestas por la ley, para que una persona capaz de derecho penal pueda ser considerada causa eficiente de la violación de un precepto penal.[433]

Raúl Carranca Y Trujillo. Ofrece un concepto más amplio al respecto, al señalar que la imputabilidad es "la capacidad abstracta considerada de la persona para que pueda ser puesto en su cuenta un hecho hipotéticamente previsto como posible (por lo que será imputable todo aquel que posea al tiempo de la acción las condiciones psíquicamente exigidas, abstracta e indeterminadamente, por la ley para poder determinar su conducta normalmente), porque sea apto e idóneo jurídicamente para conducirse en forma que responda a las exigencias medias de la conducta en sociedad humana".[434]

Roberto Reynoso Dávila. Imputabilidad, es la capacidad de querer y conocer, que es el presupuesto de la imputabilidad, constituyen una aptitud psico-biológica que surge al concluir la niñez, formándose paulatinamente en la adolescencia, hasta adquirir la madurez física, mental y moral que permita comprender la significación moral y social de sus actos.[435]

Sergio Vela Treviño. Imputabilidad, es la capacidad de autodeterminación del hombre para actuar conforme con el sentido, teniendo la facultad reconocida normativamente, de comprender la antijuricidad de su conducta.[436]

Eduardo López Betancourt. Imputabilidad, es la capacidad de querer y entender en el mundo del Derecho.[437]

Francisco Pavón Vasconcelos. Dice que la persona es moralmente imputable por cuanto tiene la capacidad de comprender y determinarse con plena libertad.[438]

Luis Rodríguez Manzanera. Imputabilidad, es el desarrollo biopsicosocial que da al sujeto la capacidad para conocer hechos, entender la trascendencia normativa, adherir la voluntad y la afectividad a la norma.[439]

---

[432] *Op. cit.*, González González, Joaquín, p. 85.
[433] *Op. cit.*, Pavón Vasconcelos, Francisco, p.15.
[434] Carranca y Trujillo, Raúl, *Derecho Penal Mexicano*, Ed. Porrúa, México, 1982, p. 262.
[435] Reynoso, Dávila Roberto, *Teoría General del Delito*, 5ª. Ed. Porrúa, México, 2006, p.190.
[436] *Op. cit.*, Vela Treviño, Sergio, p.p. 28-29.
[437] López Betancourt, Eduardo, *Teoría del Delito*, 12a. ed., Ed. Porrúa, México, 2004, p.p. 191-197.
[438] *Op. cit.*, Pavón Vasconcelos, Francisco, p.17.
[439] *Op. cit.*, Rodríguez Manzanera, Luis, p. 56.

Positivismo Criminológico: Teoría Seguida por Cesar Lombroso, Enrique Ferri y Rafael Garófalo. La responsabilidad no toma en cuenta la causalidad moral, sino la puramente física (material) y la psicológica voluntad pero no en el sentido de la libertad de elección) y por ello la imputabilidad del sujeto supone "las condiciones mínimas necesarias para determinar en el hombre la posibilidad abstracta de que le sea atribuido un hecho punible" de manera que la imputación resulta ser la afirmación provisional de la existencia en el individuo de tales condiciones para atribuirle un delito o sea para declarar que el acto de que se trata es producto de la actividad psicofísica de la personalidad de ese individuo.[440]

El positivismo sufrió, como es sabido, múltiples críticas fundamentalmente al negar la distinción entre imputables e inimputables, haciendo responsables a quienes carecían de imputabilidad, con lo cual, según lo apunta Jiménez de Asúa, la culpabilidad quedaba desdibujada.[441]

La imputación es un elemento positivo del delito, que va encaminado a determinar que el sujeto que interviene en un acto considerado como delictivo, está consciente, tiene pleno discernimiento respecto de la conducta que a realizar, sabe que ese acto es criminoso.

Si ese sujeto es imputable será también culpable, es decir, el delito, que es un acto antijurídico y típico, será también el agente que lo realiza imputable y culpable, merecedor por lo tanto, de la imposición de una pena que el estado a través de sus órganos competentes le imponga.

Dentro de la imputabilidad surgen varios factores psicológicos que han llevado a los teóricos en la materia a crear dos distintas corrientes, en que se sustenta la voluntad del sujeto del delito. Imputabilidad, es una expresión del hombre en virtud de la cual puede serle atribuido los actos que realiza y las consecuencias naturales de los mismos como su causa formal eficiente y libre.

El fundamento de la imputabilidad radica en la concurrencia de ciertas condiciones psíquicas, biológicas y morales, que determinan la salud mental y la madurez biológica.

La imputabilidad entraña una aptitud personal, un conjunto de condición es bio-psicologicas, o sea una determinada capacidad del agente en el momento del hecho. La imputabilidad es un presupuesto del delito y a su vez presupuesto de la culpabilidad.

Entonces para que exista culpabilidad el sujeto debe tener capacidad psicológica y mental ya que los que no tengan madurez ni son mentalmente sanos no se pueden responsabilizar. Se llega a la conclusión de que imputabilidad es capacidad de culpabilidad.

[440] *Op. cit.*, Pavón Vasconcelos, Francisco, p.49.
[441] Grolman, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo V, Ed. Losada, Buenos Aires, 1976, p. 123.

Francisco Carrara. Realiza un análisis técnico acerca de la teoría de la imputación y mira al delito en sus relaciones con el agente al contemplar las relaciones de este con la ley moral, basada en los principios del libre albedrio y la responsabilidad humana.[442] Hace una diferencia entre la imputabilidad social y la imputabilidad civil.

Imputación Social. Entendida como un acto practico de la autoridad, mediante del cual previendo la posibilidad de una acción humana, la declara imputable como delito a su autor, por razones de conveniencia social.[443]

Imputación Civil. Es un acto practico de mera jurisdicción del estado, mediante el cual se interpreta la ley, promulgada según los cánones jurisprudenciales y se juzga un hecho según los criterios lógicos, para declarar que emite aquella ley, alguien es el autor responsable de ese hecho.[444]

Sujeto Imputable. Deben concurrir, los siguientes requisitos:[445]

1.- Que sea el agente imputable moralmente, es decir que el agente lo hizo voluntariamente.

2.- El hecho debe imputarse como un acto reprochable.

3.- Que ese acto sea dañoso a la sociedad.

4.- Que este promulgada la ley que prohíbe dicho acto delictivo, no puede ser delito un acto si no ha sido expedida y promulgada la ley que lo prohíbe.

Teoría de la Imputabilidad Psicológica. Como base de la culpabilidad, señala que el crimen nace de motivos consientes y de motivos que pertenecen al inconsciente. La responsabilidad penal se halla en razón directa del número y esencia de los motivos consientes que decidieron el acto humano.

No se acepta esta teoría, ya que, en efecto, el delito al nacer de motivos consientes, dicha conciencia, traducida en dolo, pertenece su estudio a la culpabilidad y no a la imputabilidad, ya que está fundamentada sobre todo por el saneamiento mental y el desarrollo físico y psíquico del autor, es un precedente autónomo que determinara a la culpabilidad.

Teoría de la Imputabilidad Disminuida.[446] Se basa en sustentar que el individuo posee un desarrollo mental incompleto, va encaminada sobre todo, a aplicarse a los alienados mentales. Esta teoría no se acepta, en virtud de que se aplica una sanción atenuada al agente psicópata de un delito.

---

[442] Carrara, Francisco, *Programa de Derecho Criminal, Parte General*, Vol. I, Ed. Temis, Bogotá, 1971, p. 31.
[443] *Ibídem*, p. 35.
[444] Ibídem, p. 36.
[445] *Ibídem*, p.p. 37-38.
[446] Martell Gómez, Alberto, *Análisis Penal del Menor*, Ed. Porrúa, México, 2003, p. 126.

Muchas veces y en razón del estado peligroso del sujeto criminoso, no va condicionada la pena con el acto cometido. Suele suceder que la peligrosidad sea alta y la pena sea menor.

Ernst Von Beling. Dice que es equivoca la designación "imputabilidad disminuida", no hay grado de imputabilidad; solo que la medida de su culpabilidad por sus acciones es menor y por ello su punibilidad en parte la ley aminora y en parte el juez, al fijar la pena, debe hacerlo mas levemente que en otros casos.[447]

Francisco Carrara. Sostuvo que para la "libertad disminuida", por estarlo la inteligencia y la voluntad, procede la pena atenuada proporcionalmente a la disminución de ambas y a la de cada una. En otros términos, la libertad se traduce en inteligencia y en voluntad.[448]

Reinhart Maurach. Dice que en la actualidad, la discusión sobre concepto y límites de la "imputabilidad disminuida" se ha convertido en una polémica en torno a la justificación de las consecuencias jurídicas de este estado, prevista por la ley. La expresión "imputabilidad disminuida" es, por equivoca, desafortunada. No nos hallamos ni ante un caso limite, ni ante un grado intermedio entre la plena imputabilidad y la inimputabilidad, en el sentido de que el sujeto únicamente podía conocer "en parte" el injusto del hecho, o de que tan solo "hasta un cierto grado" era dueño de si, estos casos suprimen la imputabilidad. Realmente, en la imputabilidad disminuida, el autor es imputable, pero para alcanzar el grado de conocimiento y dirección de un sujeto anímicamente norma, debe esforzar mucho más su voluntad. La voluntad de la imputabilidad importa disminución de la culpabilidad.[449]

Luis Jiménez De Asúa.[450] Afirma que el paso de la salud mental a la locura, y de la plena conciencia a la inconsciencia, se verifica por grados sucesivos, apenas sensibles, que constituyen la zona intermedia de Maudsley, las formas de paso de Forel, los casos limítrofes de los alienistas alemanes.

Esta misma dificultad se presenta cuando se trata del tránsito del desarrollo mental incompleto a la plena capacidad.

El Derecho Penal debe tomar en cuenta estos casos; pero el problema estriba en saber cómo debe apreciarlos, y si es posible, entonces, hablar de "imputabilidad disminuida" o atenuada, o si sería preferible, en atención al estado peligroso, abandonar toda idea de castigo, aunque fuera mitigado.

Esta importantísima cuestión de los defectuosos se resolvía por la escuela clásica mediante la fórmula de la responsabilidad y de la pena, atenuadas.

---

[447] Von Beling, Ernest, *Esquema de Derecho Penal, La Doctrina del Delito-Tipo*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944, p.120.
[448] *Op. cit.*, Carranca y Rivas, Raúl, *Filosofía…*, p. 97.
[449] Maurach, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*, Ediciones Ariel, Buenos Aires, 1962, p.204.
[450] Jiménez de Asúa, Luis, *La Ley y el Delito*, Editorial Hermes, México, 1959, p.98.

Es decir, que puesto que se supone que la imputabilidad no es completa, se precisa tratar de medir la pena por la responsabilidad.

Pero este sistema es absurdo: se somete a una pena disminuida a aquellos hombres que por no ser enteramente locos son más peligrosos, porque resisten a los impulsos perversos menos peligrosos, porque resisten a los impulsos perversos menos que los hombres enteramente sanos, y saben escoger los medios y las ocasiones para realizar sus propósitos.

La fórmula del estado peligroso, extendida a toda clase de delincuentes psicópatas, en sustitución del principio clásico, resolvería esta absurda cuestión de la "imputabilidad disminuida". La pena dejaría paso a la medida de seguridad.

Raúl Carranca y Rivas. Clasifica la imputabilidad en:[451]

> IMPUTABILIDAD FORMAL: La cual se remite al dato que establece la ley, en este caso, la mayoría de edad a los 18 años.
>
> IMPUTABILIDAD MATERIAL: Se refiere a la responsabilidad sustancial y que está constituida por elementos de carácter subjetivos como son los factores de maduración, elementos de carácter volitivo, para determinar la responsabilidad.
>
> Cuestión aparte es la de la "imputabilidad disminuida" que comprende las llamadas "zonas intermedias" "formas de paso" "estados limítrofes".

Periodos intermedios entre la razón y la locura, la conciencia y la inconsciencia, la minoría y la mayoría de capacidad penal.

Sostuvo que para la libertad disminuida, por estarlo la inteligencia y la voluntad, procede la pena atenuada proporcionalmente a la disminución de ambos y a la de cada una. En otros términos, la libertad se traduce en inteligencia y en su voluntad.

La defensa social no acepta esta solución porque "se somete a pena menor a los sujetos más peligrosos o que puedan resistir menos a sus impulsos perversos".[452]

Sergio García Ramírez. Manifiesta que no es cierto que el menos imputable sea, por necesidad, el más peligroso, ni tampoco riñen, inexorablemente, la fórmula del estado peligroso y la imputabilidad disminuida… lo innegable es que el tema de la imputabilidad asume un primer plano en la meditación de reformador de las leyes penales, por cuanto constituye una pieza clave en la captación del ser humano como individuo responsable.[453]

---

[451] *Op. cit.*, Carranca y Rivas, Raúl, *Derecho…*, nota 56, en el número 170.
[452] *Op. cit.*, Carranca y Rivas, Raúl, *Filosofía…*, p. 97.
[453] García Ramírez, Sergio, *La imputabilidad en el Derecho Penal Federal Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1968, p. 15.

CAPÍTULO 5. LA INIMPUTABILIDAD DE MENORES

5.1. La Inimputabilidad, como Elemento Negativo del Delito. De la imputabilidad, hemos dicho que se refiere a determinadas causas como son la falta de desarrollo mental condicionado por la minoría de edad y la sordomudez, la falta de salud mental y el trastorno mental transitorio. Un menor de edad es inimputable puesto que se ha definido en este, el juicio de valor que son "producto de la madurez emocional que no es innata, ni se va adquiriendo, tampoco, por el simple transcurso del tiempo o de la edad, sino que deben de cumplirse etapas sucesivas, en tal forma que, cumplida plena y previamente una, se llegara a la posterior, pero mientras no se satisfaga la primera, no se pasara a la segunda y, sin satisfacer esta, no se pasara a la tercera.[454]

Primera Etapa.[455] Consistente en el vínculo afectivo del menor con su núcleo familiar hasta que, con su propio desarrollo psíquico y físico, adquiere su propia individualidad.

Segunda Etapa.[456] Consiste en que ese menor auto determina su propia conducta.

Tercera Etapa.[457] Al satisfacer la segunda, consiste en la adquisición de valores eternos y divinos, una vez estructurados los de lo justo y humano.

5.2. Definición de Inimputabilidad.

Juan Del Rosal. Nos dice que son causas de inimputabilidad:[458]

1. Por exigencias de madurez fisiológica y espiritual, casos de minoría.

2. Por avanzada edad en la que disminuyen las facultades fisiológica y espiritual.

3. Por la incompleta formación de la personalidad intelectual, como sucede en sordomudos.

4. Por falta de normalidad psíquica representad en la enfermedad mental y en situaciones de trastornos psíquicos de cierta intensidad.

[454] *Op. cit.*, Solís Quiroga, Héctor, p. 57.
[455] *Ibídem*, p. 58.
[456] *Ídem.*
[457] *Ídem*.
[458] Del Rosal, Juan, *Derecho Penal Español (lecciones)*, Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho, Valladolid, 1954 y Madrid 1960.

Para que opere la inimputabilidad se debe anular totalmente la voluntad del agente, suprimiendo la conciencia del mismo e impidiéndole la valoración de sus actividades para dejarlas reducidas a mero producto de sus impulsos, privándole del normal ejercicio de sus facultades mentales.

Sergio García Ramírez. Inimputabilidad, considera que su causa son la falta de desarrollo intelectual y las anomalías psíquicas. Dentro de las causas biológicas incluye, entre otras, la sordomudez, la ceguera y la minoría de edad que ahora nos ocupa.[459]

Reinhart Maurach. Inimputabilidad, a los menores les falta madurez ético-intelectual. Esta carencia es propia de la etapa del crecimiento natural y fisiológico, por ello debe evitarse la expresión inimputabilidad respecto de los menores, en virtud de que se refiere a perturbaciones de índole patológica.

Eugenio Raúl Zaffaroni. Inimputabilidad, es la "inexigibilidad de la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad proveniente de la incapacidad psíquica.[460]

Daniel Hugo D´Antonio. Inimputabilidad de los menores se ha presentado un importante debate, ya que existen autores como Daniel Hugo D´Antonio que insisten en la necesidad de excluir definitivamente la aplicación de instituciones típicamente penales a la realidad minoril de la conducta desviada, en lo que el modelo garantista encuentra consenso; sin embargo, el autor señala que para lograr esto se debe recurrir a "lo que en realidad otorga debida respuesta, como elemento protectorio de natural vigencia en dicho ámbito" Lo cual agrega, reviste carácter genérico y sus connotaciones protectorias se extienden a las distintas esferas de actuación del menor.[461]

Eduardo López Betancourt. Nos dice que inimputabilidad, debe suprimir la enumeración de las causas que la producen, con respecto a los menores de edad señala que son totalmente capaces y no se les puede considerar inimputables como un enajenado mental", "lo que sucede es que están sujetos a un régimen diverso".[462]

Olga Islas De González Mariscal. Inimputabilidad, de los menores de diez y ocho años, señala que en el derecho mexicano no existe una norma penal ni jurídica de otra naturaleza que la estipule. Sin embargo esta se desprende de una apreciación doctrinaria inspirada en el modelo tutelar. Estima que debe ser la edad de ocho años y esto no porque todos los menores adquieran a esa edad la imputabilidad, sino por razones de seguridad jurídica. La edad,

[459] *Op. cit.*, García Ramírez, Sergio, *La inimputabilidad…*, p. 23.
[460] Soto Acosta, Federico Carlos, *Los menores de edad frente al derecho penal*, Cuadernos de la Judicatura, Tribunal Superior de Justicia de Zacatecas, México, 2002, p. 71.
[461] D´Antonio, Daniel Hugo, *El menor ante el delito. Incapacidad penal del menor, Régimen jurídico, prevención y tratamiento*, 2ª. Ed. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, Buenos Aires, 1992, p. 15.
[462] *Op. cit.*, López Betancourt, Eduardo, p.p. 191-197.

meramente convencional, de ocho años tiene como fundamento una realidad mexicana: el elevado índice de marginación. De esa edad en adelante, habrá que determinar si, por ausencia o presencia de anomalías mentales, un específico menor es imputable o inimputable. Tratándose de inimputables, por anomalías mentales, no cabe duda de que no son responsables. Por ello, al igual que acontece con los mayores inimputables permanentes, habrá que procurar su curación a través de las medidas de seguridad adecuadas. La idea de inimputabilidad, sugiere la imposibilidad en que se encuentra un sujeto para entender el real significado de sus actos y autodeterminarse en consecuencia.[463]

5.3. Los Sistemas Normativos de la Inimputabilidad. Tres son las fórmulas que tradicionalmente se han utilizado para configurar los supuestos de inimputabilidad:

Formula Biológica. También ha sido conocida con la denominación psiquiátrica, naturalística, descriptiva o etiológica, e incluso psicopatológica, y atiende únicamente para la declaración de inimputabilidad a la enfermedad, trastorno o anomalía del sujeto que comete un hecho típicamente antijurídico. Esta fórmula conecta la exención de responsabilidad criminal con la sola existencia de la enfermedad mental, lo que trae consigo como consecuencia lógica la declaración de inimputabilidad solo de quien es un enfermo mental.[464]

Su paradigma es el artículo 64 del derogado Código Penal Francés de 1810, que establece "que no existe crimen ni delito si el autor se hallaba en estado de demencia al tiempo del hecho". A dicho código siguieron tomándolo como ejemplo, algunos otros como los Códigos Decimonónicos de las Dos Sicilias de 1819, y el de Parma de 1848, también el de Baviera de 1813, Brasil de1830, Portugal de 1886, el Holandés de 1881, el venezolano de 1897. [465]

Se apoya en cuestiones de desarrollo, de madurez mental de los sujetos. Afirma que habrá inimputabilidad cuando el sujeto no tenga la madurez mental para conocer y comprender sus actos.

Formula Psicológica. También conocida como método valorativo, sintomático o normativo, se limita única y exclusivamente, a in dicar las consecuencias psicológicas que jurídicamente son relevantes para calificar a un sujeto como inimputable, con la independencia de las causas o factores que las provocan. Lo fundamental son los efectos de inimputabilidad que se producen en el momento del hecho, consistentes por regla general en la incapacidad para comprender la ilicitud del hecho y de actuar conforme a dicha comprensión.

---

[463] Islas de González Mariscal, Olga, *La Reforma al Artículo 18 Constitucional, Constitución y Justicia para Adolescentes*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2007, p.53.

[464] *Op. cit.*, García García, J., p. 973.

[465] Mateo Ayala, E.J., *La imputabilidad del enfermo psíquico: un estudio de la eximente de anomalía o alteración psíquica en el Código penal Español*, 1ª. Ed. 1ª reimp., Edersa, Madrid, 2003, p.p. 41 y ss.

Se basa en función del trastorno mental, sea transitorio o permanente, denominado como enfermedad mental o anomalía psicosomática. Afirma que la plena comprensión de la ilicitud de la conducta requiere de un mínimo de salud mental.

Fórmula Mixta. El método o fórmula mixta,[466] también conocido como método biológico-psicológico, biológico-normativo, normativo-biológico, psicológico-normativo, psicopatológico-normativo, psiquiátrico-psicológico-jurídico, psiquiátrico-psicológico o bio-psicológico, psiquiátrico-psicológico, psíquico-normativo, psicopatológico y medico legal, bio/psicopatológico-psicológico, o psicológico-psiquiátrico y normativo.

Fórmula Jurídica de Francisco Pavón Vasconcelos. Señala un criterio mas, el SISTEMA JURIDICO, al hablar de la valoración hecha por el juez acerca de la capacidad del sujeto siendo la inimputabilidad una consecuencia de la valoración hecha por el juez.

5.4. La Inimputabilidad por Minoría de Edad. Tradicionalmente se ha afirmado que la ley reconoce los siguientes casos de inimputabilidad:

XII Tablas. Según referencias de Aulo Gelio y de Plinio, la impubertad del delincuente entraba en juego en ciertos casos, disminuyendo la sanción, dejándola al arbitrio del pretor.

Derecho Clásico. Distinguió entre *infans*, *ad modum impubes* o *priximus infantie* y *próximos pubertati*, con diversos tratamientos en cada caso.

Teodosio. Los tres términos señalados, los redujo a dos.

Los Glosadores. En el siglo XI, los restablecieron.

Antonio el Piadoso. Atendió a la máxima *malatía supplet aetatem*, y bajo el procedimiento extraordinario se aceptó al decir de Arcadius Charisius y Calistrato, la aplicación del tormento al menor en algunas hipótesis.

Andre Hornes. En su "Espejo de Justicia" hace responsable al guardián del menor por los delitos cometidos por este.

Código Penal Francés de 1791. Manejo la responsabilidad penal del menor de edad, en función del discernimiento.

Código Penal Italiano. En su artículo 88, dispone: Vicio total de la mente. No será imputable quien, en el momento de haber cometido el hecho, padeciera, una enfermedad mental que excluyera su capacidad de entender y de querer (Dentro del capítulo I, "De la imputabilidad"

[466] *Op. cit.*, Sainz Cantero, J.A., p.p. 651-652.

del título IV "Del reo y de la persona ofendida por el delito" del Libro I, "De los delitos en general").

La característica principal de esta legislación es que se define la imputabilidad a través de la capacidad de conocer y querer. Se trata de una presunción iuris tantum, pues se considera que, normalmente, la imputabilidad existe en todo sujeto agente que presente la madurez fisio-psiquica convencionalmente fijada al cumplimiento de los 18 años de edad.

Raúl Carranca y Trujillo. Señala que la edad tiene incuestionable importancia que siempre se le ha reconocido. Ella es prisma que centra su espectro sobre la imputabilidad. Infancia, juventud y vejez pueden ser analizadas mirando a la imputabilidad de los sujetos.[467]

5.5. La Ficción Jurídica de los Menores Inimputables.[468] Todo parte del concepto de la imputabilidad como la capacidad de entender y de querer en la realidad, en el mundo factico nos encontramos con que hay menores de edad que entienden y quieren, y hay otros que no (estos serían algo así como mega inimputables, si seguimos la ficción).

En algún momento se identificó a los menores con los locos, idiotas, imbéciles, débiles mentales y sordomudos, lo que a todas luces es un error que todavía parece flotar en el ambiente.

Esto se desprende de la idea de que la dogmática penal es aplicable al derecho minoril, cuando el derecho de menores debe construir su propia dogmática, al igual que el derecho civil o el laboral, el victimal o el agrario.

Y es que el derecho penal tiene otros fines, otras funciones, otros principios, fue construido para algo diferente al derecho de menores, está regido por el principio del interés superior del niño además de la protección integral y la especialidad del sistema.

Así para un derecho minoril, el menor es imputable (aunque pueda haber, desde luego, inimputabilidad) ya que la imputabilidad es un presupuesto de culpabilidad, (considerada esta como una garantía), lo que marca la diferencia es que el menor no es punible, no hay concepto de castigo no puede aplicarse una pena sino una medida, de acuerdo a su interés superior.

[467] *Op. cit.*, Carranca y Trujillo, Raúl, *Derecho Penal*…, p.277.

[468] Apartado elaborado cono información obtenida de: Rodríguez Manzanera, Luis, *Menores Infractores Realidad Fáctica y Ficción Jurídica*, División de Universidad Abierta y Educación a Distancia, Facultad de Derecho, UNAM, Revista Amicus Curiare, Año III, número 5, México, www.revistas.unam.mx/index.php/amicus/article/.../21516, fecha de consulta: 10 febrero de 2011.

Esto nos lleva a contemplar el mito de que por debido proceso debe entenderse debido proceso penal y no es así, debe construirse un debido proceso minoril, acorde a la realidad y a los principios que rige el derecho de menores, a nadie sorprende que haya un debido proceso civil, o fiscal o administrativo, que no pueden seguir las reglas de un debido proceso penal.

Como puede desprenderse de lo anterior, captaremos que la incompatibilidad entre "tutelarismo" y "garantismo" es un mito, se trata de un pseudo-problema, lo que en el mundo real es incompatible es el derecho minoril con el derecho punitivo. Finalmente, me permito mencionar el mito del derecho penal de acto aplicado al derecho minoril.

Entendemos, de entrada, que no estamos ya hablando de derecho penal, y que puede ser un desacierto hablar de derecho minoril de acto, en el sentido de que no debe tomarse en cuenta en el momento de juzgar nada fuera de la conducta realizada.

El concepto de proporcionalidad, consignada en la Constitución, no debe interpretarse en forma primitiva talionaría, sino en su verdadera acepción en cuanto la medida impuesta no puede ir más allá de lo que el sujeto hizo (o dejo de hacer), pero si, puede ser inferior, es decir, la proporcionalidad es un límite superior para la reacción jurídica, siempre de acuerdo con el juicio de reproche.

Va quedando claro, entonces, que el derecho de acto puro es un mito, ya que siempre se esta juzgando a un autor, a un hombre, a una mujer, a un extranjero, a un incapaz, a un anciano, a un menor de edad.

En otra forma, así como alguna vez se habló de "jueces sin rostro" tendríamos "acusados sin rostro" para la personalidad no influyera lo más mínimo y solo se juzgara el acto realizado.

Si ya, con el nuevo proceso penal presencial, oral, acusatorio, publico, se tendrá que ver y oír directamente al acusado adulto (en lugar de al expediente) en el proceso minoril (como ha sido siempre) se tendrá muy en cuenta al autor y a su entorno, a mayor razón si la medida tiene como fin la reintegración social y familiar, y el pleno desarrollo de la persona y sus capacidades.

CAPÍTULO 6. LOS MODELOS DE JUSTICIA DE MENORES INFRACTORES APLICADOS EN MÉXICO

A principios del siglo XIX no existía en México un derecho especial para menores, así como tampoco existían otras disciplinas especializadas en la niñez.

Sin embargo, el conocimiento y la experiencia acumulados en varias partes del mundo propiciaron la construcción de una identidad propia para la infancia.

Conforme transcurrió el siglo XX, la niñez se consolido como un campo especifico de estudio, en áreas como la medicina, la psicología, la pedagogía y, como veremos enseguida, en los ámbitos de la justicia y el derecho.[469]

En el caso de México, los especialistas en el tema coinciden en que se han aplicado tres diferentes modelos (penal, tutelar y de garantías), los cuales corresponden con diversas instituciones nacionales, así como con diversos tratados y acuerdos internacionales.[470]

Modelo Penal. Este modelo se empezó a aplicar en México entre 1920 y 1940, cuando se fundaron los tribunales para menores.

El primero se estableció en San Luis Potosí, en el año de y años más tarde, en 1928, el correspondiente al Distrito Federal.[471]

Esta primera etapa permitió que niños y adolescentes quedaran fuera de tribunales y prisiones para adultos.

Los antiguos internados correccionales, antes en manos de órdenes religiosas y patronatos de beneficencia, terminaron por traspasar sus funciones al ámbito del Estado.

La tarea de "educar" y "corregir" a estos menores dejó de ser una obra filantrópica y se convirtió en una acción de justicia del Estado.[472]

---

[469] Azaola, Elena, *Posibilidades y Limites de Dos Modelos de Justicia para Menores*, Memoria del Coloquio Multidisciplinario sobre Menores, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Cuadernos del Instituto, núm. 1, 1996, México.

[470] Arellano Trejo, Efren, *Sistema Integral de Justicia para Adolescentes*, Centro de Estudios Sociales y de Opinión Publica, Documento de Trabajo número 3, Septiembre 2006, Cámara de Diputados, Gaceta Parlamentaria, Numero 1996, del 27 de Abril de 2006, México.

[471] Villanueva Castilleja, Ruth, *Menores infractores: retrospectiva y prospectiva*, Criminalia, Revista de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, año LXVII, núm. 3, septiembre-diciembre de 2001, México, p.11.

Modelo Tutelar. El sistema tutelar aparece a finales del siglo XIX y principios de XX.

Es en Estados Unidos donde se crea el primer tribunal de menores con jueces paternales en Chicago, Illinois, en 1899.En México el primer tribunal surgió en San Luis Potosí en 1923, y el segundo en el Distrito Federal, en 1926.

Este modelo tiene un momento decisivo en 1974, cuando se promulga la Ley que Crea los Consejos Tutelares para Menores Infractores del Distrito Federal.

El artículo primero transitorio de esta ley derogó los artículos 119 a 122 del Código Penal, los cuales comprendían el título denominado "Delincuencia de Menores".[473]

Estos consejos tomaron como ejemplo los que ya existían en Morelos (1959) y Oaxaca (1964).

La edad mínima para la minoría de edad se definió hasta los 18 años y se creó la figura de los consejeros, quienes imponían sanciones retributivas, sustituían a los padres cuyas deficiencias educacionales fueran notorias y protegían las necesidades básicas del menor, entre otras cosas.

Con esta ley se pretendió, también, sustraer a los menores del derecho penal para incorporarlos al derecho tutelar.

Sin embargo, una de las principales críticas fue el hecho de que los menores infractores se encontraban en un régimen de excepción. El Estado se erigió como el representante legítimo de sus intereses y confiscó una gran parte de sus derechos.

Los menores podían ser detenidos sin orden de aprehensión e incluso a solicitud de sus padres; no era necesario que ellos supieran de qué o quién los acusaba; prácticamente no tenían defensa ni podían apelar las resoluciones del Consejo; no existía un procedimiento formal en el cual se demostrara el supuesto ilícito o se admitieran pruebas de descargo; y, entre otras cosas, se les podía privar de la libertad por un periodo que no tenía relación con la supuesta falta cometida.

Por todo ello, el siguiente modelo puso énfasis en devolverles las garantías que habían perdido.

Modelo de Garantías. Actualmente, el sistema de justicia para adolescentes, a nivel internacional, nacional y local, encuentra su fundamento a través del modelo garantista.

---

[472] Azaola, Elena, *La Institución Correccional en México, Una Mirada Extraviada*, Siglo XXI, Editores-CIESAS, México, 1990, p.12.

[473] *Op. cit.*, Villanueva Castilleja, Ruth, *Menores infractores…*, p. 11.

Para analizar el modelo garantista nos basaremos en la propuesta de Luigi Ferrajoli misma que realiza a través de su obra Derecho y Razón, teoría del garantismo penal.

6.1. Teoría del Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli.[474]

Garantismo Designa un Modelo Normativo de Derecho. Por lo que respecta derecho penal, el modelo de estricta legalidad propio del estado de derecho, que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos.

En consecuencia, es garantía todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva.

Al tratarse de un modelo limite, será preciso hablar, más que de sistemas garantistas o anti-garantistas, de grados de garantista, y además habrá que distinguir siempre entre el modelo constitucional y el funcionamiento efectivo del sistema y mediremos la bondad de un sistema constitucional sobre todo por los mecanismos de invalidación y de reparación idóneos, en términos generales, para asegurar efectividad a los derechos normativamente proclamados, una constitución puede ser avanzadísima por los principios y los derechos que sanciona y, sin embargo, no pasar de ser un pedazo de papel si carece de técnicas coercitivas, es decir, de garantías que permitan el control y la neutralización del poder y del derecho ilegitimo.

Teoría del Derecho y Crítica del Derecho. En una segunda acepción, garantismo designa una teoría jurídica de la validez, y de la efectividad como categorías distintas no solo entre sí, sino también respecto de la existencia o vigencia de las normas, en este sentido la palabra garantismo expresa una aproximación teórica que mantiene separados el ser y el deber ser, en el derecho, e incluso propone, como cuestión teórica, la divergencia existente entre los ordenamientos complejos entre modelos normativos (tendencialmente garantistas) y practicas operativas (tendencias anti-garantistas), interpretándola mediante la antinomia, dentro de ciertos límites fisiológica y fuera de ellos patológica, que subsiste entre validez (e inefectividad) de los primeros y efectividad (e invalidez) de los segundos.

Una aproximación semejante no es puramente normativista y tampoco puramente realista, la teoría que contribuye a fundar es una teoría de la divergencia entre normatividad y realidad, entre derecho valido y derecho efectivo, uno y otro vigentes, el garantismo opera como doctrina jurídica de legitimación y sobre todo de deslegitimación interna del derecho penal,

[474] Apartado elaborado con información obtenida de: Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, con prólogo de Norberto Bobbio, Editorial Trotta, Madrid, España, 1995.

que reclama de los jueces y de los juristas una constante tensión crítica hacia leyes vigentes, a causa del doble punto de vista que la aproximación metodológica aquí diseñada implica tanto en su aplicación como en su desarrollo, el punto de vista normativo o prescriptivo del derecho valido y el punto de vista factico o descriptivo del derecho efectivo.

Filosofía del Derecho y Crítica de la Política. En una tercera acepción, garantismo designa una filosofía política que impone al derecho y al estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos.

En este último sentido el garantismo presupone la doctrina laica de la separación entre derecho y moral, entre validez y justicia, entre punto de vista interno y punto de vista externo en la valoración del ordenamiento, es decir, entre ser y deber ser, del derecho, y equivale a la asunción de un punto de vista únicamente externo a los fines de la legitimación y de la deslegitimación ético-política del derecho y del estado.

De acuerdo a lo anterior, consideramos que la protección a los derechos fundamentales y garantías constitucionales de los jóvenes en conflicto con la ley es un problema relevante que ha constituido históricamente la razón fundamental en los cambios a las legislaciones penales como a los modelos de justicia para adolescentes, en consecuencia, debemos analizar cuáles son los efectos positivos y negativos del actual sistema federal garantista y verificar que los adolescentes en conflicto con la ley enmienden su conducta a través de un sistema esencialmente educativo y se les respeten sus derechos fundamentales.

CAPÍTULO 7. LOS MODELOS DE JUSTICIA DE MENORES APLICADOS EN EUROPA

El Modelo Educativo.[475] El llamado Estado de Bienestar Social, también conocido como modelo permisivo, modelo de diversión o modelo de mediación, es un producto Europeo, inicia a finales de la Segunda Guerra Mundial, hasta 1975.

Se basa en la concepción del Estado como guardián de la seguridad y como responsable de eliminar la pobreza, mejorar las condiciones de trabajo, sanidad, enseñanza, seguridad, etc.

El modelo educativo, se basaba fundamentalmente en evitar que los jóvenes entraran en el sistema penal, existiendo una excesiva libertad para los menores.

Policía, fiscales, trabajadores sociales, educadores, etc., tienden a no pasar los casos a la justicia. El objetivo, consiste precisamente en no intervenir en interés del menor, es decir, es justo la antítesis del protector.

Otro de los modelos existentes en materia de menores infractores y justicia para adolescentes, es el modelo educativo o rehabilitador.

Este modelo fue utilizado principalmente en los años sesenta y setenta en Europa y se basa en el modelo del estado de bienestar, que se impone como el *welfare model*, así como en el desarrollo de las ciencias médicas y psicológicas.

María Teresa Martin López. Características del Modelo Educativo:[476]

1. Se corresponde principalmente con el area de influencia del norte de Europa, donde la intervención con los menores infractores se lleva a cabo desde el ámbito municipal, con la lógica de la desjudicialización de las intervenciones.

2. Pretende evitar a toda costa que el menor entre en el sistema judicial, por ejemplo, a través de la creación de consejos de familia que remplacen a estos tribunales de menores (responden a la teoría del etiquetado de Joffman, Becker, Lemert y Wertman).

[475] Apartado elaborado con información obtenida de: Sánchez, J., *¿Estado de Bienestar?*, Revista de Treball Social, núm. 108, Barcelona, 1982.

[476] Apartado elaborado con información obtenida de: Martin López, María Teresa, *La Responsabilidad Penal de los Menores*, Editorial Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001.

3. Pero no supone prescindir por completo de una intervención judicial, sólo que no será especializada sino los tribunales penales ordinarios.

4. Defensa de la no intervención sobre la base del interés del menor: las instituciones etiquetan.

5. Subir la edad penal hasta hacerla coincidir con la mayoría de edad civil.

6. Puesta en marcha de diversos organismos asistenciales para potenciar la acción educativa: plazas de internados en residencia, formas de tratamiento que no alejen a los menores de las familias y barrios y la supervisión de las medidas impuestas a través del *Probation Officer*, que en unos casos dependerá del Ministerio del Interior y en otros del Ministerio de Asuntos Sociales (en el Reino Unido).

7. Aparición por primera vez de soluciones extrajudiciales que suponen el inicio de los que posteriormente se conocerá como mediación.

En el modelo educativo se potencializan soluciones extrajudiciales en detrimento de la intervención judicial, por medio del desarrollo de técnicas alternativas a través de la "diversión" que agrupa tendencias de política criminal orientadas a prescindir de las orientaciones de un proceso penal de adultos.

En Sentido Positivo. Se destaca que las estrategias de diversión tienen interés en orden a la evitación de los peligros de estigmatización del proceso penal frente al delincuente juvenil y al delincuente ocasional por delitos no graves.[477]

En Sentido Negativo. Se pone de manifiesto la falta de comprobación empírica de los programas implantados y el fracaso demostrado de algunos proyectos, criticando su contradicción con los principios del Estado de derecho, principalmente con el principio de legalidad y el derecho a un proceso con las garantías. Este modelo fue adoptado por los Estados Unidos de América. Otro de los modelos existentes en materia de menores infractores y justicia para adolescentes, es el modelo educativo o rehabilitador. En este modelo se potencializan soluciones extrajudiciales en detrimento de la intervención judicial, por medio del desarrollo de técnicas alternativas a través de la diversión que agrupa tendencias de política criminal orientadas a prescindir de las orientaciones de un proceso penal de adultos. Este modelo fue utilizado principalmente en los años sesenta y setenta en Europa y se basa en el modelo del estado de bienestar, que se impone como el *welfare model*, así como en el desarrollo de las ciencias médicas y psicológicas.[478]

[477] *Ídem*.
[478] *Ídem*.

Modelo de Responsabilidad. El modelo de responsabilidad surge en Europa, y tiene como punto de partida el principio educativo más importante, educar en la responsabilidad.

A raíz de una profunda transformación en las sociedades a consecuencia de cambios demográficos, económicos, tecnológicos, sociales y culturales.

La delincuencia juvenil cambio en su naturaleza y volumen por influencia de la crisis económica, el desempleo, la migración de miles de niños y jóvenes en condiciones económicas severas, etc.

La delincuencia juvenil cambio en su naturaleza y volumen por influencia de la crisis económica, el desempleo, la migración de miles de niños y jóvenes en condiciones económicas severas, etc. La opinión pública y los gobiernos fueron dirigidos hacia un incremento del tratamiento punitivo de la delincuencia.[479]

El modelo de rehabilitación puro aparecía cada vez como demasiado ingenuo para luchar contra ella. La atención al elemento justicia en el tratamiento de los delincuentes juveniles fue cada vez mas importante, llevando el péndulo incluso hacia un modelo de pura orientación punitiva y retributiva.[480]

María Teresa Martin López. Características del Modelo de Responsabilidad:[481]

1. La justicia juvenil se basa no en la "indulgencia" sino en la respuesta al delito cometido.

2. El delito es un problema estatal más que un conflicto entre individuos.

3. La sociedad abdica de su responsabilidad por el delito a favor de un sistema judicial estatal retributivo.

Se basa en la filosofía del "*free will*" de acuerdo con la cual, incluso un joven es responsable de sus acciones. El modelo retributivo se basa en los tribunales de adultos, considerando que el castigo y la prisión protegen a la sociedad. Este modelo permite el establecimiento de una edad mínima por debajo de la cual solo se puede intervenir desde ámbitos fuera del penal. No obstante, no existe una normativa internacional que establezca una edad mínima. Se refuerza la posición legal del menor respecto al reconocimiento legal de los derechos y las garantías procesales, se impone rapidez en la actuación judicial y agilización en la tramitación: el proceso debe estar cronológicamente relacionado con el hecho cometido y no desvinculado de él. Es adecuada una jurisdicción especializada. Se limita al mínimo la intervención de la justicia. Por lo que se orienta hacia la remisión, lo que significa evitar

[479] *Ídem*.
[480] Garduño Garmandia, Jorge, *El Procedimiento Penal en Materia de Justicia de Menores*, Editorial Porrúa, México, 2004, p. 34.
[481] *Op. cit.*, Martin López, María Teresa.

recurrir a los tribunales en el caso de jóvenes que hayan cometido cualquier delito excepto aquellos particularmente graves, al menos cuando se trata del primer arresto. Se trata de desarrollar medidas alternativas, conservando las garantías legales debidas. Se amplía el catálogo de posibles consecuencias jurídicas, se establece una graduación y se reducen al mínimo las sanciones privativas de libertad. Bajo este modelo existe el principio de proporcionalidad entre el hecho y su respuesta, desaparecen las sentencias indeterminadas y el reconocimiento de una finalidad educativa en la ejecución de las medidas. Se evita el encarcelamiento preventivo o por sentencia o las respuestas meramente punitivas. Se ofrece una mayor atención a la víctima: se potencia el contacto beneficioso entre la víctima y el infractor y se prevé una compensación directa del infractor a la víctima.

CAPÍTULO 8. LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES VINCULADOS A LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES INFRACTORES

1. DECLARACION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO O CARTA DE GINEBRA. (Primera versión es de 1924. Revisada en 1946. Reformulada en 1959. Conforme a la resolución 1386/xiv de la Asamblea General de las Naciones Unidas).

2. DERECHOS DEL NIÑO EN LA DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS APROBADA POR NACIONES UNIDAS EN 1948.

3. DERECHOS DEL NIÑO Y EL CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS. (ROMA 1950).

4. DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS DEL NIÑO DE 1959.

5. PACTOS DE DERECHOS CIVILES Y POLITICAS Y DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.

6. REGLAS MINIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ADMINISTRACION DE LA JUSTICIA DE MENORES. (REGLAS DE BEIJING). (Aprobadas por el VII Congreso sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Milán, Italia. 1985. Ratificada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 96º Reunión. 26 de Noviembre de 1985, resolución 40/33).

7. REGLAS DE NACIONES UNIDAS PARA LA PROTECCION DE MENORES PRIVADOS DE LA LIBERTAD. (REGLAS DE RIAD).

8. DIRECTRICES DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PREVENCION DE LA DELINCUENCIA JUVENIL. (DIRECTRICES DE RIAD). (Adoptadas y proclamadas por la Asamblea General de la Organización de la Organización de las Naciones Unidas, en su relación 45/112, del 14 de diciembre de 1990).

9. REGLAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PROTECCION DE LOS MENORES PRIVADOS DE LIBERTAD DE 1990. (Adoptadas por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en su resolución 4/113, de 14 de diciembre de 1990).

10. REGLAS MINIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE MEDIDAS NO PRIVATIVAS DE LIBERTAD DE 1990. (REGLAS DE TOKIO).

11. ADMINISTRACION DE LA JUSTICIA DE MENORES DE 1997. (DIRECTRICES DE VIENA).

12. CARTA AFRICANA SOBRE LOS DERECHOS Y EL BIENESTAR DEL NIÑO.

13. CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS DEL NIÑO. (Adoptada en Nueva York, el 20 de noviembre de 1990. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991).

14. DIRECTRICES SOBRE LA JUSTICIA EN ASUNTOS CONCERNIENTES A LOS NIÑOS VICTIMAS Y TESTIGOS DE DELITOS. (RESOLUCION 2005/20).

15. REGLAS DE BRASILIA DE 2008.

8.1. Análisis de los Instrumentos Internacionales Vinculados a la Protección de los Menores Infractores.

Declaración de los Derechos del Niño o Carta de Ginebra.[482] La Sociedad de las Naciones adoptó, en su V asamblea del 14 de septiembre de 1924, el primer instrumento internacional específico formal sobre los derechos de los niños, denominado Declaración de Ginebra. Este instrumento se basa en un documento denominado "Declaración de los Derechos del Niño" elaborado por Englantine Jebb, fundadora de distintas organizaciones destinadas a "salvar a los niños".

Si bien estos instrumentos utilizan el concepto "derechos de los niños" ellos contemplan más bien un conjunto de principios humanitarios limitados a establecer indicaciones respecto del trato que los niños deben recibir de parte de la sociedad.

El texto de la Declaración de 1924, se encuentra redactado a partir de preceptos que contienen "deberes" de la humanidad que pueden resumirse en:

1. Proponer al desarrollo físico y espiritual.
2. Proveer a la alimentación.
3. Asistir en la enfermedad.
4. Promover la asistencia a la escuela.
5. Concurrir a la protección y corrección.

[482] *La Protección de los Derechos del Niño. En el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español*, Facultad de Derecho-ICADE, Universidad Pontificia de Colimillas, Madrid, 1994, p.p.1-9.

6. Prestar socorro prioritario.

7. Proteger de la explotación económica.

8. Brindar una educación que inculque el sentimiento del deber de poner todas las cualidades al servicio del hermano.

La Declaración de Ginebra. Corresponde perfectamente a lo que anteriormente se denominó vertiente humanitaria, que concurrió a formar la legislación de menores latinoamericanos de la segunda y tercera década del siglo XX.

Respecto a los conflictos en que se pudieran ver involucrados los niños, la declaración no hace referencia expresa a las infracciones penales, sino que las trata en conjunto con situaciones muy diversas y adhiere a un ideal de corrección y rehabilitación.[483]

La Declaración no establece derechos específicos; sin embargo, se orienta en la línea de no aplicar el sistema penal a los niños, tanto en la definición de las conductas como en la reacción social.

La Declaración de Ginebra Señala en el Número 2.

1. El niño hambriento debe ser alimentado.

2. El niño enfermo debe ser asistido.

3. El niño retrasado en su educación debe ser alentado a proseguirla.

4. El niño desviado de la buena senda debe ser vuelto a ella.

5. El huérfano y el abandonado deben ser corregidos y socorridos.

La referencia a la desviación, la corrección y el deber de volver al niño a la "buena senda" presentan una propuesta alternativa a la aplicación del sistema penal para el tratamiento jurídico de las infracciones a la ley penal.

Desde el punto de vista jurídico, la "Declaración de los Derechos del Niño" no recoge explícitamente los derechos que desde la "Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789", son considerados clásicos, como la libertad, la igualdad y la seguridad.

En síntesis, son solamente un conjunto de: "deberes básicos que asume la humanidad y que emanan de un intento claro de evitar que los niños sufrieran aún más los resultados de la guerra" Lo incompleto de esta Declaración reafirma la idea que los niños son un "objeto jurídico" una "categoría de personas que deben ser protegidas" más que un sujeto al que se le reconocen derechos en sus relaciones sociales.

[483] Morris, Norval, *El Futuro de las Prisiones*, Siglo XXI editores, México, 1983, p. 56.

Estos textos confunden los derechos de los niños con las facultades, prerrogativas y deberes de los padres o personas responsables de los niños.

Su mayor valor se expresa en que los niños comienzan a salir de la indiferencia jurídica y del ámbito de la subordinación privada, para pasar a convertirse en un asunto público, en una existencia valiosa y vulnerable, que debe ser protegida.

Goran Therbon.

Nos dice que corresponde a una de las fases, tal vez la última del proceso de "constitución del concepto moderno de menor que definió lo que es minoría de edad y menor" a la que le seguirá la de "emancipación" que, a nuestro juicio, solo culmina sesenta y cinco años con la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La mayor debilidad de esta concepción es que alienta la imagen de un niño con derechos especiales, construidos al margen de los derechos reconocidos a todas las personas y fortalece la idea de separar a los niños de los procedimientos y protecciones jurídicas propias de todas las personas.

En lugar de una protección complementaria se promovió la separación del tratamiento jurídico del niño con el del adulto.

La incorporación de estos principios a la legislación penal aplicable a los niños es compleja, traduciéndose fundamentalmente en un impulso despenalizador que, como se verá más adelante, al fundirse con ideas provenientes del positivismo naturalista, consolido un sistema punitivo/tutelar o de protección/represión de los niños y jóvenes infractores que desconoce los derechos reconocidos a todas las personas que son sometidas a la justicia penal.

Derechos del Niño en la Declaración Universal de Derechos Humanos Aprobada por Naciones Unidas en 1948. Después de la Segunda Guerra Mundial, se forman las Naciones Unidas, cuya Asamblea General aprobó la "Declaración Universal de Derechos Humanos, el 12 de diciembre de 1948".

Los derechos contemplados en la Declaración son aplicables a todos los hombres, incluidos los niños, en virtud del principio de no-discriminación e igual protección ante la ley. (arts. 2 y 7 de la declaración universal).

La Declaración Universal de Derechos Humanos contempla derechos y garantías vinculados a la aplicación del sistema penal que debieran considerarse en la legislación de infancia y que han sido posteriormente recogidos por la Convención sobre los Derechos del Niño.

Entre estas disposiciones pueden citarse:

1. La prohibición de torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 5 declaración, recogida por el art. 37 letra a de la convención sobre los derechos del niño).

2. La prohibición de la detención, prisión o destierro arbitrarios (art. 9 declaración y 37 letra b de la convención sobre derechos del niño).

3. El derecho a un recurso efectivo ante los Tribunales de Justicia y a ser oída por un Tribunal imparcial (arts. 9 y 10 declaración, recogido por el art. 40.2.a. de la convención).

4. La presunción de inocencia, la irretroactividad de la ley penal y el derecho a la defensa (art 11 de la declaración y 40.2.a. de la convención). En el ámbito específico de la niñez, la Declaración Universal de Derechos Humanos contiene disposiciones destinadas a la protección de la familia que es considerada el "elemento natural y fundamental de la sociedad (artículo 16.3.), el derecho a cuidados y asistencias especiales y a la igual protección social de los hijos nacidos dentro como fuera del matrimonio" (artículo 25.2.). También es importante mencionar el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que dispone que "nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o correspondencia…" Este derecho es recogido por el art. 16 de la Convención de Derechos del Niño. La Declaración, finalmente, contempla también importantes derechos en el ámbito de la cultura y la educación que son parte integrante del derecho al desarrollo de los niños y jóvenes contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño. *(Después de la Segunda Guerra Mundial, se forman las Naciones Unidas, cuya Asamblea General aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos, el 12 de diciembre de 1948. Los Derechos contemplados en la Declaración son aplicables a todos los hombres, incluidos los niños, en virtud del principio de no-discriminación e igual protección ante la ley. (arts. 2 y 7 de la declaración universal). La Declaración Universal de Derechos Humanos contempla derechos y garantías vinculados a la aplicación del Sistema Penal que debieran considerarse en la legislación de infancia y que han sido posteriormente recogidos por la Convención sobre los Derechos del Niño.

Derechos del Niño y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (Roma 1950). En el ámbito del Consejo de Europa se celebra este Convenio que queda abierto a la ratificación de los países miembros. Es importante detenerse en este documento regional de derechos humanos, por cuanto hace referencia a la vinculación de los "menores" con el sistema penal.

Es relevante analizar el artículo 5, que establece:

"Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido en la ley: …

D). Si se trata del internamiento de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente."

El interés de esta disposición radica, más que en la solución que plantea, en el hecho que se haya considerado necesario hacer mención expresa a la regulación y calificación jurídica de los internamientos en instituciones para niños y adolescentes.

En efecto, si el Consejo de Europa estimo imprescindible contemplar los internamientos de niños en instituciones y su detención dentro de las restricciones legitimas al derecho a la libertad personal, fue porque de otra manera estas restricciones o medidas habrían resultado ilegitimas y violatorias de la libertad personal.

De este modo es necesario concluir que, para el Consejo de Europa, se requiere de autorización expresa para privar de libertad a los niños, aun por razones de vigilancia o educación.

Si se sigue la discusión constitucional sobre este punto en América Latina, se vera que en las constituciones de nuestros países se mantuvo intacta la garantía a la libertad personal, no se estableció el internamiento en instituciones de vigilancia o educación como excepción y, sin embargo, este se aplicó sin discriminación, sin ningún reparo constitucional, prácticamente hasta fines de la década de los ochenta.[484]

La concepción más reciente, seguida por los instrumentos internacionales, es contraria a la privación de libertad por factores de vigilancia o educación, ya que en ella constituiría un derecho penal de autor o una discriminación arbitraria en contra de los niños o adolescentes respecto de los adultos; igual posición se expresa respecto a los internamientos por protección.[485]

De este modo, desde la Convención sobre los Derechos del Niño, la disposición que se comenta se encuentra superada y se puede afirmar que ella es contraria a la actual evolución de los Derechos Humanos (El contexto en que se encuentra la norma también conspira contra una interpretación restrictiva de la privación de libertad. La letra e), del art. 5, se refiere al internamiento "conforme a derecho de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o un vagabundo").

La prueba más importante de ello es que no fue retomada en ningún otro texto posterior. En conclusión, esta disposición tiene un valor histórico en cuanto es la primera que a nivel internacional plantea el problema de la legitimidad de la privación de libertad por causas no penales y reconoce expresamente el carácter de privación de libertad de las internaciones fundada en la vigilancia o la educación, asunto que aun hoy día es discutido en nuestro país, existiendo todavía quienes sostienen que estas internaciones no son violatorias del derecho a la libertad personal.

[484] García Méndez, Emilio, *Derecho de la Infancia y la Adolescencia: de la Situación Irregular a la Protección Integral*, Forum Pacis, Santa Fe de Bogotá, 1997, p.84.

[485] Maxera, Rita, *La Legislación Penal de Menores a la Luz de los Instrumentos Internacionales: El Caso de Costa Rica*, http://www.iin.oea.org/La_legislacion_penal_R._%20Maxera.pdf, fecha de consulta: marzo de 2011.

Declaración Universal de Derechos del Niño de 1959. A partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, surge una enorme cantidad de instrumentos específicos que protegen y desarrollan algunos de los derechos enunciados en ella.

La situación de la infancia y la protección de la familia son objeto de múltiples instrumentos particulares y hasta el año de 1989, "los compromisos para la protección de la infancia se encontraban diseminados en más de 80 tratados y declaraciones internacionales".[486]

La comunidad internacional mantuvo una permanente preocupación por la infancia. Las Naciones Unidas crearon en 1946, el Fondo Internacional de Socorro a la Infancia, que posteriormente pasó a llamarse Fondo de Naciones Unidas para la Infancia, más conocido como UNICEF.

Esta agencia de Naciones Unidas surgió de la fusión de tres organizaciones que habían pertenecido a la Sociedad de las Naciones y que eran viva muestra de la preocupación internacional por la situación de la infancia y, en particular, de la que había sido afectada por las dos grandes guerras de la primera mitad del siglo pasado.

A la UNICEF le cupo un importante rol en la elaboración y difusión de la Declaración Universal de Derechos del Niño aprobada en 1959.

Al producirse la fusión en 1946, el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas promovió que se adoptara el texto de la Declaración de Ginebra, al cual se le hicieron algunas pequeñas modificaciones sin cambiar su espíritu general.

Ya en 1950 se elaboró un nuevo texto de Declaración Universal de Derecho del Niño, que fue analizado desde la perspectiva de uniformar la Declaración del Niño 1924 corregida y la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

Correspondió a la Comisión de Derechos Humanos estudiar el asunto, en ella se formaron dos opiniones:

> **Primera.** Dirigida a redactar una Convención, que traería obligaciones precisas para los estados partes y dotaría a los derechos de los niños de una fuerza jurídica mayor.
>
> **Segunda.** Que fue la fórmula elegida, proponía que se formulara una Declaración, basada en la aplicación de los principios generales de derechos humanos a la realidad de los niños.

El 20 de noviembre de 1959 se aprueba por la unanimidad de la Asamblea General de las Naciones Unidas la Declaración Universal de los Derechos del Niño.

[486] Maris González, Stella, *La Protección de la Infancia en el Marco del Derecho Internacional*, Edita Cruz Roja, Madrid, 1991, p.p. 49-50.

La Declaración se estructura sobre la base de diez principios y es un texto caracterizado por su brevedad.

Según se dispone en el segundo considerando, la Declaración debe entenderse como una especificación o complemento de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

El contenido de la Declaración no aborda los aspectos más directamente vinculados a la relación del niño con el sistema penal; sin embargo, establece el derecho del niño a gozar de una protección especial y a que se considere su interés superior por las personas encargadas de su educación y orientación.

La declaración no tenía fuerza obligatoria y su necesaria generalidad, determinada por su brevedad, la convierten fundamentalmente en un instrumento destinado a fortalecer la conciencia de la sociedad por las necesidades y derechos de los niños.

La influencia de la Declaración fue importante en diversos ámbitos de la vida de la infancia, en particular en los llamados derechos de supervivencia y desarrollo, pero, ciertamente, lo limitada en sus contenidos y en su fuerza jurídica, no fue un mecanismo eficaz para regular y limitar la aplicación indebida del sistema punitivo a los niños, hecho que, como se verá, continuo siendo generalizado en las distintas legislaciones nacionales.

La Declaración todavía se mantenía en un contexto en que el niño era más un objeto de derecho que un sujeto.

Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estos instrumentos están destinados a dar plena eficacia jurídica a la Declaración Universal de Derechos Humanos, con el fin de que sus principios, directrices y derechos adquieran inequívoca obligatoriedad jurídica a través de la ratificación de los Pactos por los Estados miembros de Naciones Unidas.

En ellos se contemplan normas generales que son aplicables a la infancia en virtud del principio de igualdad y algunas disposiciones específicas vinculadas a los derechos de los niños y la familia.

En el ámbito de las disposiciones penales aparecen en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos las que se podrían denominar las primeras garantías o derechos específicos de los niños ante el sistema penal contenidas en un instrumento universal de carácter vinculante:

> **Artículo 6 no. 5.** "No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de dieciocho años de edad ni se aplicara a las mujeres en estado de gravidez"

Artículo 10 no. 2. "Los menores procesados estarán separados de los adultos, y deberán ser llevados a los Tribunales de Justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento"

Artículo 10 No. 2 b. "Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica"

Artículo 14 Inc. 1. "Toda sentencia en materia penal o contenciosa será publica, excepto en el caso que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores"

Artículo 14.4. "En el procedimiento aplicable a menores de edad, a efectos penales, se tendrá en cuenta esa circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social" Este conjunto de garantías básicas, unidas a las reconocidas a todas las personas, significan un reforzamiento innegable de la posición jurídica del niño ante el sistema penal. El hecho de que al tratar de los diferentes derechos en forma sistemática se incorporara excepciones o normas especiales favorables a los niños y jóvenes, revela que el Pacto siempre los tuvo a la vista. En consecuencia, es posible interpretar que el reconocimiento de las demás garantías y derechos se hace tanto para los menores como para los adultos, en virtud del principio de no discriminación establecido en el artículo segundo. Es interesante observar que cuando el Pacto quiere ser preciso y taxativo como en la prohibición de la pena de muerte, se refiere a personas de menos de dieciocho años; en los otros artículos, de un modo menos estricto, habla de menores. El pacto, además, vuelve a reconocer que la familia es el elemento natural fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado:

Artículo 23. Reconoce el derecho del niño al nombre, al registro y a la nacionalidad.

Artículo 24.1. Establece un principio general de protección: "Todo niño tiene derecho sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia, como por la sociedad y el estado" Del análisis del Pacto de Derechos Civiles y Políticos se puede desprender que este es el primer texto que asume efectivamente la óptica de derechos, para establecer las relaciones del niño ante el sistema penal y es un precedente directo de la Convención sobre los Derechos del Niño. El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales recoge un conjunto de derechos de todas las personas y, a la vez, establece normas especiales para los niños. Como es lógico, el derecho a la educación tiene como titulares privilegiados a los niños, y en una medida distinta, igual acontece con el privilegio a la salud.

Artículo 10. Reitera la protección a la familia y a las madres durante el embarazo y después del parto y consagren su número tras una disposición que exige que los Estados tomen medidas destinadas a la protección de la infancia: "Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social…"

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing). El Comité en conjunto con otros organismos de la ONU formulo un proyecto de reglas mínimas a las que posteriormente se les conocería como "Reglas de Beijing" las cuales fueron aprobadas en 1984. La Asamblea General de la ONU, en sesión

Plenaria el día 29 de noviembre de 1985, efectuó la solemne aprobación y decidió incluirlas en el Anexo de la Resolución 40/33.[487]

Las Reglas de Beijing se Dividen en:[488]

Primera. Prevé los principios generales.

Segunda. Los aspectos vinculados a la investigación y el procesamiento.

Tercera. Se refiere a la sentencia y resolución.

Cuarta. Contiene reglas acerca del tratamiento fuera de los establecimientos penitenciarios.

Quinta. Aborda el tratamiento en los establecimientos penitenciarios.

Sexta. Se refiere a la investigación, planificación, formulación y evaluación de políticas.

Séptima. Las reglas de Beijing, disponen y desarrollan los mismos derechos que contempla el Convenio sobre los Derechos del Niño, esto es la detención preventiva, la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no ser obligado a prestar testimonio ni a confesarse culpable (no auto incriminarse) el derecho al asesoramiento jurídico, el derecho a la presencia y compañía de los padres o tutores del menor, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a estos, el desarrollo de una investigación y de un procesamiento, los requisitos que debe contener la resolución y el derecho de impugnación ante una autoridad superior.

También estas reglas mínimas nos indican que los organismos encargados de llevar a cabo estos procedimientos deben ser altamente especializados y capacitados, para atender las necesidades de los menores de edad y así poder cumplir cabalmente con el ordenamiento, siendo el principal objetivo prevenir reincidencias y no infligir una pena por un delito cometido.

Estos organismos deben conocer a perfección tantos las necesidades de los menores infractores como las de las víctimas.

Además respecto de la privación de libertad de los menores, se indica que deberá llevarse a cabo como ultima ratio y deberá ser la duración de dicha privación del menor tiempo posible.

[487] Liwski, Norberto Ignacio, *Hacia un sistema Integral de Justicia y Políticas acordes con el marco jurídico Internacional*, Gutiérrez Contreras Juan Carlos (coord.), Derechos Humanos de los niños, niñas ya adolescentes, Programa de Cooperación Sobre derechos Humanos de la Comisión Europea-Secretaria de Relaciones Exteriores, México, 2006, p.p. 28-29.

[488] Apartado elaborado con información obtenida de: *ídem*.

De igual forma el mecanismo de justicia de menores debe utilizarse como última ratio, pues nos indican las reglas de Beijing que se deben utilizar mecanismos de control informal más eficaces para evitar que los menores cometan injustos.

Inclusive las reglas señalan la necesidad de las facultades de discrecionalidad, dándole vitalidad al principio de oportunidad.

Con especial hincapié, las reglas de Beijing hacen mención del derecho a la intimidad, a las reglas del primer contacto cuando un menor de edad sea detenido, en caso de ser posible la libertad inmediata del menor, principio de especialización policial, también hablan sobre los informes de las investigaciones sociales, en los que se debe de auxiliar la autoridad competente antes de resolver sobre la causa.

También detalla los principios rectores sobre los que se debe basar la sentencia, los cuales son el de proporcionalidad, el de la última ratio a cualquier restricción a la libertad, en el entendido de que; solo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada, (Regla 17.1 C), el del interés superior del menor, la prohibición de imponer pena capital o pena corporal, la posibilidad de que la autoridad competente suspenda el proceso en cualquier momento.

Para evitar el confinamiento en la medida de lo posible se proponen medidas alternativas como; ordenes en materia de atención, orientación y supervisión, libertad vigilada, ordenes de prestación de servicios a la comunidad, sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones, ordenes de tratamiento intermedio y otras formas de tratamiento, ordenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas, ordenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos, entre otras (Regla 18.1).

También se prevé el principio de celeridad procesal, poniendo mucho cuidado en prevenir demoras innecesarias, además del principio de confidencialidad en los registros de los casos, entre otras.

Las Reglas de Beijing proveen orientación a los Estados para que protejan los derechos de los niños y respeten sus necesidades cuando establezcan sistemas separados y especializados de justicia de menores.

Fueron el primer instrumento legal internacional que detalló de manera comprehensiva las normas para la administración de justicia de menores con un enfoque centrado en el derecho de los niños y su desarrollo.

Se elaboraron antes de la CDN, están mencionadas en su prefacio, y tienen varios de sus principios incorporados en la CDN.

Las Reglas de Beijing Fomentan. El uso de la remisión de las audiencias formales a programas comunitarios apropiados; los procesos ante cualquier autoridad conducidos en favor de los mejores intereses del niño; la consideración cuidadosa antes de privar de libertad a un menor; la capacitación especializada para todo el personal que maneja casos de menores; la consideración de liberación del arresto lo más pronto posible; y la organización y promoción de la investigación como base para la planificación efectiva y la elaboración de políticas.

De acuerdo con estas Reglas, un sistema de justicia de menores debe ser justo y humano, debe enfatizar el bienestar del niño y asegurar que la reacción de las autoridades sea proporcional a las circunstancias tanto del infractor como del delito.

También enfatiza la importancia de la rehabilitación, lo que requiere la ayuda en forma de educación, empleo o alojamiento.

Reglas de Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados De La Libertad (Reglas De Riad).[489] Este detallado instrumento establece los estándares que se aplican cuando un menor (cualquier persona menor de 18 años) es confinado a una institución o establecimiento (sea penal, correccional, entidad educativa o de protección o sea que la detención se haya hecho debido a que se le ha encontrado convicto o por sospecha o porque ha cometido una falta o simplemente porque se estima que el menor está en riesgo), por una orden judicial, orden administrativa, o de alguna autoridad pública.

Además, las normas mínimas incluyen principios que definen de manera universal las circunstancias específicas en las cuales los menores pueden ser privados de su libertad y enfatiza que la privación de la libertad debe ser el último recurso, por el periodo más breve posible, y limitado a casos excepcionales.

Establece las condiciones mínimas estándares en caso de que la privación de la libertad sea inevitable. Las reglas de las naciones unidas para la protección de los menores privados de libertad, representan un marco aceptado internacionalmente para contrarrestar los efectos negativos de la privación de libertad al asegurar el respeto de los derechos humanos de los menores.

Directrices de Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil de 1991 (Directrices de Riad).[490] Las directrices de Riad (llamadas así en alusión a una reunión

[489] Apartado elaborado con información obtenida de: Wernham, M., *An Outside Chance: Street Children and Juvenil Consortium for Street Children*, 2004, p.p. 38-39.

[490] Apartado elaborado con información obtenida de: *Op. cit.*, Liwski, Norberto Ignacio, p.p. 32 y ss.

internacional de expertos sobre el proyecto de su texto celebrada en la capital de Arabia Saudita en 1988) fueron adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, del 14 de diciembre de 1990, las cuales de acuerdo con Roberto Ignacio Liwski, deben ser tenidas en cuenta a la hora de diseñar una política dirigida a la justicia juvenil: Sus principios fundamentales establecen que la prevención de la delincuencia juvenil es parte esencial de la prevención del delito en la sociedad por lo que es necesario que toda sociedad procure un desarrollo armonioso de los adolescentes y respete y cultive su personalidad a partir de la primera infancia.

También se reconoce la importancia y necesidad de una política progresista de prevención de la delincuencia a fin de elaborar medidas que eviten criminalizar y penalizar al niño por conductas que no causan graves perjuicios en su desarrollo ni perjudican a los demás.

Dentro de estas estrategias deberán garantizarse el ejercicio pleno de los derechos y el desarrollo de las capacidades de los niños, niñas y adolescentes.

Adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de fecha 14 de Diciembre de 1990.

Las citadas directrices, elaboran una serie de principios para poder prevenir el delito tanto a nivel juvenil, como las prevenciones en general, instando a los Gobiernos a implementar planes y mecanismos para la prevención general del delito.

Entre otras cosas propone el análisis a fondo del problema y reseñas de programas y servicios, facilidades y recursos disponibles; funciones bien definidas de los organismos, instituciones y personal competentes que se ocupan de actividades preventivas, mecanismos para la coordinación adecuada de las actividades de prevención entre los organismos gubernamentales y no gubernamentales, políticas, estrategias y programas basados en estudios de pronósticos que sean objeto de vigilancia permanente y evaluación cuidadosa en el curso de su aplicación, métodos para disminuir eficazmente las oportunidades de cometer actos de delincuencia juvenil, participación de la comunidad mediante una amplia gama de servicios y programas, estrecha cooperación interdisciplinario entre los distintivos niveles del gobierno y distintos gobiernos, participación de los jóvenes en las políticas y en los procesos de prevención de la delincuencia juvenil y personal especializado en todos los niveles del gobierno.

Las Directrices de Riad representan un enfoque integral y proactivo de prevención y reintegración social, en donde se detallan estrategias sociales y económicas que involucran a las diversas instancias sociales: la familia, la escuela, la comunidad, los medios de comunicación, la política social, la legislación y la administración de la justicia juvenil.

La prevención no es vista solamente como una manera de evitar situaciones negativas, sino más bien como un medio para promover de manera positiva el bienestar general.

Requiere un enfoque más pro-activo que debe involucrar los "esfuerzos de toda la sociedad para asegurar el desarrollo armonioso de los adolescentes".

De manera particular recomienda que los países desarrollen intervenciones basadas en la comunidad para prevenir que los menores entren en conflicto con la ley y reconoce que las "agencias formales de control social" deben utilizarse solo como último recurso.

La prevención general comprende "planes de prevención en cada nivel del gobierno" y debe incluir: mecanismos para la coordinación de esfuerzos entre las instituciones gubernamentales y no gubernamentales; el monitoreo continuo y la evaluación; la participación de la comunidad mediante un amplio rango de servicios y programas; la cooperación interdisciplinaria; y la participación de los jóvenes en las políticas y procesos de la prevención.

Las Directrices de Riad también hacen un llamado para que se quite la categoría de crimen a determinados delitos y recomienda que los programas de prevención den prioridad a los niños que estén en riesgo de ser a satisfacción de los niños limitan la acción del Estado y sus injerencias arbitrarias, desproporcionadas, inadecuadas o innecesarias en la vida de los niños (artículo 16 y otros.), y exigen que el Estado, los padres y la sociedad presten especial protección a los derechos del niño y al desarrollo del ejercicio autónomo de ellos por el propio niño (artículo 5 y otros.).

Los mecanismos de protección de los derechos de los niños tienen carácter nacional e internacional, ya que los Estados Parte adquieren compromisos ante la comunidad de las naciones y, al incorporarse al derecho interno, son aplicables los mecanismos de garantía propios del sistema interno.

Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad de 1990. Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de Diciembre de 1990. Establece las reglas mínimas para aquellos menores que serán privados de su libertad, dentro de las cuales se indican; el respetar los derechos y la seguridad de los menores y fomentar su bienestar físico y mental.

El encarcelamiento deberá usarse como ultima ratio (regla 1 y 2), se deberá procurar el fomento a los contactos entre los menores privados de su libertad y la comunidad local (regla 8), la privación de la libertad deberá efectuarse en condiciones y circunstancias que garanticen el respeto de los derechos humanos, fomentando el sano y pleno desarrollo de los menores de edad (regla 12), absolutamente prohibida la discriminación (regla 13), se presumirá que los menores detenidos bajo arresto o en espera de juicio son inocentes y deberán ser tratados

como tal (artículo 17), en estos casos los menores tendrán derecho al asesoramiento jurídico gratuito, la comunicación con sus defensores cuantas veces lo estime necesario, siendo que dichas comunicaciones son inviolables (regla 18 a), intentar proporcionarle a los menores un trabajo remunerado y de proseguir sus estudios, siendo que no se puede mantener la detención en razón de su trabajo o estudios (regla 18 b), los menores estarán autorizados a recibir y conservar material de entretenimiento, mismo que deberá ser compatible con la administración de justicia.

Este detallado instrumento establece los estándares que se aplican cuando un menor (cualquier persona menor de 18 años) es confinado a una institución o establecimiento (sea un penal, correccional, entidad educativa o de protección, o sea que la detención se haya hecho debido a que se le ha encontrado convicto o por sospecha o porque ha cometido una falta o simplemente porque se estima que el menor está "en riesgo") por una orden judicial, orden administrativa o de alguna autoridad pública.

Además, las normas mínimas incluyen principios que definen de manera universal las circunstancias específicas en las cuales los menores pueden ser privados de su libertad y enfatiza que la privación de la libertad debe ser el último recurso, por el periodo más breve posible, y limitado a casos excepcionales.

Establece las condiciones mínimas estándares en caso de que la privación de la libertad sea inevitable.

Las Reglas para la Protección de los Menores Privados de Libertad representan un marco aceptado internacionalmente para contrarrestar los efectos negativos de la privación de libertad al asegurar el respeto de los derechos humanos de los menores.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas Sobre Medidas no Privativas de Libertad de 1990 (Reglas De Tokio). Adoptadas por la Asamblea General en resolución 45/110, de fecha 14 de diciembre de 1990. Estas reglas dan una serie de alternativas para fomentar que los distintos Estados no apliquen la pena privativa de libertad, o apliquen está en la menor medida posible, dando posibilidades, como son:

1. Las sanciones verbales.

2. La amonestación.

3. La represión y la advertencia.

4. La libertad condicional.

5. Penas privativas de derechos.

6. Sanciones económicas y penas en dinero, como multas, incautación o confiscación, mandamiento de restitución a la víctima o de indemnización.

7. Suspensión de la sentencia o condena diferida, régimen de prueba y vigilancia judicial, imposición de servicios a la comunidad, obligación de acudir regularmente a un centro determinado.

8. Arresto domiciliario, cualquier otro régimen que no entrañe reclusión o, cualquier combinación de las sanciones precedentes.

9. Esta fase, posterior a la sentencia se podrá imponer medidas sustitutivas a la reclusión, entre las cuales se encuentran, los permisos y centros de transición, la liberación con fines laborales o educativos, distintas formas de libertad condicional, la remisión y el indulto.

Las Reglas tienen el propósito de involucrar a la comunidad en el manejo de la justicia penal, especialmente en el tratamiento de los infractores, así como promover entre ellos un sentido de responsabilidad hacia la sociedad.

En la implementación de las Reglas, los gobiernos deben asegurar un equilibrio adecuado entre los derechos de los infractores, de las víctimas y las preocupaciones de la sociedad respecto a la seguridad pública y la prevención del crimen.

A fin de proveer mayor flexibilidad y de acuerdo con la naturaleza y gravedad del delito y teniendo en cuenta la personalidad y antecedentes del infractor, así como la protección de la sociedad, se deberá evitar el uso innecesario del encarcelamiento, por lo que el sistema de justicia penal deberá proveer una amplia gama de medidas correctivas que no incluyan la prisión y que consideren las fases anteriores al juicio y las disposiciones después de que se dicte la sentencia.

En los casos que sean apropiados y compatibles con el sistema legal, la policía, el servicio de fiscalía u otras entidades que tratan los casos penales deberían de tener el poder de liberar al infractor si consideran que no es necesario continuar con el caso para proteger a la sociedad, para prevenir el crimen o para promocionar el respeto a la ley y los derechos de las víctimas.

Administración de la Justicia de Menores de 1997 (Directrices De Viena). Esta Resolución de las Naciones Unidas provee una visión general de la información que se recibe de los gobiernos acerca de cómo se administra la justicia de menores en sus países y en particular cómo se involucran en programas nacionales de acción para promover la efectiva aplicación de las reglas y estándares internacionales sobre la justicia de menores.

El documento contiene el anexo Directrices para la Acción por los Niños en el Sistema de la Justicia Penal, elaborado por expertos de una reunión llevada a cabo en Viena en febrero de 1997.

La versión preliminar de este programa de acción provee un conjunto de medidas integrales que es necesario implementar para establecer un sistema de justicia de menores que funcione con eficiencia de acuerdo con la CDN, las Directrices de Riad, las Reglas de Beijing y las Normas Mínimas Uniformes para la Protección de los Menores Privados de Libertad.

Carta Africana Sobre los Derechos y el Bienestar del Niño. Esta carta se puede considerar como una adaptación de la CDN para el contexto regional de África.

La versión preliminar fue elaborada por la *Organisation of African Unity* (conocida ahora como *African Union*) y garantiza los derechos básicos de los niños en el contexto de la cultura africana.

De manera similar a la CDN, la Carta contiene amplias disposiciones socioeconómicas que pueden ser consideradas holísticamente, así como disposiciones específicas sobre la justicia juvenil.

Convención Internacional de los Derechos del Niño.[491] Frente a la ratificación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en junio de 1990, nuestro país adquirió el compromiso de adecuar sus instituciones conforme a esta nueva forma de vislumbrar a la juventud y a la infancia, en la que la idea de protección se traslada, de la protección de las personas, a la de sus derechos, dejando de ser la persona objeto de tutela, para transformarse en la posibilidad de que sean sus derechos los que deban ser garantizados.

En este proceso de adecuación en las instituciones y estructuras del Estado mexicano, se han realizado diversas acciones que permiten observar un avance importante en la materia, aunque no el deseable, y han participado en el mismo, tanto los poderes de la Union, como los tres niveles de gobierno.

Respecto de la justicia para menores o niños y adolescentes, como primera acción del Estado mexicano frente al compromiso internacional, fue la creación de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la Republica en Materia Federal, la que inicio su vigencia en el mes de febrero de 1992.

Actualmente, por lo que se refiere la administración de justicia para menores en el Distrito Federal, la Nueva Ley de Justicia para Adolescentes,[492] de esta entidad estableció el inicio de actividades del sistema de justicia, el 6 de octubre de 2008, por lo que la Ley para el Tratamiento continuara vigente respecto a la Federación, aunque inoperante, hasta en tanto se emita la legislación que establezca el Sistema de Justicia para Adolescentes en Materia Federal.

[491] Apartado elaborado con información obtenida de: Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La Justicia de Menores a la Luz de los Criterios del Poder Judicial de la Federación*. Primera Edición, Publicación SCJN, México, 2009, p.p. 300 y ss.
[492] Publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 14 de noviembre de 2007.

Desde el inicio de la vigencia de esta Ley, hasta la reforma del artículo 18 constitucional se logró que el sistema de justicia, que promovía como modelo, fuera adoptado por trece estados de la Republica. Baja California, Campeche, Chiapas, Chihuahua, Coahuila, Distrito Federal, Estado de México, Guanajuato, Nayarit, Nuevo León, Querétaro, Sonora y Yucatán.

El 7 de abril de 2000, se publicó una importante reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 4º. Para integrar en nuestro marco de garantías este cambio de rumbo, o en términos más precisos, esta nueva forma de percibir y conceptuar a nuestra infancia, en tanto que el texto constitucional, adicionado el 18 de marzo de 1980 y que tenía como referencia los derechos de los niños, establecía: "Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades ya la salud física y mental.

La Ley determinaría los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas. Luego de la reforma mencionada, el texto actual del párrafo del artículo 4º constitucional es el siguiente: "Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral". "Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos". "El Estado otorgara facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez".

Podemos observar, la manera en que el precepto constitucional modifica el objeto de protección, en tanto, que el texto anterior disponía la "protección de los menores", y el actual texto ordena "el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos".

Esto transforma por completo el paradigma de relaciones entre el Estado y la niñez, en tanto que, como hemos mencionado, son sus derechos y no los menores los que deben ser protegidos, asumiendo que ellos y su desarrollo pleno como personas, podrán actualizarse cuando sus derechos sean garantizados con efectividad.

Derivado de esta reforma, se expidió la Ley General sobre los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, ley que fue adoptada por los estados de la Republica y que en esencia reproducía el contenido de la Convención, esto, es, con esta ley se positivizó, en nuestro marco jurídico, el contenido de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Luego de un prolongado proceso parlamentario, el 12 de diciembre de 2005, se realizó una muy importante reforma al artículo 18 constitucional en el que ya, de manera abierta, se establecieron en nuestra Carta Magna una serie de principios decididamente apegados al espíritu de la Convención que ordeno la creación de un Sistema Integral de Justicia para Adolescentes, lo que ha derivado en el surgimiento, propiamente, de una nueva jurisdicción especializada en materia penal para este sector de la población, a cargo de los Poderes Judiciales Federal y Estatales.

Esta reforma implica un avance en la materia en tanto se podría apreciar que se transita de un sistema en el que se respetaban algunas garantías procesales de la Materia Penal contempladas por nuestra Constitución a un sistema de responsabilidad penal especial o modalizado.

En el caso de la Suprema Corte y del Poder Judicial de la Federación, son varios ya los criterios del Pleno del Alto Tribunal, de la Primera Sala y los Tribunales Colegiados de Circuito los que han sido sustentados bajo el principio del "interés superior de la infancia", logrando consolidar de manera paulatina los nuevos paradigmas respecto de las relaciones del Estado, la sociedad y la familia con los menores y especialmente, para los efectos de este estudio, en relación con los menores que se encuentran en conflicto con las leyes penales, abandonándose de plano todo viso de tutelarismo y protección personal en esta nueva relación.

En el presente capitulo haremos un repaso de las respuestas del Estado mexicano a la Convención Internacional de los Derechos del Niño, haciendo patente el modo en que la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Poder Judicial de la Federación han participado para ajustar estas acciones al mandato dispuesto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para Toda la Republica en Materia Federal. Respecto de la creación de la ley, Luis Rodríguez Manzanera nos comenta que: "Durante el VIII Congreso de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (La Habana 1990), se revisaron las Reglas de Beijing, y se aprobaron las Directrices de RIAD y las Reglas para menores privados de la libertad; a esta reunión asistimos en nuestra calidad de expertos de la ONU".[493]

El presidente de la delegación mexicana, Lic. Emilio Rabasa, entonces Subsecretario de Gobernación, a su regreso a México, nombro con la anuencia del Sr. Secretario Fernando Gutiérrez Barrios, una comisión para redactar un proyecto que estuviera acorde con los instrumentos de Naciones Unidas, de manera que nuestro país pueda cumplir con los compromisos internacionales para la implantación de una justicia de menores congruente con los más adelantados principios que, conforme a los avances de ciencia y del humanismo, deben imperar.

La comisión, estuvo formada por el Dr. Fernando Flores García, el Lic. Antonio Sánchez Galindo, el Lic. Jesús Béjar Vázquez (entonces Presidente del Conejo Tutelar) y por el que esto suscribe, encargándose de la coordinación el Dr. Gonzalo Armienta Calderón. (El anteproyecto de término en marzo de 1991).

[493] Rodríguez Manzanera, Luis, *El Derecho Internacional ante el Menor Infractor*, Criminalia, Academia Mexicana de Ciencias Penales, año LVIII, núm. 1, enero-abril 1992, México, p.p. 127-128.

En una segunda etapa, a partir de abril, el Lic. Dionisio Pérez Jácome, nuevo Subsecretario de Gobernación, encargo al Lic. Luis Hernández Palacios sustituir al Lic. Béjar y trabajar el proyecto definitivo de la ley, a la comisión se agregó la Lic. Celia Marín. El anteproyecto se presentó al Sr. Presidente de la Republica, quien lo sometió al H. Congreso de la Union, que lo aprobó, siendo publicado como Ley en el Diario Oficial el 24 de diciembre de 1991.

En voz de otro de sus autores, la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores "integra las corrientes doctrinales, tanto del extranjero como nacionales, sobre los ámbitos de derechos humanos, procedimiento y tratamiento.

Concede a los menores la calidad de sujetos de derecho y busca su adaptación social, contemplando explícitamente, los principios de legalidad, audiencia, defensa, asesoría jurídica e impugnación. También establece la tajante prohibición de maltrato, incomunicación, coacción psicológica, o cualquier otra acción que atente contra la integridad de los menores.[494]

Luis Rodríguez Manzanera.[495] Al hablar de la intención general de la ley nos dice: El espíritu de la ley es dar a la menor plena personalidad, abandonando paternalismos infructuosos y buscando tanto la adaptación social como la protección de su dignidad, con irrestricto respeto a los derechos humanos.

En esta forma, el menor deja de ser objeto de derecho para convertirse en sujeto de derecho.

Como es posible observar, la respuesta del Estado mexicano al llamado de Naciones Unidas por medio de la Convención y de los instrumentos internacionales fue inmediata, los autores referidos asumiendo el nuevo paradigma, plasmaron los principios de la Doctrina de Protección Integral en el novedoso ordenamiento que habría de regir la respuesta del Estado frente a la problemática de la delincuencia de menores.

Como veremos más adelante, esta ley cumple casi en su totalidad con los principios de dichos instrumentos, por lo que debe considerarse como un serio esfuerzo nacional por solventar los compromisos internacionales adquiridos por la firma de la Convención y no ser tratado con la poca justicia con la que se le menciona en la doctrina actual.

Esta ley se compone de siete títulos, que tocan diversos temas de la forma siguiente: el preliminar, que se encarga de precisar el objetivo de la ley, el respeto a las garantías individuales en su aplicación y la protección jurídica del menor en el procedimiento:

[494] Hernández Palacios, Luis, D*isertación sobre la nueva Ley para el tratamiento de menores infractores para el Distrito Federal en la Academia Mexicana de Ciencias Penales*, Criminalia, año LVII, núm. 2, abril de 1992, México, p. 196.
[495] Apartado elaborado con información obtenida de: *Op. cit.*, Rodríguez Manzanera, Luis, *Criminalidad…*, p. 413.

TITULO PRIMERO: Integrado por tres capítulos, contempla la organización del Consejo de Menores; los órganos que lo integran y las facultades de sus funcionarios, de la Unidad de Defensa de Menores y sus atribuciones.

TITULO SEGUNDO: Establece la estructura y el funcionamiento de la Unidad encargada de la prevención y el tratamiento de menores.

TITULO TERCERO: Compuesto por siete capítulos, diseña el procedimiento a seguir en el caso de los menores infractores, estableciendo reglas generales, la manera de integrar la investigación de las infracciones y de la substanciación del procedimiento, el sobreseimiento, las ordenes de presentación, los exhortos, la extradición, y la caducidad.

TITULO CUARTO: Se refiere a la reparación del daño.

TITULO QUINTO: Integrado por cinco capítulos, establece los requisitos del diagnóstico y señala las medidas de orientación, protección y tratamiento que deberá aplicar la Unidad de Prevención y Tratamiento de Menores, por instrucciones de los consejeros.

TITULO SEXTO: Establece disposiciones generales finales.

Atendiendo al cambio de rumbo respecto de la política criminal en relación con los menores infractores, existen algunos puntos de relevancia en la exposición de motivos que resulta importante destacar, con el objeto de tratar de entender el viraje que con la promulgación de esta ley se dio a las relaciones que el Estado sostenía con los menores en conflicto con la ley penal.

En principio, se habla de que la prevención de los delitos y el adecuado tratamiento de los delincuentes es una tarea prioritaria del Estado, puesto que cuando se trata de menores infractores, la prevención social cobra una mayor importancia en virtud de que en este nivel existen posibilidades de corregir a tiempo conductas antisociales, que más tarde pueden alcanzar altos niveles de gravedad.[496]

Podemos advertir un cambio radical respecto de la posición del Estado frente a los menores; debido a que el discurso se transforma en tanto que, ya no se habla de proteger a los menores, no se habla de que son inimputables por las condiciones sociales o personales, etcétera; no se habla de tutelar, más bien se habla de la obligación que corresponde al Estado de prevenir los delitos y readaptar a los delincuentes, en especial a los menores, ya que son susceptibles de corregirse a tiempo, lo que implica que la inversión que el Estado mexicano realiza para generar todo un aparato burocrático, con un adecuado andamiaje normativo, ya no tiene como base la inimputabilidad de los menores sino que, el Estado se ha dado cuenta de que el trabajo de readaptación con ellos puede dar mejores resultados en esta etapa, que si se

[496] Exposición de Motivos de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores en materia Común para el Distrito Federal y para toda la Republica en materia Federal.

realizara con mayores de edad, esto es, se pone el acento en la posibilidad de un mejor pronóstico de readaptación tratándose de menores infractores.

La Justicia de Menores se Encontraba Legislada en dicha Ley.[497]

Artículo 1. Establece que tiene por objeto reglamentar la función del Estado en la protección de los derechos de los menores, así como la adaptación social de aquellos cuya conducta se encuentra tipificada en las leyes penales federales y del Distrito Federal. Esta norma mantiene en vigor la figura de los consejos de menores, de los cuales regula su estructura y funcionamiento y estipula que estos son competentes para conocer la conducta de las personas mayores de 11 y menores de 18 años. Entro en vigor a finales de 1991 y sustituyo a la de 1974.

Artículo 2. Establece como directriz básica el respeto de las Garantías Individuales Consagradas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los Tratados Internacionales, así como el Interés Superior del Menor. Ello quiere decir que los mismos derechos fundamentales aplican tanto para los enjuiciamientos de adultos imputables como para los menores infractores.

Artículo 3. Señala una serie de prohibiciones tajantes que encierra el derecho inalienable a la dignidad, a la integridad física y al libre desarrollo de la personalidad. El menor a quien se atribuya la comisión de una infracción, recibirá un trato justo y humano, quedando prohibidos, en consecuencia, el maltrato, la incomunicación, la coacción psicológica, o cualquier o cualquier otra acción que atente contra su dignidad o su integridad física o mental.

Artículo 4. Este es un órgano que pertenece al poder desconcentrado del poder ejecutivo y por tanto, en México nos adherimos al sistema administrativo.

En el auxilio del órgano decisor se encuentra el Comité Técnico Interdisciplinario, el cual se constituye por diversos especialistas de la materia, como medios, pedagogos, licenciados en trabajo social, psicólogos así como criminólogos.

La unidad administrativa encargada de la prevención y tratamiento de menores, por conducto de un comisionado, será la encargada de erigirse como órgano investigador y acusador de las infracciones, aun cuando el legislador se cuidó de no incluir la frase "ejercicio de la acción" y, por ende, no puede haber técnicamente una parte acusadora, ni tampoco es estricto sentido, un proceso, pues este último requiere del ejercicio de la acción.

Por su parte, la Unidad de Defensa de Menores se constituirá como la posición defensiva del menor. Se advierte un verdadero proceso penal disfrazado, pues hay una fase de

[497] Diario Oficial de la Federación, 27 de diciembre de 1991.

investigación, una etapa intermedia y una fase de instrucción, aun cuando el legislador haya intentado omitir ciertos términos. Es en realidad un juicio abreviado, el cual, además no deja de tener ciertas deficiencias que a continuación se mencionaran.

En primer lugar, según el artículo 1 Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la Republica en Materia Federal de 1991, tiene por objeto de adaptar socialmente a los menores cuya conducta se encuentra tipificada en las leyes penales federales y del Distrito Federal, cuando además de estas se están obviando los llamados "delitos en razón de su condición" mismos que no necesariamente significa; "cargarle la mano de más a los menores" sino que pretende corregir conductas desviadas que a la postre pueden mal formar el desarrollo del menor de edad, adelantando las barreras temporales y dándole mayor eficacia a la prevención especial.

Estas conductas son, por ejemplo: "Ausencias injustificadas, desobediencia en la escuela y en la familia, ebriedad en público, etc.

Cuyas conductas aun cuando no pueden ser consideradas delictivas, si son antisociales y, por ello, el tratamiento del menor se convierte en una especie de control formal para disminuir conductas delictivas que pudieran surgir a la postre.

Por lo que toca al procedimiento, cabe decir que es relativamente sencillo, este se desarrolla esencialmente de la siguiente manera, una vez que el Ministerio Publico tiene conocimiento de que un menor de edad se encuentra involucrado en alguna conducta tipificada por las leyes penales, deberá remitir al menor o en su caso el expediente al Comisionado de la unidad administrativa encargada de la prevención y tratamiento de menores, esta deberá integrar la investigación y, por tanto realizar las diligencias de investigación que estime pertinentes, para que en caso de que se tenga por comprobada la infracción y la probable participación del menor de edad, se ponga a disposición del Consejero unitario competente, quien en un plazo de cuarenta y ocho horas deberá resolver sobre la situación jurídica del menor.

En caso de que el consejero unitario decida que el menor de edad debe sujetarse al procedimiento de instrucción, entonces se dará cinco días hábiles a las partes, esto es tanto al comisionado como a la defensa, para que aporten sus pruebas.

Terminado dicho plazo, dentro de los diez días hábiles siguientes se llevara a cabo la práctica de pruebas y de alegatos.

Para que con posterioridad se emita la sentencia correspondiente. Respecto de la valoración de las pruebas, hay que señalar la impropiedad de las reglas generales que marca la Ley de Tratamiento de Menores Infractores, toda vez que en primer lugar, el legislador comete el error de hablar de prueba plena, cuando lisa y llanamente se debe indicar que el Consejo

tendrá libertad para valorar todas y cada una de las pruebas, limitándose a aplicar las reglas de la lógica y de la experiencia.

Esto es ceñirse por el principio de la sana crítica. Además de lo anterior, se vuelve a caer en el error de darle valor probatorio a lo practicado durante la etapa de investigación y no solo eso, sino que dicha práctica ministerial y del comisionado tendrá valor probatorio pleno, atentando con el principio de inmediación, contradicción, igualdad de oportunidades, garantía de defensa, etc.

Otra cuestión que crea el tener un disfrazado proceso penal para menores, es que se intenta sin éxito homologar cuestiones que se encuentran fuera de la constitución, para aclarar esta cuestión veamos el problema que se puede suscitar con la confesión, pues la C.P.E.U.M es muy clara al respecto, solo se concederá valor probatorio a las confesiones rendidas ante el Ministerio Publico o ante la autoridad judicial.

Por otra parte la legislación en comento habla de la conciliación pero no desarrolla del cómo se debe llevar a cabo ni de qué clase de consecuencias jurídicas tendrá, situación que si bien no la vuelve inoperante, si la convierte en incierta.

Siendo que este es uno de los temas más importantes a tratar, por ser una fórmula para dar por terminado el procedimiento con antelación, evitando carga de trabajo al Consejo de Menores, dándole respuesta a la víctima y provocando cierta prevención especial en el infractor.

En la fase de instrucción, como piedra angular se encuentra una fase probatoria en la que serán admisibles toda clase de pruebas que sean también admisibles en el procedimiento ordinario penal, esto es todas aquellas que no atenten contra la moral o el derecho, esto es el dogma de la prueba prohibida, ilegal e irregular.

Se antoja pertinente como propuesta de *lege ferenda* que existiera el desarrollo legislativo en este contexto, para evitar verdaderas injusticias.

Artículo 6. La Ley de Tratamiento de Menores Infractores, en absoluta sintonía con la Convención sobre los Derechos del Niño antes aludida, señala un parámetro de edad mínima y máxima, esto es que solo los sujetos entre 11 y 18 años de edad, se les podrá aplicar dicha ley y, por tanto, únicamente estas personas podrán ser enjuiciadas como menores de edad.

Por su parte, los menores de once años se les prestaran asistencia social por los organismos públicos o iniciativa privada encargada de la materia.

Esta situación parece, por demás adecuada, ya que es difícil que un menor de 11 años de edad tenga la capacidad para comprender la ilicitud del acto.

La estructura del procedimiento se basa en una integración de la investigación de infracciones o fase de averiguación, una resolución inicial, la etapa de instrucción y diagnóstico, el dictamen técnico, la resolución definitiva, la evaluación de la aplicación de las medidas de orientación, de protección y de tratamiento, la conclusión del tratamiento y el seguimiento técnico ulterior.

Todo el procedimiento se llevara ante el Consejo de Menores, el cual se compone de un Presidente del Consejo, una Sala Superior, un Secretario General de Acuerdos de la Sala Superior, los consejos unitarios que determine el presupuesto, un Comité Técnico Interdisciplinario, los Secretarios de Acuerdos de los consejeros unitarios, los actuarios, haya tres consejeros supernumerarios, la unidad de Defensa de Menores, las unidades técnicas y administrativas que determine.

Este es un sistema en el que el Consejo de Menores se encuentra compuesto por el órgano decisor; Sala Superior (segunda instancia) y Consejeros Unitarios (primera instancia), el órgano acusador, unidades técnicas y administrativas y, la defensa del menor infractor, la unidad de defensa de menores.

Esta cuestión no deja de tener serios inconvenientes toda vez que merma la imparcialidad y la objetividad del procedimiento, pues en primer lugar siendo el Consejo de Menores un órgano desconcentrado que pertenece al poder ejecutivo, carece de total independencia, aun cuando se predisponga que tiene autonomía técnica.

Por otra parte, no parece muy sano que tanto la parte acusadora como la defensa pertenezcan al mismo órgano que el propio decisor, puesto esto crea cierta ambigüedad en órganos que por su naturaleza deben pertenecer a posiciones encontradas frente a un tercero imparcial, independiente y que única y exclusivamente se sujeta a la ley.

Con respecto a los sujetos, habría que comentar que el órgano encargado de decidir sobre los asuntos relacionados con los menores infractores es el Consejo de Menores.

En este sentido, la primera instancia se dirime ante los Consejeros Unitarios y la segunda instancia ante la Sala Superior del Consejo de Menores.

Artículo 33. La finalidad de las medidas de seguridad está orientadas en una doble vertiente, prevención general y prevención especial.

Las medidas que pueden ser adoptadas para la respectiva adaptación social del menor consisten en medidas de tratamiento externo e interno.

Para el tratamiento externo la ley prevé la guarda en el medio socio-familiar del menor o en hogares sustitutos y, para el tratamiento interno los centros establecidos por el consejo de menores.

Al respecto cabe señalar que el tratamiento externo no podrá exceder de un año y el tratamiento interno no podrá ser mayor de cinco años.

Aun cuando en esencia la citada ley cumple con ciertas directrices de la Convención de los Derechos del Niño y de los Instrumentos Internacionales ya analizados, en un sistema hibrido entre el modelo tutelar y el modelo de justicia, aun cuando se basa predominantemente en los postulados de este último, que requiere de una revisión profunda, pues falta en este tema de verdadera importancia, mismo que se encuentran indicados por los instrumentos internacionales.

Cabría señalar grandes ausencias legislativas, como es el caso del tema de la prueba prohibida, ilegal e irregular, medidas optimas del principio de oportunidad, como lo es la conciliación bien desarrollada, los medios tecnológicos adecuados y cualquier otro mecanismo idóneo para la protección del menor.

Por otra parte cabe indicar que nuestro sistema de enjuiciar, tanto para adultos imputables como para menores infractores, no funcionara hasta en tanto no reformulemos su estructura probatoria y funcional, esto es que la fase de averiguación previa por regla general se practicaran diligencias de investigación para obtener fuentes de pruebas, salvo en el caso de las pruebas anticipadas o preconstituidas y en la fase de instrucción, se practicaran, por regla general, medios de pruebas, salvo las que se hayan practicado durante la averiguación en su carácter de anticipadas o preconstituidas.

Además de lo anterior, cabría reformular el sistema de los menos infractores en base a un análisis profundo de los derechos fundamentales y los principios informadores del proceso, con los lineamientos señalados por los instrumentos internacionales.

Sergio García Ramírez. La considera como: "un ordenamiento defectuoso que ha recibido diversas críticas desde los frentes tutelar y garantista", no obstante en este ordenamiento ya se aplicaron los criterios garantistas mediante los cuales se les reconocen derechos procesales a los menores, se excluyen las faltas administrativas y el estado irregular como materia de la Ley, pero no se previó una separación de funciones ya que la misma autoridad que determina las responsabilidades es la que realiza la investigación, además de que se observa la posibilidad de que la autoridad tome un gran número de decisiones discrecionales.[498]

[498] García Ramírez, Sergio, *Jurisdicción para Menores de Edad que Infringen la Ley Penal. Criterios de la Jurisdicción Interamericana y Reforma Constitucional*, Ponencia presentada por el Juez Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos durante el Seminario Internacional sobre los Derechos Humanos de los Niños, Niñas y Adolescentes. Monterrey, Nuevo León, octubre de 2005. Esta exposición constituye la reconstrucción de sus conferencias "Derechos humanos de los menores de edad y justicia penal", presentada en este Seminario, y "Justicia para adolescentes", presentada en la Conferencia Nacional El nuevo modelo de justicia para adolescentes en México.

CAPÍTULO 9. LA PROTECCION DE LOS MENORES INFRACTORES CONFORME A LOS INSTRUMENTOS REGIONALES AMERICANOS

Unión Internacional de las Repúblicas Americanas de 1890. La organización de Estados Americanos es el organismo regional internacional más antiguo del mundo; sus orígenes se remontan a 1890, año en que se estableció la Union Internacional de Republicas Americanas. Incluso antes el panamericanismo se había hecho presente con instrumentos jurídicos como la Union, Liga y Confederación entre la Gran Colombia y el Perú en 1826.

Tercer Congreso Panamericano de 1919.[499] Una resolución del tercer congreso panamericano del niño, inspiro la creación de la oficina internacional panamericana del niño, la misma que tuvo su sede en Montevideo, y paso a ser eje del sistema de congresos panamericanos sobre la infancia, posteriormente en agosto de 1925 fue rebautizado como el Instituto Internacional de Protección a la Infancia y continua funcionando hasta el presente con el nombre de Instituto Interamericano del Niño, con sede en Montevideo, como organismo especializado de la organización de Estados Americanos. Durante el devenir de los diez y seis Congresos Panamericanos del Niño, podemos señalar dos etapas:

Primera Etapa. Comprendida entre 1916 a 1935, denominado la etapa del niño impuro.

Segunda Etapa. Comprendida entre 1924 y 1968, conocida como la etapa del niño peligroso.

En esta etapa se busca al niño ideal en contraposición con el niño real que existe hasta ahora en América, se trata de la Eugenesia, de los temas de la pureza racial, se considera la leche materna como uno de los productos ideales para la alimentación del niño, se trata de la gravedad que significa el aumento de la tuberculosis y otras enfermedades infecto contagiosas que llevan a la muerte a numerosos niños, del estado paternalista, de la protección que precisa las madres y los niños obreros, finalmente de aquel estado que debe tener la virtud de ser paternalista, una legislación codificada en la que se trata del abandono, de la adopción de tribunales de menores, de la corrección y prevención.

Declaraciones de Oportunidades del Niño, Formulada en Washington en 1942.[500] La vida de familia, oportunidades para que cada niño pueda crecer rodeado de cariño y con la disciplina indulgente con la vida familiar se debe adoptar las siguientes medidas:

[499] Apartado elaborado con información obtenida de: Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, http://www.iin.oea.org/IIN2011/index.shtml, fecha de consulta: abril de 2011.
[500] *Ídem*.

A) Todos los niños deberán vivir en el seno de la familia cuyo nivel de vida adecuado y disfrute de una situación económica establece.

B) El Estado debe tomar las medidas necesarias para asegurar la estabilidad económica de la familia.

C) El Estado debe procurar que los niños que no tienen hogar, deban crecer en un ambiente adecuado.

D) Solo cuando no es posible cuidar a los niños en un ambiente familiar se le colocara en un asilo.

Horas Libres. Oportunidad: Para que el niño se pueda incorporar a la vida de la colectividad. Con este propósito en mente es necesario estimular la conciencia del Niño para que se dé cuenta de su obligación de contribuir al progreso de la comunidad y prepararlos para las responsabilidades de la ciudadanía y que se dé cuenta que los derechos disfrutados es democracia.

Para que el niño pueda tener parte en las actividades que conviertan las materias primas de la vida humana en creaciones de utilidad o de belleza como artista o en la fábrica, como miembros de las instituciones organizadas para el mejoramiento social.

Para que cada niño pueda obtener los alimentos esenciales de una vida sana y correcta: alimento nutritivo, recreo saludable suficiente descanso, ara un buen desarrollo físico, emocional e intelectual y también para los que le rodeen, se requiere lo siguiente:

1. Alimentación adecuada.

2. Vigilancia regular, medica psicológica.

3. Recreación experimentalmente dirigida.

4. Descanso suficiente y reparación.

5. Orientación de la personalidad en todos sus aspectos y manifestaciones.

6. Preparación para la vida colectiva.

Educación. Oportunidad: Para que el niño pueda determinar cuáles son sus aptitudes especiales debe recibir una solución de acuerdo con su edad y capacidad mental; a) Orientación de las vacaciones del niño; b) Organización apropiada de la educación intelectual física, espiritual y cultural.

Personalidad Y Trabajo. Oportunidad: Para que cada niño aprenda a asumir responsabilidades y tenerlas en la vida de la colectividad. Con este propósito en mente es necesario crear trabajo de acuerdo a su edad, tales como:

Enseñar al niño a dominarse en su vida de manera que pueda asumir la debida responsabilidad a cualquier edad.

Fomentar leyes sobre el trabajo, que fijen edad mínima para que puedan dedicarse a ocupaciones de seis horas, máximo.

Conferencia de Bogotá de 1948.[501] Era la novena conferencia, se adoptó la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Carta de la Organización de Estados Americanos. Además de los derechos reconocidos a todas las personas, la Declaración contiene algunas disposiciones específicas sobre los niños, como la protección a la familia y a la mujer embarazada.

Congruente con las ideas de la época, las disposiciones más interesantes están en el capítulo segundo relativo a los deberes:

> Artículo 30. "Toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad."
>
> Artículo 31. "Toda persona tiene el deber de adquirir a lo menos la instrucción primaria"

Esta Declaración no contiene más normas específicas sobre la infancia.

Congreso de Menores de Perú de 1962.[502] En el Perú en 1962, se promulgó el Congreso de Menores y adopto entre otras, la Declaración de Oportunidades del Niño, del VIII Congreso Panamericano de 1942.

Para esta etapa ya no van a ser actores solamente los profesionales que hemos mencionado sino que van a intervenir sociólogos, antropólogos, psicopedagogos, estadísticas, asistencia social, etc. Van a asistir expertos en la problemática de menores.

Es bueno hacer notar que en el VIII Congreso Panamericano del Niño se resuelve reiterar y reafirmar los objetivos de América para con sus niños y reasegurar que estos objetivos tengan un lugar principal para la justa y verdadera paz que anhelan los países de América.

Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1969. El Pacto de San José, es un instrumento clave en el reconocimiento de los derechos humanos en los países de la región. Además de contener todos los derechos generales, este instrumento consagra numerosas disposiciones específicas acerca de los niños, tanto en el ámbito penal, como en las relaciones de familia y otras áreas de derechos.

> **ARTICULO 1.2.** Referente al sujeto titular de los derechos reconocidos, señala que; "persona es todo ser humano" por lo que se comprende al niño en todas las disposiciones y en especial, en el completo catálogo de garantías ante el sistema penal.

[501] *Ídem*.
[502] *Ídem*.

En el ámbito de la no discriminación, además de las normas generales, se señala en el Artículo 17.5 que, la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

Además la Convención Americana contempla derechos específicos para los niños ante el sistema penal, como "el derecho a una justicia especializada y a un tratamiento cuando puedan ser procesados" (Art. 5.5.), "la prohibición de la pena de muerte" (Art. 4.5.), y numerosas disposiciones relativas a sus derechos económicos, sociales y culturales, incluido un conjunto de derechos reconocidos a la familia, que es definida como el elemento natural y fundamental de la sociedad. (Art.17).

> **Artículo 19.** Contempla expresamente el derecho del niño a la protección, señalando: "Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que por su condición de menor requieren por parte de su familia, la sociedad y del Estado."

Es interesante que el Artículo 27, relativo a la suspensión de garantías en caso excepcionales, señale expresamente entre las garantías que no se pueden suspender los derechos del niño contemplados en el artículo diecinueve recién transcrito.

Congresos de 1973, 1977, y 1984. Expresiones Clave en Relación a los Menores de Edad.[503] Anemias, nutricionales de privación, destruición irreversible, situación irregular, estrategia de sobrevivencia, grupos de riesgo, infraestructura de la violencia, niños vulnerables, personas deficitaria, sociedad marginada, pobreza crítica, zona marginal.

Congreso de Chile de 1977.[504] Se afirmaba que la problemática del menor en situación irregular tiene su causa principal en las contradicciones socio-económicas de nuestros países, solo superables con una profunda transformación de nuestra estructura.

En este Congreso se opinó que para corregir esta situación y adoptar medidas de justicia social, así como poder llenar la canasta familiar, o el otorgamiento de préstamos para la adquisición de viviendas y para apoyar a las clases menos favorecidas con apoyo social.

El menor necesita el apoyo de su familia y de la comunidad y del Estado a través de acciones y políticas planificadas a través del tiempo y en el espacio.

Comité de Derechos Humanos de 1979. Dispone que lo que determina la aplicabilidad de los derechos y garantías, que deben ser reconocidos a las personas frente al sistema penal, no se mide por la circunstancia de que el derecho interno reconocía determinado procedimiento como sistema penal, ni que por medio del mismo se determine o no el carácter delictivo de ciertas conductas.

---

503 *Ídem*.
504 *Ídem*.

Lo que define la aplicabilidad imperiosa de los derechos y garantías son las consecuencias que la aplicación de ese sistema pueda impedir para el interesado.

Así resolvió el problema de la aplicación de las garantías procesales a los menores que, por ser inimputables, no podían ser personas acusadas de delito, el comité de derechos humanos al interpretar el artículo 14.2., del Pacto Sobre Derechos Civiles y Políticos, en Salgar de Montejo con Colombia (64/1979).

Congreso de Montevideo de 1984.[505]

> 1. Que la familia sea el intermediario necesario y conveniente entre el niño y los medios de comunicación.
>
> 2. Que la familia asegure la educación del menor junto con el Estado.
>
> 3. Que el Estado encargue a la familia y a la comunidad el cuidado de los menores que deambulan.
>
> 4. Que los planes nacionales de educación el punto de partida sea la educación para la familia.
>
> 5. Que se realicen campañas para la promoción de la vida en familia.
>
> 6. Que en la institución familiar se dé el marco indispensable para el desarrollo físico, afectivo y familiar del individuo y como fundamento de la sociedad ordenada.
>
> 7. Que la salud es importante para el desarrollo armónico integral de la familia para formar una unidad indisoluble.
>
> 8. Que la comunidad sirva para juzgar un papel significativo en el control de los factores biológicos y sociales para promover la salud de los niños.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos de 1985.[506] Emite un informe sobre los sistemas de Justicia Penal. En dicho informe se destacan como características fundamentales de la Legislación Tutelar de Menores, su disposición y falta de coherencia así como la existencia de grandes diferencias entre los fines que se proclamaban y los medios para realizarlos.

Un ejemplo característico es que, pese a que desde hacía mucho tiempo se habían consagrado los Tribunales de Menores, no se encuentran, por entonces, lo suficientemente extendidos.[507]

Reglas de Brasilia de 2008.

[505] *Ídem*.
[506] *Ídem*.
[507] Zaffaroni, Eugenio Raúl, (Coordinador), *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina, Informe Final*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos. (S.L.). De Palma. Buenos Aires. 1986, p.p. 239 y ss.

> **Regla 3.** Se considera en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.
>
> **Regla 5.** Todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo.

Las Reglas de Brasilia, se aprobaron por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, que ha tenido lugar en Brasilia durante los días 4 a 6 de Marzo de 2008.

XII Congreso de las Naciones Unidas Sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, Celebrada en Salvador Bahía, Brasil en Abril de 2010. Se dedicó el tema tres a los niños, los jóvenes y la delincuencia.

El tema no es nuevo para la Organización de las Naciones Unidas, pero se ha planteado en vista de que, en el momento actual, muchos niños y jóvenes se ven inmersos en la delincuencia, incluso en delitos violentos.

El congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Pena (CPCJC) se realiza cada cinco años, con la propuesta de discutir los desafíos que enfrentan en este campo, los países que conforman a la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

Los resultados tienen impacto directo en políticas nacionales e internacionales, especialmente en prevención del delito, y en el enfrentamiento al crimen organizado y seguridad pública.

Estos encuentros han servido como catalizador de trabajos anteriores desarrollados en áreas de justicia penal, además de aumentar el interés por este asunto a lo largo de los años.

Mientras el primer Congreso de las Naciones Unidas en Prevención del Delito y Tratamiento de Ofensores (anterior nomenclatura del actual CPCJC) contó con la participación de 61 (sesenta y un) países, el décimo CPCJC tuvo la presencia de alrededor de 2.000 (dos mil) participantes.

En aquella ocasión, se incluyó por primera vez, la participación de una esfera de alto nivel, conformada con la presencia de importantes autoridades, Jefes de Estado, de Gobierno, Cancilleres y Ministros de Estado.

En Latinoamérica ya fueron realizados dos congresos, uno en Venezuela en 1980 y otro en Cuba, en 1990.

Los dos congresos buscaron el mismo objetivo, promover a nivel global, debates sobre políticas de prevención del delito y medidas más eficaces de justicia penal.

El Congreso de las Naciones Unidas en Prevención del Delito y Justicia Criminal, se realiza desde 1955, en varias partes del mundo, y colabora con la formulación de políticas nacionales e internacionales, con discusiones de ideas y logrando nuevos abordajes a las situaciones relacionadas con una de las instituciones más importantes de los Estados Contemporáneos: el Sistema.

CAPÍTULO 10. LA JUSTICIA DE MENORES INFRACTORES CONFORME A LOS CRITERIOS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Si bien es cierto que en México la evolución del Sistema de Justicia para Menores, al igual que el común denominador de los demás países, conto con un cuerpo doctrinario que influyo de manera determinante en los órganos ejecutivos y legislativos para su adopción, igualmente resulta que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha jugado un papel muy importante en la consolidación y la legitimación de estas instituciones a través de criterios reflejados en tesis jurisprudenciales que han marcado pautas trascendentales y han aclarado la naturaleza de las instituciones, poniendo con ello límites a las discusiones doctrinarias respecto del tema y encauzado la normatividad y las acciones de las propias instituciones dentro del marco constitucional.

10.1. Evolución del Sistema de Justicia de Menores.[508]

Primer Momento. Se identifica con la importante tesis reconocida por la doctrina como la Tesis Castañeda, que hace un análisis de gran trascendencia sobre las funciones y la naturaleza jurídica del Tribunal para Menores creado por la Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal, Ley Villa Michel, del 30 de marzo de 1928, a la que se suman dos tesis más, emanadas de los amparos penales en revisión número 624/35 y 3196/34, respectivamente.

Segundo Momento. De gran importancia es posible ubicarlo a mediados de los años 80 cuando se comienza a resquebrajar la institución tutelar y a partir de la resolución de la resolución de un asunto de competencia, el Tribunal Pleno reconoce que el Consejo Tutelar para Menores es autoridad para los efectos del amparo y que los juicios de garantías en contra de sus resoluciones deben ser del conocimiento del Juez de Distrito en Materia Penal. Unido a este momento, nos encontramos con otra importante resolución, que a partir de una redefinición de los derechos fundamentales que estaba experimentando, el más Alto Tribunal declara que la Ley para la Creación del Consejo Tutelar para Menores resulta violatoria del

[508] Apartado elaborado con información obtenida de: Hermoso Larragoiti, Héctor, *Del Tribunal de Menores Infractores al Sistema Integral de Justicia para Adolescentes*, Serie Cuadernos de Jurisprudencia, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial, presentación Ministro Juan Díaz Romero. Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, Cuadernos de Jurisprudencia núm. 4, México, 2009, p.p. 23-25.

artículo 14 constitucional, atento a que su procedimiento no otorga propiamente la garantía de audiencia.

Tercer Momento. Y quizá de los más trascendentales, se presenta en la actualidad con la resolución que adopta el Pleno de la Suprema Corte respecto de la acción de inconstitucionalidad de la Ley de Justicia para Menores del Estado de San Luis Potosí, a partir de la cual el más Alto Tribunal realizo un detallado análisis del Sistema Integral de Justicia para Adolescentes contemplado en el artículo 18 constitucional con base en la reforma del 12 de diciembre de 2005.

Con lo establecido en los mencionados criterios, la Suprema Corte ha conformado su vocación de ser el más Alto Tribunal del país y orientador de la ruta que deben seguir las instituciones nacionales, en el caso particular respecto de la justicia para menores, o para adolescentes, como prefieren llamarle algunos.

Ley Sobre Prevención Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal (Ley Villa Michel, del 30 de Marzo de 1928 y el Tribunal de Menores).[509] En primer lugar debemos comentar que el inicio formal de la Justicia para Menores en México se ubica con la creación del Tribunal para Menores sustentado en la Ley sobre Prevención Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal, ya que aun cuando existió como antecedente el Tribunal de Menores establecido en San Luis Potosí en 1923,[510] y el Tribunal creado a partir del Reglamento para la Calificación de los Infractores Menores de Edad en el Distrito Federal, del 19 de agosto de 1926, el funcionamiento de este tipo de instituciones en México se materializo con la emisión de la ley primeramente mencionada.

En la creación formal de la jurisdicción tutelar existieron dudas y críticas, ya que este tipo de justicia que se adecuaba quizá al régimen norteamericano, se vio con desconfianza en nuestro país en razón de que el actuar preventivo y protector del Tribunal requería del abandono de ciertos principios de carácter penal, que se traducía en garantías del gobernado establecidas en la Constitución para el caso de un juicio criminal, garantías que eran respetadas por los órganos de justicia penal bajo el régimen establecido por el Código Penal de 1871 y el Código de Procedimientos Penales de 1880.

Por tanto, fue necesario fortalecer estas nuevas figuras procesales y tratar de armonizar el régimen constitucional de garantías y el nuevo sistema de justicia tutelar para menores.

La ocasión propicia para aclarar la naturaleza de las autoridades tutelares contempladas en la Ley de 30 de marzo de 1928, la tuvo la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver un asunto en 1931, que resulto de vital importancia para la consolidación de estas instituciones y

[509] Apartado elaborado con información obtenida de: *Op. cit.*, Hermoso Larragoiti, Héctor, p.p. 27-28.
[510] Sánchez Obregón, Laura, *Menores Infractores y Derecho Penal*, Editorial Porrúa, México, 1995, p. 36.

el sistema de justicia que ejercían, el cual permaneció vigente con algunos intentos modificatorios, hasta septiembre de 2006.

10.2. Amparo Penal en Revisión 3959/1931. (Tesis Castañeda).[511] El Tribunal para Menores no actúa como autoridad: Ante el Juzgado Primero de Distrito del Distrito Federal, en octubre de 1928, la madre de un menor solicito amparo en contra de diversas autoridades, incluyendo al Tribunal para Menores, por la detención inmotivada que sufría su hijo, argumentando que unos agentes lo habían conducido del taller donde trabajaba a la comisaria, y de allí fue llevado al Juzgado Quinto de lo Penal que lo consigno al Tribunal de Menores.

La autoridad policiaca manifestó que el menor aparecía como indiciado en una querella de robo, por lo que el Ministerio Publico solicito la presencia del menor.

Por su parte el Tribunal para Menores confirmo que el menor había sido remitido, por lo que se procedió a realizar estudios sociales de donde se obtuvo que el menor era amigo de la querellante, la que se dedicaba a la vida galante, que el padre del menor vivía en otro Estado de la Republica, separado de la madre desde hacía siete años; que la madre tenía una hija que no lo era del padre del menor, sino de otro sujeto que al parecer había muerto, y que ahora vivía con otra persona; que la educación del menor estaba descuidada.

Frente a los argumentos anteriores el Juez de Distrito, negó la Protección de la Justicia Federal, por lo que la quejosa interpuso la revisión de la sentencia ante la Suprema Corte, la que en sesión del 24 de julio de 1931, por medio de su Sala Penal, discutió y resolvió respecto del tema en el Toca 3959/1931.

El alegato de la quejosa, se basó en que la medida que imponía el Tribunal, se trataba verdaderamente de una detención, con independencia del nombre que le quisiera dar la ley, y que la misma constituía una violación a los artículos 14 y 16 constitucionales.

La Sala, antes de resolver el caso planteado considero, en el proyecto elaborado por el Ministro Machorro Narváez, la importancia de realizar un estudio de carácter general sobre la ley que creo a esta institución y sobre el sistema de excepción que se incluía para los menores.

En principio, en la resolución se estableció que dicho sistema de excepción se basaba principalmente en la declaración de que los menores de 15 años no contraían responsabilidad criminal por las infracciones que cometían a las leyes; que la institución formada por un normalista, un médico y un tercero experto es estudios psicológicos, de los cuales uno debía ser mujer, se encargarían de hacer la observación del menor que hubiere cometido delitos o infracciones administrativas, en sus aspectos físico, moral, social y pedagógico, con el fin de

[511] Apartado elaborado con información obtenida de: *Op. cit.*, Hermoso Larragoiti, Héctor.

proponer medidas; que la policía y el Juez solo se limitarían a remitir los casos de menores al Tribunal, que las medidas que podían adoptar eran la guarda personal, la educación correccional, la corrección, y que para la observación podían ser conservado en un establecimiento especial por el termino de quince días.

Atendiendo a que estas medidas implicaban la privación de la libertad sin el cumplimiento de los requisitos establecidos por los artículos 16, 19 y 21 constitucionales, la Sala considero necesario dilucidar sobre si esas medidas afectaban las garantías del menor, tomando en cuenta que estos se encuentran sujetos a la patria potestad.

En principio la Sala reconoció que los menores de edad gozan de las garantías constitucionales propias a su minoridad, pues el régimen constitucional de garantías no establece distinción alguna por razón de edad, por lo que los principios de estos derechos les son aplicables a los menores.

A pesar de ello, el Tribunal para Menores, había argumentado que la medida impuesta no se trataba de una detención en términos constitucionales, por lo que la Corte asumió la necesidad de aclarar si esa privación de libertad se trataba o no de una detención.

Para ello, la Sala explico que aunque la Constitución no mencionaba nada al respecto del tema, nuestra cultura occidental, reflejada en normas jurídicas, desde sus orígenes ha considerado a la familia como la base de la sociedad civil, y como tal, un elemento primordial de toda organización política.

Que el menor se encuentra sujeto a las limitaciones en el goce de ciertas garantías, como en el caso de la libertad, puesto que ella se encuentra sujeta a la patria potestad; además de que el Estado tiene la obligación de auxiliar a los padres en el ejercicio de la patria potestad, y que de la lectura de los debates del Constituyente de 1857, no es posible admitir que el régimen de garantías contemplado en nuestra Constitución se encuentre en contra del correspondiente a la patria potestad, que da derecho a restringir esa libertad del menor, como el hecho de colocarlo en ciertos colegios, con regímenes de salidas restringidas.

Que las garantías individuales se dan contra el Estado y no contra los particulares, y cuando el Estado acude en auxilio de los padres no se modifica el estatus de particular.

Pese a que se cuestione que cuando el Estado actúa por medio del Tribunal para Menores no es posible aplicar la teoría de la patria potestad, se debe considerar que la Ley de 1928, no establece una acción directa del Estado de carácter autoritario, más bien, atendiendo al alto interés social de preparar a las futuras generaciones, el Estado incursiona en la familia y se sustituye en quien ejerce la patria potestad, cuando no pueden ejercerla los padres.

La Sala argumento que la doctrina considera como un elemento característico del Estado la coacción y en el caso del Tribunal no desarrolla acciones de carácter coactivo, por tanto no viola garantías individuales, las cuales estuvieron ideadas para poner límites a la autoridad.

La Corte Puso de Relieve. Que los menores de 15 años no pueden ser perseguidos criminalmente ni sometidos a un proceso ante la autoridad judicial, lo que muestra que el Estado renuncia a su poder coactivo.

Asimismo que, aunque se llame Tribunal, su confrontación no sugiere una acción autoritaria puesto que se integra por un profesor normalista, un médico y un experto en estudios psicológicos de los cuales uno debe ser mujer, por lo que esta institución es distinta de los verdaderos tribunales integrados por abogados, de lo que se infiere que dichos tribunales no aplican el derecho como tal, sino que se trata de una acción educativa o cultural.

De igual modo, considero que el Tribunal tenía como objetivo el estudio y observación de los menores de quince años y no la instrucción de un proceso, además de que las medidas que podía aplicar eran de carácter médico, de amonestación, guarda, vigilancia, de educación, de educación correctiva, de corrección, de reforma, etcétera, de donde aparecía que no era la coacción el medio a emplear, mencionando adicionalmente que el Tribunal podía actuar estando el menor con su familia.

Por otro lado, resalto que las medidas de educación solo se aplicaban cuando el menor carecía de padres o tutores o estos se rehusaran o no pudieran aplicarlas, así como que el menor no era internado en una cárcel sino matriculado en una casa de observación.

Otro elemento tomado en cuenta fue que el procedimiento debía tener un carácter familiar y debía ser adecuado al mejor resultado de la observación científica, por lo que las audiencias debían estar desprovistas de toda formalidad judicial, con independencia de que las decisiones del Tribunal no podían considerarse como una sentencia.

Por las anteriores razones, la Sala estimo que la acción del Tribunal no era de carácter autoritario, sino que más bien desempeñaba una misión social y se sustituía a los padres en la acción educativa y correctiva de los menores, de lo que se deriva que tampoco se le considerara como autoridad para los efectos del amparo.

La Ejecutoria. Señaló tres conceptos importantes que el juez constitucional debía tener en consideración:

> **PRIMERO.** En el sentido de que las garantías individuales son para todas las personas sin distinción de edades.
>
> **SEGUNDO.** Que el menor esta sujeto a un régimen jurídico especial por razón de su educación y de la patria potestad, lo que no pugna con el sistema de garantías individuales.

> **TERCERO.** Que los menores están sujetos a la acción tutelar del Estado, que no es, ni puede ser de carácter coactivo. Para fortalecimiento de sus conceptos, la Sala recordó que las anteriores ideas habían sido desarrolladas de manera importante en muchas legislaciones como lo decía en su obra Pedro Dorado Montero, pero que en el caso de la Ley de 1928, se llegó al extremo de casi anular la acción del Estado, para dar paso a una acción tutelar, por lo que, cuando el Estado actuaba como autoridad fuera de esas acciones de carácter tutelar sobre los menores, entonces si debida respetar el sistema amplio de garantías individuales y el juicio de amparo seria procedente.

Con los anteriores argumentos, la Sala considero que era compatible el sistema de garantías constitucionales con la función del Estado en auxilio de las instituciones privadas para el bienestar social, pudiendo el Estado actuar como autoridad en algunos casos pero también hacerlo con un carácter de institución meramente social.

Por tanto la Sala estableció que en el caso particular las medidas aplicadas al menor no violaban las garantías individuales, por lo que debía negarse el amparo (Tribunal de Menores. Semanario Judicial de la Federación. Tesis Aislada. Primera Sala. Quinta Época. Tomo XXXII. P. 1457).

Código Penal y Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal de 1931.[512] Luego de la brevísima vigencia del Código Penal Positivista de 1929, denominado Código Almaraz, que recogió en sus mismos términos el sistema de justicia para menores y sus instituciones, con la variante principal de haber aumentado la edad penal a los dieciséis años en lugar de los quince que establecía la Ley Villa Michel, de marzo de 1928, y aumentar el tipo de medidas tutelares aplicables a los menores, se emitieron los Códigos Penal y de Procedimientos Penales de 1931, cuya autoría se atribuye a una comisión presidida por José Ángel Ceniceros.

Estos códigos, al igual que los anteriores, que habían sustituido por completo el sistema de corte clásico contemplado en el Código Penal de 1871, de Martínez de Castro, adoptaron el mismo sistema de justicia tutelar para los menores de edad, solo que ahora se había elevado la edad penal, de dieciséis que contemplaba el anterior, a los dieciocho años de edad.

En relación al tema de los menores, nos cuenta el propio Ceniceros, existía en los integrantes de la Comisión redactora una preocupación respecto de incluir dentro del sistema de justicia un formato especializado para los menores de edad, como el contemplado en la Ley de marzo de 1928 y el Código de 1929, ya que consideraron que no era posible colocar a los menores en una situación distinta a la de las demás personas en cuanto al goce de la libertad y que la opinión generalizada estaba en contra de la interpretación de que la detención de un menor era una medida de protección y no propiamente una detención.

[512] Apartado elaborado con información obtenida de: Ceniceros, José Ángel; Garrido Luis, *La Delincuencia Infantil en México*, Botas, México, 1936, p. 28.

Respecto de esta interpretación, Ceniceros hizo énfasis en la necesidad de que la Suprema Corte aclarara esta situación, lo que ocurrió al resolver el Amparo Penal en Revisión 3959/1931, de donde resulto la Tesis Castañeda antes vista, lo que nos muestra la radical importancia de su contenido, ya que como vemos, fue el elemento fundamental para convencer a los integrantes de la Comisión redactora para incluir este sistema de justicia aplicable a los menores de dieciocho años, paralelo a la justicia penal, que se aplicaba a los mayores de esta edad y al que le era exigible todo el sistema amplio de garantías que la Constitución otorgaba en esta materia.

Aun cuando la Sala Penal de la Suprema Corte se había pronunciado respecto de que la privación de la libertad de un menor no debía ser considerada como una detención en términos constitucionales, sino como una medida de protección que no vulneraba garantías al menor en el asunto de Castañeda, se presentaron otros dos importantes asuntos en los que el Máximo Tribunal tuvo la oportunidad de confirmar su criterio, ampliando también con ello las facultades que legalmente se le habían otorgado a las autoridades tutelares en el Código de 1931.

10.3. Amparo Penal En Revisión 3196/1934.[513] El internamiento de un menor no viola garantías: La Sala Penal de la Suprema Corte, en noviembre de 1936 conoció de la Revisión de un Amparo (3196/1934), cuando el Juez de Distrito del Distrito Federal sobreseyó el juicio de garantías de un menor del que la Cuarta Corte Penal había dictado su detención por el delito de falsificación de documento privado, y al percatarse de que se trataba de un menor de edad lo remitió al Tribunal de Menores el que, según el quejoso, con solo esa remisión, lo interno en un establecimiento de educación, sin otorgarle el beneficio de la libertad caucional.

Los argumentos del Juez para sobreseer se basaron en que la reclusión escolar había sido a solicitud de sus familiares y que la negación de libertad caucional, en lugar de provocarle un perjuicio, le generaba un beneficio.

El quejoso argumento que era inexacto que la reclusión hubiera sido realizada por los familiares y la Sala, con base en el informe del Tribunal, le concedió la razón de ello, por lo que entro a estudiar el fondo del asunto.

Para resolver sobre la constitucionalidad de esta medida, la Sala, en un proyecto elaborado en la ponencia del Ministro Daniel Galindo, luego de recordar los antecedentes de la Ley de 1908 y el proyecto de los Jueces Paternales de 1920 con los Tribunales de Familia, hizo alusión a la Ley de Marzo de 1928, que declaraba que los menores de 15 años eran irresponsables

[513] Apartado elaborado con información obtenida de: *Op. cit.*, Hermoso Larragoiti, Héctor.

penalmente pero que, por el hecho de cometer delitos, quedaban bajo la tutela del Estado, sistema que fue seguido por el Código de 1929 y que dio continuidad el de 1931.

Bajo este aspecto, la Sala recordó que en 1931 se había dictado una resolución en la que se fijaron de manera acuciosa los lineamientos de este tipo de instituciones, bajo la legislación de 1928, y en la que la Suprema Corte había establecido que el menor de 15 años no contraía responsabilidad penal, pero que por la comisión de delitos o infracciones a reglamentos quedaba bajo la tutela del Estado, que se había creado una institución denominada Tribunal para Menores que estaba fuera de la órbita punitiva de los demás tribunales, y más bien se trataba de una institución de carácter social, a pesar de llamarse Tribunal, puesto que a diferencia de los tribunales penales, esta institución no tenía como función dictar sentencias en las que se impusieran penas, sino resoluciones en las que se dictaran medidas preventivas de guarda o reclusión escolar, a través de un procedimiento de carácter más bien familiar, que se basaba en la observación del menor, aun cuando para esa observación fuera necesario internarlo en un establecimiento especial por menos de 15 días.

También recordó que todos los individuos gozan de las garantías que establece la Constitución, pero que en el caso de los menores estos se encuentran en un régimen especial, ya que por su educación y por su ejercicio de la patria potestad, su libertad podía ser restringida sin que por ello se considerara violatorio de garantías.

Por otra parte, recordó que por la trascendencia social que posee la educación de los menores, el Estado tiene la obligación de acudir en auxilio de los padres en el ejercicio de la patria potestad cuando estos no existen, o no se encuentran en condiciones de ejercerla, pero que ello se realizaba en una función de carácter social y no punitiva, por lo que la medida que implicase la privación de la libertad no resultaba una detención entendida de forma constitucional, pues en este caso el Estado actuaba de manera social y no coactiva.

Asimismo, recordó que conforme al criterio de la Sala, la ausencia de una orientación coactiva del Tribunal y la confirmación de su acción de carácter social se demostraba destacando que la ley le otorgaba facultades para matricular a la persona en una casa de observación y no internarla en una cárcel, además de que el procedimiento tenía carácter familiar.

La Sala acepto el criterio sustentado respecto de la ley de 1928, en función de considerar que el Código de 1931 y el de Procedimientos Penales adoptaban el mismo sistema de justicia, pero ahora estaba destinado a los menores de 18 años y que las medidas que contemplaba dicho Tribunal eran de carácter preventivo y educativo, excluyéndose los castigos y las penas y, en tanto dichas medidas eran de carácter tutelar, no podían ser equiparables a las sanciones penales.

Con lo anterior la Sala, con base en el informe de la responsable, argumento que el internamiento impuesto al menor por parte del Tribunal se basó en las constancias remitidas

por la Cuarta Corte Penal, en las que constaba que el menor había confesado su falta, así como que la familia había dado su anuencia para la reclusión en el Colegio Cervantes, por lo que dicha detención no resultaba violatoria de garantías individuales.

En relación a la libertad caucional, al tomar en cuenta que el Tribunal actuando como institución con fines educativos, ostentaba un procedimiento especial diferente al penal, y al ser la libertad caucional una garantía de carácter procesal para el régimen penal, esta figura no era aplicable a los menores, además de que, al ser las medidas destinadas para los menores diferentes a las de los adultos, ya que aquellas eran medidas preventivas y orientadas al propio beneficio del menor y las otras para el castigo, la reclusión en una escuela mas que un castigo implicaba un procedimiento social dirigido hacia el mejoramiento del menor.

10.4. Amparo en Revisión 624/1935.[514] El Procedimiento del Tribunal Para Menores No viola Garantías: En otro caso de menores, el padre de uno solicito amparo ante el Juzgado Primero de Distrito del Distrito Federal contra actos del Juez del Tribunal para Menores, por habérsele restringido la libertad a su hijo, que se encontraba internado por orden de esa autoridad, en atención a que se le acusó de haber alquilado una bicicleta y no regresarla con posterioridad, y aun cuando el querellante ya se había desistido, el Tribunal no había decretado la libertad del menor.

La autoridad responsable acepto haber ordenado el internamiento del menor y aunque reconoce que el querellante se había desistido, argumento que el estudio social practicado al menor arrojo que este formaba parte de una familia desorganizada en la que la unión de los padres no era legal, que no se procuraba la instrucción del menor, sino que el padre y el menor imploraban la caridad publica, además de que el niño se encontraba retrasado notablemente.

Posteriormente en su resolución, el Tribunal estimo que aunque no era responsable del delito imputado, el menor vivía en un ambiente pésimo, el padre lo explotaba en los mercados, plazas y vía pública, acostumbrándolo al medio callejero, en el que existía inminente peligro de perversión.

Asimismo, que el hogar se encontraba desorganizado por lo que urgía la separación del menor de su medio familiar y su internamiento en un centro educativo.

El Juez de Distrito concedió el amparo considerando que la medida se trataba de una pena y que como tal, debía ser aplicada a la responsabilidad de un delito, y que en el caso particular del menor, existió el desistimiento del ofendido.

[514] Apartado elaborado con información obtenida de: *Op. cit.*, Hermoso Larragoiti, Héctor.

Frente a esta resolución, el Tribunal para Menores interpuso la revisión ante la Suprema Corte, que conoció del asunto por medio de la Sala Penal en el Amparo Penal en Revisión 624/1935, resuelto en la sesión del primero de diciembre de 1936.

Antes de entrar a la resolución del asunto, la Sala convino en estudiar algunos asuntos de carácter general.

Al hacerlo, recordó que los Códigos de la Escuela Clásica resolvían el problema de los menores delincuentes por medio del concepto del discernimiento y que el positivismo vino a dar luz a la justicia penal sobre la importancia de la persona y tratar de lograr una justicia mas humana, inspirada en principios educativos.

Que con base en esta escuela, buscando la etiología criminal, se realizaron diversos estudios y se llegaron a conclusiones de naturaleza biológica que hicieron aceptables, a nivel internacional, las teorías de origen anglosajón con la creación de los Tribunales para Menores o Cortes Juveniles.

Que los estudios estadísticos realizados en Estados Unidos y en Inglaterra arrojaron resultados sorprendentes sobre la dramática baja del índice de criminalidad infantil en poco tiempo, gracias a los buenos resultados que habían dado estas instituciones, lo que animo a diversos países a adoptar este modelo de juzgamiento.

También menciono que los resultados de las investigaciones de carácter psicológico informaron sobre la mayor facilidad de moldear el espíritu de los menores que el de los adultos, por lo que resaltaban la conveniencia de imponer medidas rigurosas que fueran adoptables y moralizadoras para las facultades del niño, en lugar de penas estériles.

Que atendiendo a las condiciones sociales que marcaban el aumento poblacional en las ciudades y que con la industrialización, era cada día mayor el número de niños que se encontraban en el abandono material y moral, en peligro de la perversión y de ingresar a las filas de la vagancia, la prostitución y del crimen, la sociedad debía tomar medidas adecuadas para no convertirse en cómplice de estas circunstancias.

Con estos elementos, la Sala calificó como positivo el cambio de política criminal que busco fueran las medidas de educación y la individualización, las normas centrales para instruir una adecuada organización jurisdiccional, para resolver los problemas de los menores delincuentes.

Luego de hacer cita de diversa doctrina internacional respecto a las características de este tipo de tribunales, señaló:

A). La especialización de la jurisdicción.

B). La especialización de la audiencia.

C). Las sentencias indeterminadas y condicionales.

D). El régimen de libertad vigilada.

E). El carácter tutelar y educacional.

La ejecutoria toca el tema de las ventajas de la especialización y pone como ejemplo el caso de los Tribunales para Menores en Bélgica y la manera en que la ley se ocupaba de los niños abandonados moral y materialmente, considerando como tales a los que por negligencia o vicio de sus padres habían carecido de educación y que tenían como escuela solo la desorganización de la familia, en lugar de dilucidar sobre el discernimiento del niño al cometer un delito.

Respecto de México, la sentencia hace alusión a los trabajos de los Licenciados Ramón Pedrueza, Agustín Santamaría, así como del Doctor Rafael Santamaría en el Primer y Segundo Congresos Jurídicos celebrado en la Ciudad de México, así como el Primer Congreso Mexicano del Niño, celebrado en 1921.

También se mencionó a la Ley de la Previsión Social de la Delincuencia Infantil de marzo de 1928, en cuya exposición de motivos se hace alusión a la necesidad de la lucha contra la criminalidad para prevenir la delincuencia y corregir al culpable, así como la responsabilidad del Estado por eliminar la delincuencia infantil y corregir a tiempo las perturbaciones físicas o mentales de los menores y evitar su perversión moral.

De este modo, el Tribunal para Menores debía tener la facultad más amplia de acción al aplicar las medidas protectoras que demanden, no el acto mismo violatorio de la ley penal, sino las condiciones físico-mentales y sociales del infractor, por lo que el artículo 15 de la ley mencionada daba la facultad al Tribunal de extender su acción a los casos de menores abandonados y menesterosos, proponiendo la forma en que pudiera procederse a su educación, así como la extensión de su acción para los casos de los menores que presentaran pésima conducta, como lo establecía el artículo 16 de la Ley.

De este modo, la Sala considero que el Tribunal, con el objeto de cumplir con la función de encauzar a los menores en su educación y alejarlos de la delincuencia, debe, en ocasiones, restringir la libertad de estos; y fue por ello que la Ley de marzo de 1928, estableció que los menores de 15 años con contraían responsabilidad criminal por las infracciones a las leyes penales que cometieran; por tanto no podían ser perseguidos criminalmente, ni sometidos a proceso ante las autoridades judiciales.

Finalmente, luego de hacer cita del libro La delincuencia infantil en México, de José Ángel Ceniceros y Luis Garrido, la ejecutoria invoca la exposición de motivos del Código Penal de

1931, en lo conducente a las medidas de seguridad y a la conveniencia de dejar a los niños al margen de la función penal represiva, sujetos a una política tutelar y educativa. Con los anteriores argumentos, la Sala Penal considero que el Tribunal para Menores no había vulnerado garantías individuales del quejoso, por lo que revoco el amparo concedido por el Juez de Distrito y negó la protección de la justicia federal al menor.

El Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal (1974). Luego de la emisión del Código Penal y de Procedimientos Penales de 1931, la normatividad del sistema de justicia tutelar, sufrió una modificación de carácter formal, ya que en 1941 se emitió la Ley Orgánica y Normas de Procedimientos de los Tribunales de Menores y sus Instituciones Auxiliares en el Distrito y Territorios Federales, que reunió las disposiciones que se encontraban dispersas en diferentes ordenamientos legales.

Sin embargo, las condiciones sustanciales del sistema permanecieron intactas; la ley partió de la idea legitimada por la Jurisprudencia de la Suprema Corte de que estos Tribunales no tienen el carácter de autoridades judiciales sino de organismos esencialmente educativos, sin funciones sancionadoras.

Bajo estos criterios, los tribunales para menores se fueron extendiendo en los Estados de la Republica, pero no sin cuestionamientos; sin embargo, ahora se trataban de críticas de carácter doctrinario, ya que las vías del amparo se encontraban cerradas por motivo de los criterios de la Corte en el sentido de que el Tribunal no era autoridad para efectos del amparo, en tanto no violaba garantías individuales y a que el procedimiento positivista que contemplaba el sistema, no permitía al menor la posibilidad de contar con un defensor.

Una de las principales observaciones que giraban en torno al sistema tutelar era que no contaba con un sustento constitucional, lo que motivo que en 1965 aprovechando un proyecto de reforma al artículo 18 constitucional, se incluyera una mención respecto al tema en la fracción tercera de dicho numeral contemplando que; "La Federación y los gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores".

De este modo, el sistema permaneció sin variación alguna hasta que, con motivo de una profunda reforma penal que se realizó en el país en 1974, esta ley fue sustituida por la Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal.

Esta nueva ley trato de atender algunas críticas que se enderezaban en contra de este sistema de justicia como en el caso de la falta de un defensor, por lo que incluyo dentro del procedimiento la figura del "promotor" que tenía a su cargo la vigilancia de la legalidad del procedimiento y de interponer algunos recursos que no se encontraban en la legislación anterior, pero además incluyo una figura que había estado presente en la Ley de marzo de 1928, pero que había sido retirada de los ordenamientos posteriores y que se identificó como el "estado de peligro".

Efectivamente, en el artículo segundo de la ley mencionada se estableció que el Consejo Tutelar intervendrá, en temimos de la Ley, cuando los menores infrinjan las leyes penales o los reglamentos de policía y buen gobierno, o manifiesten otra forma de conducta que haga presumir, fundadamente, una inclinación a causar daños a sí mismo, a su familia o a la sociedad, y ameriten por tanto la actuación preventiva del Consejo.

De este modo, el Consejo Tutelar ampliaba su competencia a los estados de peligro, que posteriormente serian llamados por los críticos del sistema tutelar, de situación irregular, al eliminar por completo el principio de tipicidad que se conservaba en las legislaciones anteriores.

Sin embargo, a finales de los años setenta comenzaba a gestarse un movimiento ideológico internacional que se erigía en contra del sistema tutelar y que fue identificado posteriormente como la Doctrina de Protección Integral, que exigía el reconocimiento de los derechos humanos para los niños y con ello, el respeto a sus garantías procesales en caso de encontrarse en conflicto con la ley penal.

Paralelo a este movimiento, es posible percibir una transformación en el criterio de la Suprema Corte respecto del tema, ya que comenzó a abandonarse el criterio relacionado con el hecho de que las medidas de internación de un menor en un establecimiento especial no constituían una detención y que en función de no tratarse de un proceso penal sino mas bien de uno de carácter educativo, no eran aplicables las garantías constitucionales de la materia penal a los menores.

10.5. Conflicto Competencial 279/1982.[515] Debe conocer del amparo en contra de las resoluciones del consejo tutelar el juez de distrito: El primer caso se verifico en junio de 1982, cuando se suscitó un conflicto competencial entre el Juez Octavo de Distrito del Distrito Federal en Materia Penal y el Juez Octavo de Distrito en el Distrito Federal en Materia Administrativa, en razón de una solicitud de juicio de amparo en contra de una resolución del Consejo Tutelar para Menores Infractores en esta entidad federativa, al haber ordenado internar a un menor de edad en la Escuela de Orientación para Varones.

El conflicto competencial 279/82 fue turnado a la ponencia del Ministro José Ramón Palacios Vargas para su resolución. Los antecedentes de este asunto se refieren a una solicitud de amparo presentada por el padre de un menor de edad que habiendo sido detenido en la calle y acusado de pertenecer a la banda de los "panchitos" sin que se hubiese iniciado averiguación previa y consignado ante el Juez Penal, fue remitido al Consejo Tutelar para

[515] Apartado elaborado con información obtenida de: *Op. cit.*, Hermoso Larragoiti, Héctor.

Menores y después del procedimiento seguido en la institución, fue internado en el Centro de Orientación para Varones.

Inconforme con dicha resolución y luego de haber intentado el recurso de revisión ante las propias autoridades, el padre del menor acudió a solicitar la protección de la justicia federal ante el Juez de Distrito en el Distrito Federal en Materia Penal.

El Juez de Distrito en Materia Penal estimo que el internamiento del quejoso en la Escuela de Orientación para Varones no se trataba de un asunto de competencia penal, ya que esa determinación no emanaba de un procedimiento instruido con motivo de la investigación de un delito, sino que entrañaba una medida correctiva aplicada al menor agraviado; que era de naturaleza administrativa y motivada por la comisión de una infracción antisocial, que no se rige por los artículos 16, 18, 19, 20 y 21 de la Constitución, por lo que se declaró incompetente de plano para conocer de dicho asunto y remitió el expediente al Juez de Distrito en el Distrito Federal en Materia Administrativa en Turno.

El Juez Octavo de Distrito del Distrito Federal en Materia Administrativa no acepto la competencia y remitió nuevamente el expediente al Juez de Distrito Penal, quien al insistir en declinar su competencia envió a la Suprema Corte de Justicia el asunto para que esta resolviera, de acuerdo a sus competencias.

En el primer proyecto de resolución puesto a consideración del Pleno de la Suprema Corte por el Ministro Ponente, se argumentó en los considerandos que quien era competente para conocer el asunto lo era el Juez de Distrito en Materia Administrativa, en tanto que: El procedimiento que se seguía ante el Consejo Tutelar para Menores Infractores en el Distrito Federal, no era consecuencia de la investigación de un delito, sino que caía propiamente fuera de la esfera punitiva, ya que tenía por objeto promover la readaptación social de los menores de dieciocho años cuando estos infrinjan las leyes penales o los reglamentos de policía y buen gobierno, o manifiesten otra forma de conducta que haga presumir, fundadamente, una inclinación a causar daño a sí mismo, a su familia o a la sociedad, y ameriten por tanto la actuación preventiva del Consejo para el estudio de su personalidad, la aplicación de medidas correctivas y de protección y a la vigilancia del tratamiento.

Por otro lado, el proyecto estimo que no era posible considerar al Consejo Tutelar como autoridad judicial, puesto que no aplicaba leyes punitivas, conforme a lo establecido en la Constitución, sino que promovía la readaptación social de los menores de dieciocho años, mediante el estudio de la personalidad y aplicando medidas de seguridad, a través del cual se deduce que el internamiento del menor no podía ser considerado como una pena o una privación de la libertad, sino que se trataba de una medida de protección a favor del propio menor.

De este modo y tomando en cuenta que el acto reclamado emanaba de una autoridad distinta a la judicial y que no afectaba la libertad personal, ni importaba peligro de privación de la vida, deportación, destierro o alguno de los prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Federal, el proyecto consideraba que correspondía conocer del asunto al Juez Octavo de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal.

El asunto fue listado para su discusión en la sesión plenaria del 27 de marzo de 1984, sesión en la que el propio Ministro Palacios Vargas solicito retirar su proyecto elaborar otro en el sentido de proponer que el asunto fuese conocido por el Juez de Distrito en Materia Penal.

En el segundo proyecto de resolución, presentado en la sesión del 8 de mayo, el criterio del ponente se basó en que la función del consejo tutelar era promover la readaptación social de los menores de dieciocho años, en tres hipótesis diferentes:

> **A)** Cuando los menores infrinjan las leyes penales.
>
> **B)** Cuando los menores infrinjan los reglamentos de policía y buen gobierno.
>
> **C)** Cuando manifiesten otra forma de conducta que haga presumir, fundadamente, una inclinación a causar daño a sí mismo, a su familia o a la sociedad, y ameriten por tanto la actuación preventiva del Consejo, mediante el estudio de la personalidad, la aplicación de medidas correctivas y de protección y la vigilancia del tratamiento.

El proyecto estimo que derivado del conocimiento de las conductas de los menores que infringen las normas penales, el Consejo Tutelar actuaba en ese caso, desde el punto de vista material como autoridad jurisdiccional, aun cuando desde el punto de vista formal era un organismo administrativo que dependía de la esfera del Ejecutivo, ya que debía determinar si los menores habían incurrido en la comisión de conductas tipificadas como delitos y como consecuencia practicar los estudios respectivos para conocer las causas de ello y determinar las medidas aplicables.

De este modo la ponencia planteo que si bien, en el proceso seguido no existía la idea de litigio, era perceptible que la ley establecía un procedimiento sumario en el que se debería acreditar tanto los hechos y la conducta que se atribuyeron al menor, como las circunstancias personales de este, para establecer con razonable certeza que se había producido una cierta conducta, para dictar posteriormente una resolución inicial.

Por sus efectos, considera el proyecto, esta determinación equivalía a un auto de formal prisión, sujeción a proceso o en su caso a libertad por falta de méritos o de elementos para proceder, todos ellos del enjuiciamiento penal para adultos.

Es por eso que podía estimarse que la función del Consejo Tutelar en cuanto al examen de las conductas de los menores que infrinjan las leyes penales, era de naturaleza jurisdiccional, que se asimilaba a la función realizada por las autoridades judiciales.

De este modo, el proyecto considero que atendiendo a que los Jueces de Distrito en Materia Penal conocen de juicios de amparo que se promuevan contra resoluciones judiciales del orden penal, y a que las resoluciones del Consejo Tutelar pronunciadas en los casos en que los menores infringen las leyes penales, podían asimilarse a una resolución jurisdiccional, este tipo de juicios debían ser conocidos, en el caso, por el Juez de Distrito en Materia Penal en el Distrito Federal.

Este proyecto fue aprobado respecto de sus puntos resolutivos por unanimidad de 18 votos, los cuales establecieron que el Juez de Distrito en Materia Penal era quien debía conocer del asunto, pero respecto de sus puntos considerativos se solicitó fueran modificados los argumentos de la asimilación de las resoluciones del Consejo con las resoluciones judiciales, y en este punto se produjo un empate; como consecuencia, se reservó el asunto para ser votado el dia 15 del mismo mes, fecha en la que por mayoría de 11 votos contra 10, se aprobó la reforma de la parte considerativa y los fundamentos legales.

El engrose del expediente le correspondió al Ministro Mariano Azuela, y en el segundo considerando se estableció que los Consejos Tutelares para Menores Infractores del Distrito Federal son organismos administrativos que dependen de la esfera del Ejecutivo, que están encargados del conocimiento de los casos de los menores que infringen leyes penales o los reglamentos de policía y buen gobierno o manifiesten otra forma de conducta que hagan presumir, fundadamente, una inclinación a causar daño a sí mismo, a su familia o a la sociedad, y que tienen por objeto promover la readaptación social de los menores, mediante el estudio de la personalidad, la aplicación de medidas correctivas y de protección y la vigilancia del tratamiento.

Que entre las medidas que los Consejos Tutelares podían disponer para la readaptación social de los menores, estaba la de internación de estos en las instituciones que correspondieran, y que aun cuando no podía considerarse como la imposición de una penal, este tipo de medidas si afectaban la libertad personal del menor.

De este modo, cuando el Consejo Tutelar ordenaba la internación del menor en la Escuela de Orientación para Varones, debía considerarse como un acto que afectaba la libertad personal del menor.

El engrose consideró que dado que los Jueces de Distrito en Materia Penal deben conocer de los juicios de amparo que se promuevan contra actos de cualquier autoridad que afecten la libertad personal, el acto reclamado de la Segunda Sala del Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal, constituía un acto que afectaba la libertad personal del menor, por lo que ese juicio de garantías debía ser del conocimiento de un Juez de Distrito en Materia Penal.

Podemos entonces verificar el modo en que la Suprema Corte abandona el criterio sustentado en la década de los treinta, y de una manera moderna y más acorde con la realidad nacional, respecto de garantizar el respeto de los derechos fundamentales de todos los individuos, transforma por un índice mínimo de votos su criterio, además de considerar que las autoridades encargadas de materializar el sistema de justicia tutelar para los menores son autoridades para los efectos del amparo; el internamiento en una institución especializada implica la afectación de la libertad personal del menor.

10.6. Amparo en Revisión 5113/1990.[516] El procedimiento tutelar viola la garantía de audiencia: El segundo de los asuntos transcendentales, que confirman el cambio de criterio en beneficio de los menores de edad cuando se encuentran en conflicto con la ley penal, es el Amparo en Revisión 5113/90, resuelto por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia.

El asunto se presenta en el mes de septiembre de 1989 ante la Oficialía de Partes Común de los Juzgados de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal.

Se trata de un amparo en contra de diversas autoridades, incluida la Segunda Sala del Consejo Tutelar para Menores; se invoca la inconstitucionalidad de la ley, además de la resolución en contra de un menor que determino que quedase internado en la Unidad de Varones, con lo que se restringía su libertad personal por un tiempo indeterminado.

Respecto de los conceptos de violación se mencionó, entre otros, que el procedimiento que establece la ley no permite que el menor cuente con un defensor nombrado por el o su familia, o que el o sus padres puedan interponer recursos, sino que para ello se impone un promotor, que forma parte de la estructura del Consejo Tutelar, además de que el menor debería haber sido juzgado por un Juez y no por una autoridad administrativa como lo establece la Constitución; que la Sala del Consejo Tutelar no se encuentra facultada para imponer penas, que de acuerdo a la Constitución, son facultades exclusivas del Poder Judicial.

El Juez de Distrito en Materia Administrativa se declaró incompetente y remitió el asunto al Juez de Distrito en Materia Penal, quien admitió la demanda de amparo, pero sobreseyó el juicio respecto del acto reclamado de la Segunda Sala del Consejo Tutelar y negó el amparo respecto de la inconstitucionalidad de la ley.

Para lo anterior, el Juez de Distrito en Materia Penal considero que era de sobreseer respecto de los actos reclamados de la Sala del Consejo Tutelar porque la ley contemplaba la interposición del recurso de inconformidad ante el Pleno del Consejo en contra de la resolución de la Sala, y el mismo no fue interpuesto.

[516] Apartado elaborado con información obtenida de: *Op. cit.*, Hermoso Larragoiti, Héctor.

A propósito de que el procedimiento que contempla la ley resulta inconstitucional, en atención a que no se le otorga al menor el derecho de nombrar un defensor de confianza, ni para ofrecer pruebas y desahogarlas y menos aún para ser careado con quienes deponen en su contra, además de que la Sala del Consejo carece de facultades para imponer penas, el Juez de Distrito estimo que tanto los artículos 4 y 18 Constitucionales establecen para los menores un sistema de tratamiento diferente al de los adultos y, en función de ello, resulta inadecuado hablar de similitud en la aplicación de la ley a un mayor y a un menor de edad, por lo que no es posible exigir la aplicación del artículo 20 constitucional al sistema de menores infractores, pues este aplica para los juicios del orden criminal destinado para los adultos.

Como consecuencia, considero que la Sala del Consejo Tutelar está facultada constitucionalmente para conocer de los asuntos de menores infractores como lo contempla su ley y que, por disposición constitucional, no es aplicable el contenido del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al procedimiento tutelar, que brinda una mayor protección a los menores, y como consecuencia negó el amparo.

El quejoso interpuso el recurso de revisión, y el Tribunal Colegiado que recibió el expediente decidió remitirlo para su resolución a la Suprema Corte de Justicia de la Nacional que admitió el recurso.

El recurrente, entre los agravios presentados en el recurso, argumento que el Juez de Distrito había sobreseído de manera injustificada, porque el padre del menor había solicitado por escrito, en tiempo, al promotor, que interpusiera el recurso de inconformidad respectivo y este fue omiso en hacerlo, por lo que el padre del quejoso también intento interponer el recurso respectivo, sin que diera curso al mismo, dejando al menor en estado de indefensión.

En Suplencia de la Queja, el proyecto de resolución estimo que de acuerdo con el diseño de la ley, es solamente el promotor quien puede interponer el recurso de inconformidad respectivo, sin que se dé oportunidad a ello al propio menor o a sus padres, por lo que considero desvanecida la causal de improcedencia argumentada por el Juez de Distrito.

Por otro lado, considero que aunque la ley había sido abrogada el 24 de diciembre de 1991, era oportuno entrar al estudio del caso atento a que, por razón, de la aplicación de la misma, el quejoso estaba resultando perjudicado.

Luego de considerar que la resolución del Juez se había hecho cargo de los temas relacionados con la constitucionalidad de las atribuciones del Consejo Tutelar para Menores para imponer las medidas de internamiento, el proyecto planteo la necesidad de entrar al estudio del tema relacionado con la limitación de la defensa del quejoso que, de acuerdo con el Pleno, omitió el Juez de Distrito.

En este sentido, la ejecutoria de la Corte estableció que resultaba indudable que conforme al artículo 14 de la Constitución el menor tiene derecho a ser oído previamente, si es el caso de que la autoridad va a privarlo de la libertad, atendiendo a que las formalidades esenciales del procedimiento que ha establecido la propia Corte.

A partir de la interpretación del artículo 14 constitucional en relación a la garantía de audiencia, son:

1. La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias.

2. La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa.

3. La oportunidad de alegar.

4. El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas.

En el caso particular, el Pleno de la Corte considero que la garantía de audiencia era transgredida por la Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores, en razón de que esta omitió instituir a favor del menor los medios de defensa a los que tiene derecho.

El asunto fue aprobado por unanimidad de diecisiete votos en la sesión del 8 de septiembre de 1994.

Los anteriores ejemplos son un indicador significativo de la manera en que la Suprema Corte de Justicia de la Nación refuerza su papel de protector de los derechos y garantías de los menores en conflicto con la ley penal.

Si bien en la justificación del sistema tutelar como una rama del derecho autónoma de la materia penal, destinada a la protección de los menores que se encontraban en la hipótesis de peligro, el Máximo Tribunal delimito la actuación que el Estado debía realizar bajo el marco normativo de la época y los hizo convivir armónicamente con los postulados constitucionales.

Cuando por la natural evolución de la sociedad y mayor profundización en el significado de las garantías individuales, así como con la transformación del concepto de la infancia y la adolescencia, y de los mecanismos para lograr su efectiva protección, la Suprema Corte comienza a identificar que aquellas instituciones que operaban adecuadamente bajo una ideología proteccionista determinada, en la que se justificaba la intervención del Estado en la vida de los particulares en busca del bienestar general, deja de producir los beneficios y comienza a desviarse de los objetivos primarios para los que estaban diseñados; también se da cuenta de que esa actuación se encontraba totalmente fuera de cualquier Control Constitucional, por lo que comienza a variar su criterio, y redefine, a través de sus ejecutorias, las relacione del Estado con la infancia infractora.

CAPÍTULO 11. ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

11.1. Historia de los Decretos que Reformaron y Adicionaron el Artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en Relación a los Menores.

11.1.1. Primera Reforma. Artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1964. Se establece el texto:

> La Federación y los gobiernos de los estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores". Surge, de esta forma, en el Derecho Constitucional Mexicano, el concepto de "menor infractor", deslindándolo del adulto delincuente.

La materia obedecería a la estructura general del orden jurídico mexicano sobre conductas antisociales.

La noción de "tratamiento" cobra auge en el ámbito penal y en sus colindantes: se trata de actuar sobre el sujeto para contrarrestar los factores causales del delito.

En la época de mayor desarrollo de ese criterio en México, fue expedida la Ley que creó los Consejos Tutelares para Menores Infractores 1973.

Últimamente se ha mencionado de nuevo en nuestro Derecho una orientación punitiva, a través de normas penales especiales para menores infractores.

Esta es la orientación del ordenamiento, dictado en 1992 para el Distrito Federal con repercusiones en los estados, que en vez de los Consejos Tutelares y el procedimiento tutelar estableció órganos y procedimientos similares a los vigentes en el sistema penal común.

El párrafo cuarto del artículo 18 constitucional previene que la Federación y los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de "menores infractores".

Esta disposición regula el régimen de ejecución de sentencias, lo que presupone que el estatuto de las garantías procesales en materia penal se instituye fundamentalmente, en el artículo 20 de la propia Constitución.

No obstante, ninguna disposición de ésta previene garantías de naturaleza jurisdiccional a favor de los "menores infractores" cuyo tratamiento constituye, actualmente, una función tutelar de la autoridad administrativa.

La vigencia en nuestro territorio de Tratados Internacionales está orientada a conceder a niñas, niños y adolescentes, la calidad de sujetos de derecho.

11.1.2. Segunda Reforma. Artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 2005. Se establece el texto:

> La Federación, los Estados y el Distrito Federal establecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia que será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos. Las personas menores de doce años que hayan realizado una conducta prevista como delito en la ley, solo serán sujetos a rehabilitación y asistencia social.
>
> La operación del sistema en cada orden de gobierno estará a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuración e impartición de justicia para adolescentes. Se podrán aplicar las medidas de orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso, atendiendo a la protección integral y el interés superior del adolescente.
>
> Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente. En todos los procedimientos seguidos a los adolescentes se observara la garantía del debido proceso, así como la independencia entre las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan medidas. Estas deberán ser proporcionales a la conducta realizada y tendrán como fin la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades. El internamiento se utilizara solo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves.

Después de quince años de haber adoptado la Convención sobre los Derechos del Niño, los legisladores del Congreso de la Union, realizaron una trascendental reforma al artículo 18 Constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de diciembre de 2005, que, para muchos, ha sido considerada como una de las pocas reformas estructurales aprobadas en los últimos años, ya que afecta a los tres poderes de la Union, así como a los integrantes del Pacto Federal e intenta ser un nuevo modelo para cambiar el sistema penal de nuestro país.[517]

Las nuevas disposiciones del párrafo cuarto del artículo 18, ordenan de manera explícita a la Federación, a los Estados y al Distrito Federal, el establecimiento de un sistema integral de justicia que garantice el respeto irrestricto de los derechos fundamentales que reconoce la Constitución para todo individuo, y limita su aplicación a los adolescentes a quienes se les atribuya la comisión de conductas tipificadas como delitos, cuyas edades fluctúen entre doce años cumplidos y menos de diez y ocho años de edad, dejando en claro que las personas menores de doce años, solo serán sujetos a rehabilitación y asistencia social.[518]

[517] Calero Aguilar, Andrés, *El Nuevo Sistema de Justicia para Adolescentes en México*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2009, www.juridicas.unam.mx, fecha de consulta agosto de 2011.

[518] *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2007, p.36

Olga Islas de González Mariscal y Miguel Carbonell. Lo consideran un acierto, ya que "con esta disposición se termina con la facultad que anteriormente ejercían algunas entidades federativas para conceder mayoría de edad a efecto de su enjuiciamiento penal a personas que no habían cumplido diez y ocho años; sobra decir que al hacerlo violaban diversos tratados internacionales.[519]

La reforma contiene el reconocimiento expreso de diversos derechos fundamentales para los niños y adolescentes, de los que por cierto nunca estuvieron excluidos, no solo los que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece para ellos igual que para los adultos, sino de aquellos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos en los instrumentos internacionales, particularmente en la Convención de los Derechos del Niño, que de conformidad con el principio de Supremacía Constitucional estableció en el artículo 133, es Ley Suprema de toda la Union, pero que en la práctica, por cuestiones doctrinarias y de interpretación que ya hemos señalado anteriormente, no habían sido observados.[520]

Además el adicionado párrafo quinto del artículo 18 Constitucional, contempla la obligación en cada orden de Gobierno de crear instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuración e impartición de justicia para adolescentes.

En este sentido, todas las entidades federativas y la Federación habrían tenido que seleccionar y capacitar a los policías, agentes del Ministerio Publico, jueces y defensores que se encargaran de la atención de estos casos, los cuales, además de su capacidad profesional, deben conocer los derechos fundamentales de este grupo. Asimismo, estas deben otorgar la infraestructura y recursos necesarios para operar.

La reforma establece que en la operación del sistema, es decir, para la aplicación de sanciones, se impondrán medidas de orientación, protección y tratamiento, atendiendo a la protección integral y al interés superior del adolescente, y en ese tenor, señala que el internamiento, es decir, la privación de la libertad, será utilizada solo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda.

Sin embargo y en concordancia con lo establecido por Olga Islas de González Mariscal, considero que se debió señalar un límite máximo temporal de la medida, para evitar inconsistencias y así tener un sistema integral y no como ahora que las penas máximas van de los cinco a los veinte años, dependiendo en el estado de la Republica en que se cometa el delito.[521]

---

[519] Islas de González Mariscal, Olga; Carbonell, Miguel, *Constitución y Justicia para Adolescentes*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2007, p.p. 75-82.
[520] *Op. cit.*, Calero Aguilar, Andrés, p. 253.
[521] *Op. cit.*, Islas de González Mariscal, Olga; Carbonell, Miguel, p. 68.

Con la inclusión del principio de proporcionalidad, que establece el adicionado párrafo sexto del artículo 18 constitucional, la aplicación de las medidas no dependerá del resultado de los estudios que se practican a los adolescentes, sino de la conducta realizada, y en función de esta deberá imponerse una medida determinada, cuya duración tendrá que ser congruente con la gravedad del hecho tipificado como delito.[522]

Así, al incluirse el principio de culpabilidad por el acto, y no admitirse consideraciones acerca del autor del hecho imputado, su personalidad, vulnerabilidad biológica o peligrosidad, se dejara a un lado la aplicación de lo que conocemos como derecho penal de autor.

De tal forma, el procedimiento para adolescentes tendrá como objetivo establecer la existencia jurídica de una conducta tipificada como delito por las leyes, determinar quién es su autor o participe, el grado de responsabilidad y, en su caso, señalar la aplicación de las medidas que correspondan.[523]

Por otra parte, al considerar el principio de subsidiariedad, incluyendo la regulación de las formas alternativas de justicia para la solución de conflictos, además de evitar que en ciertos casos los adolescentes infractores sean sujetados a las molestias que representa un procedimiento, se ahorraran recursos tanto materiales como humanos y permitirá atender las exigencias legitimas de la víctima, que también requiere de una atención pronta y expedita para restaurar su situación y que en la mayoría de los casos no obtiene los resultados esperados convirtiéndose en objeto de una nueva victimización.[524]

Un punto de gran relevancia en la aplicación de las medidas es que, bajo ninguna circunstancia, el interés superior del adolescente puede estar en conflicto con la protección de los derechos de la víctima; creo que el Congreso Federal debió de prever esta situación al momento de aprobar la reforma, sin olvidar, claro, que ahora serán aplicables para el caso de los adolescentes las garantías procesales establecidas en el artículo 20 constitucional y, en consecuencia, las victimas también gozaran de los derechos contenidos en su apartado B.[525]

Problemas. Que conlleva la aplicación de la reforma: Por lo que corresponde al aspecto legislativo en cada una de las entidades federativas, dichas labores pudieron haber sido menos complicadas de haber de haberse aprobado una reforma al artículo 73 Constitucional, que facultara al Congreso de la Union para la expedición de una ley reglamentaria que desarrollaría las bases, lineamientos y principios introducidos a la Constitución, a las que la Federación, los estados y el Distrito Federal estarían obligados a sujetarse en la implementación del nuevo sistema de justicia para adolescentes; sin embargo y era de esperarse, al momento de discutirse esta propuesta los legisladores consideraron que se

[522] *Op. cit.*, Calero Aguilar, Andrés, p.p. 254-257.
[523] *Ídem*.
[524] *Ídem*.
[525] *Op. cit.*, *Constitución Política…*, p.36.

podría invadir el ámbito de competencia de las legislaturas locales, en detrimento de la autonomía de los estados, pero dificultando la atención de un problema que aqueja a todos por igual: el tratamiento de los adolescentes que delinquen.[526]

En síntesis, esta reforma tiene como finalidad reducir la violencia inherente al sistema penal en nuestro país, apartándose del sistema tutelar y reconociendo que los adolescentes son sujetos de derechos y no objetos de tutela, planteando el establecimiento de un sistema sancionatorio especial, cuyo objetivo ya no se centra en la visión paternalista de protección asistencial, que ha permitido la actuación arbitraria de las autoridades, pero sin caer en la tentación de repetir en los adolescentes el sistema penal de los adultos.[527]

Considero que está claro que la aplicación de la reforma constitucional lejos de retirar de las calles a los adolescentes que delinquen, busca proteger sus derechos fundamentales y, en la medida de lo posible, tratarlos en libertad. No se pretende llenar los establecimientos, sino todo lo contrario.

Luis González Placencia. En este sentido afirma: "El problema se reduce a la necesidad de entender que los vulnerables no son los adolescentes, sino sus derechos y que, por esa razón, lo que hay que proteger no es a los adolescentes, sino precisamente sus derechos".[528]

Andrés Calero Aguilar. Por lo cual, es necesario formular una política integral que ataque las causas sociales, económicas y culturales que generen el fenómeno delictivo, como son la pobreza, la ignorancia, la inmunidad y, especialmente, la cultura de la corrupción que existe en todos los eslabones de la cadena de seguridad pública del país, que son las principales causas de la inseguridad y del alto indicie delictivo que afectan a México.[529]

A pesar de los beneficios de la reforma antes comentados, no podemos pensar que los sistemas de justicia penal para adultos y adolescentes cumplen con una tarea que corresponde a otro tipo de instituciones, como las de carácter educativo, laboral o de asistencia social.

Sin olvidar, que el problema del sistema integral de justicia para adolescentes no radica en su fundamentación, sino en su implementación, en lograr su verdadera efectividad y garantizar el respeto de los derechos humanos de este grupo vulnerable.

En este sentido, las autoridades deben tener presente que un requisito para articular con éxito la reforma constitucional es la capacitación especializada destinada a policías, agentes del Ministerio Publico, jueces y personal técnico encargado de la reinserción social de los

[526] *Op. cit.*, Calero Aguilar, Andrés, p. 256.
[527] *Ídem*.
[528] González Placencia, Luis, *La Política Criminal en Materia de Niños, Niñas y Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal en México,* PGR, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Comisión Europea en México, México, 2006, p. 143.
[529] *Op. cit.*, Calero Aguilar, Andrés, p. 259.

adolescentes; así como de los defensores públicos, personal de seguridad y custodia, y directivos de los centros de internamiento, para que en el desempeño de sus facultades y funciones observen todas las garantías en materia de justicia para adolescentes, ya que si la pretensión de la reforma fue terminar con una serie de violaciones de los derechos humanos, no sería conveniente que por una mala ejecución de la misma, dichas violaciones persistan.[530]

11.1.3. Tercera Reforma. Artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 2008. Se establece el texto:

> La Federación, los Estados y el Distrito Federal establecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia que será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos. Las personas menores de doce años que hayan realizado una conducta prevista como delito en la ley, solo serán sujetos a rehabilitación y asistencia social.
>
> La operación del sistema en cada orden de gobierno estará a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuraduría e impartición de justicia para adolescentes. Se podrán aplicar las medidas de orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso, atendiendo a la protección integral y el interés superior del adolescente.
>
> Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente. En todos los procedimientos seguidos a los adolescentes se observara la garantía del debido proceso legal, así como la independencia entre autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas. Estas deberán ser proporcionales a la conducta realizada y tendrán como fin la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades. El internamiento se utilizara como medida extrema y por el tiempo mas breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves.

11.1.4. Cuarta Reforma. Artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 2009. Se establece el texto:

> La Federación contara con un año a partir de la entrada en vigor del presente decreto, para expedir las leyes y establecer las instituciones y los órganos que se requieran en el orden federal para la implementación del sistema de justicia integral para adolescentes. Los asuntos en trámite hasta el momento en que entren en vigor las leyes y se implementen las instituciones y los órganos a que se refiere el transitorio anterior se concluirán conforme a la legislación con que se iniciaron. Los asuntos que se encuentren pendientes de resolución en el momento en que inicie la operación del nuevo

[530] *Ídem*.

sistema se remitirán a la autoridad que resulte competente para que continúe en el conocimiento de estos hasta su conclusión.

Establece el sistema garantista, el cual se basa fundamentalmente en la aplicación de las garantías individuales consagradas en la Constitución, en el cual los menores se someten a los derechos de cualquier procesado (adulto) violándose así la parte correspondiente a los instrumentos internacionales que consagran los derechos del niño.

A partir de la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño, el Estado Mexicano se comprometió internacionalmente a transformar sus estructuras normativas e institucionales para alinearlas a los principios establecidos en la Convención, dentro de los cuales se encontraba el asunto de los menores en conflicto con la ley penal.

A partir de ello, en 1991 inicia un proceso de transformación de las leyes e instituciones encargadas de la justicia para menores que tiene su punto de partida con la emisión de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la Republica en Materia Federal, que abroga diversos ordenamientos que se encontraban dispersos en las leyes penales, pero especialmente la Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal y culmina con la creación del Sistema Integral de Justicia para Adolescentes, con la reforma y adición al artículo 18 Constitucional del 12 de diciembre de 2005, pues a partir de esta fecha daría inicio un nuevo modelo de justicia para los menores en toda la República, bajo los principios constitucionales inspirados en la Doctrina de Protección Integral de las Naciones Unidas y en un sistema de responsabilidad penal para adolescentes.

La Ley para Menores Infractores pretendió cumplir con las expectativas de la Convención de los Derechos del Niño, sin embargo dentro de su diseño se conservaron algunas instituciones de carácter proteccionista o tutelar, lo que le valió la crítica violenta de los seguidores de la Convención, ya que si bien manifestaba que las garantías que otorga la Constitución serian aplicables en todo momento a los menores infractores, y en su contenido contemplo los principios de legalidad, tipicidad, defensa, presunción de inocencia, audiencia, recursos, etcétera, conservo un aparato de justicia llamado Consejo de Menores dentro del ámbito del Poder Ejecutivo en el que la trilogía procesal integrada por la defensa publica o de oficio, el representante de la sociedad (comisionado) y el órgano jurisdiccional (Consejero Unitario), se encontraba adscrita a la misma Subsecretaria de Estado que en principio era de la Secretaria de Gobernación, y posteriormente a la Seguridad Publica; de igual modo, dejo muy abierta a la interpretación, la obligación de los consejeros por establecer de manera precisa la temporalidad de un tratamiento en internación dentro de los parámetros temporales que la ley exigía, entre otros aspectos.

Estas particularidades que alejaban a la ley de tener un carácter auténticamente garantista fueron objeto de cuestionamientos constitucionales que dieron a la Suprema Corte la

oportunidad de alinear esta norma a los principios marcados en nuestra Carta Magna, ya que debemos identificar que las exigencias de la Constitución respecto del debido proceso en materia penal y demás garantías individuales en la materia, no difieren en absoluto de las contempladas en la Convención, solo que, como habíamos visto, por razón de una tradición cultural jurídica, estas les eran negadas a los menores de edad, por los motivos expresados anteriormente.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Estableció los siguientes puntos:

1. El Consejo de Menores es una autoridad administrativa con funciones jurisdiccionales, por lo que en contra de sus resoluciones procede el amparo directo ante los Tribunales Colegiados de Circuito y que las resoluciones que impusieran la medida de tratamiento en internación debían fijar su duración de forma determinada e individualizada.

2. El modelo de instituciones diseñado por la Ley para el Tratamiento de Menores se fue adoptando en mayor o menor grado en algunos Estados de la Republica; sin embargo, la percepción de los estudiosos del tema fue que este modelo hibrido logro incluirse en las legislación de trece entidades federativas, Baja California, Campeche, Chiapas, Chihuahua, Coahuila, Distrito Federal, Estado de México, Guanajuato, Nayarit, Nuevo León, Querétaro, Sonora y Yucatán. Bajo este panorama, los grupos comprometidos con la Convención, con el apoyo de algunas organizaciones internacionales, iniciaron una muy amplia actividad difusora de los principios de este instrumento internacional, hasta lograr captar la atención de un grupo de legisladores, que propuso una reforma al artículo cuarto constitucional para incluir como una garantía individual, el respeto a los derechos de los niños, y lograda esta reforma en abril de 2000, al emitir la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, el 17 de abril de 2000. Luego de esta respuesta del Estado mexicano al compromiso internacional adquirido con la ratificación de la Convención, se inició otro movimiento en los órganos parlamentarios para establecer en la Constitución las bases para el establecimiento de un Sistema de Justicia Penal para Adolescentes, elevando a nivel constitucional los principios y derechos de los menores cuando se encuentran en conflicto con la ley penal. El proceso legislativo fue prolongado y conflictivo, ya que de la iniciativa de reforma presentada y de la primera lectura del proyecto, al resultado presentado en segunda lectura y el texto aprobado y publicado el 12 de diciembre de 2005, existieron grandes variantes que generaron entre los interesados y las autoridades que debían cumplir con el mandato constitucional una gran confusión, ya que las fuerzas tutelares habían hecho un gran trabajo ante las Cámaras de Diputados y Senadores para intentar que la reforma no fuera tan radical. El modo en que debía ser interpretado el contenido del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo aclaro el Pleno de la Suprema Corte de Justicia al resolver la Acción de Inconstitucionalidad 37/2006, en contra de la Ley de Justicia para

Menores del Estado de San Luis Potosí, promovida por la Comisión de los Derechos Humanos de esa entidad.

Análisis de la Aplicación de esta Reforma. Por lo que corresponde al aspecto legislativo en cada una de las entidades federativas, dichas labores pudieron haber sido menos complicadas de haberse aprobado una reforma al artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que facultara al Congreso de la Union para la expedición de una ley reglamentaria que desarrollaría las bases, lineamientos y principios introducidos a la Constitución, a las que la Federación, los estados y el Distrito Federal estarían obligados a sujetarse en la implementación del nuevo sistema de justicia para adolescentes; sin embargo, y era de esperarse, al momento de discutirse esta propuesta los legisladores consideraron que se podía invadir el ámbito competencia de las legislaturas locales, en detrimento de la autonomía de los estados, pero dificultando la atención de un problema que aqueja a todos por igual, el tratamiento de los adolescentes que delinquen.

En síntesis, esta reforma tiene como finalidad reducir la violencia inherente al sistema penal en nuestro país, apartándose del sistema tutelar y reconociendo que los adolescentes son sujetos de derechos y no objetos de tutela, planteando el establecimiento de un sistema sancionatorio especial, cuyo objetivo ya no se centra en la visión paternalista de protección asistencial, que ha permitido la actuación arbitraria de las autoridades, pero sin caer en la tentación de repetir en los adolescentes el sistema penal de los adultos.

Para finalizar, creo que está claro que la aplicación de la reforma constitucional lejos de retirar de las calles a los adolescentes que delinquen, busca proteger sus derechos fundamentales y, en la medida de lo posible, tratarlos en libertad. No se pretende llenar los establecimientos, sino todo lo contrario.

Manuel Vidaurri Arechiga.[531] Se trata, a no dudar, de una de las más trascendentes reformas que se han realizado a la norma fundamental nacional. De acuerdo con sus dos artículos transitorios, la entrada en vigor habría de darse en dos momentos:

Primero. Después de transcurridos tres meses de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, lo cual se verificó el pasado 12 de marzo del presente año 2006; a partir de entonces, esta disposición regirá plenamente, en mi opinión y en la de muchos y muchas especialistas, como una auténtica garantía de índole constitucional, ni más ni menos.

Segundo. Alude a la entra da en vigor de la reforma, pero en este caso referida a los estados de la Federación y el Distrito Federal, los que "contarán con seis meses a partir de la entrada en vigor del Decreto, para crear leyes, instituciones y órganos que se requieran para la aplicación del presente decreto."

[531] Apartado elaborado con información obtenida de: *Op. cit.*, Vidaurri Arechiga, Manuel, *Notas Emergentes*…

Considerando la diversidad legislativa de todas y cada una de las entidades federativas, el constituyente determinó abrir una vacatio legis semestral luego de la cual habrán de entrar en vigencia y operación leyes, instituciones y órganos propios del nuevo sistema de justicia pena para personas jóvenes, de entre doce años y dieciocho años de edad.

Sin dejar de reconocer que esta reforma constitucional nos parece francamente conveniente, no podemos menos que expresar nuestra preocupación por el momento en el que aquélla tiene verificativo, pues nos encontramos en el llamado "año electoral", año de contienda política intensa poco propicio, según nos parece, para enfrentar con serenidad, sabiduría e inteligencia la labor legislativa creadora, ni más ni menos, que de un nuevo sistema de justicia para menores en conflicto con la ley penal.

Bien y rápido, parece ser la indicación para unos y la esperanza de muchos otros. No parece fácil, y menos en el momento en el que se propone este viraje, que se antoja pertinente, conceptualmente hablando, pero radicalmente brusco al darse precisamente, valga la metáfora, en medio del mar embravecido de las campañas políticas.

Corresponde ahora a las y los diputados de todas las entidades federativas hacer uso de sus atribuciones de cara a una ineludible responsabilidad creativa que habrá de entregarnos sus frutos legislativos a más tardar el 12 de septiembre próximo, en adelanto a las fiestas patrias.

Luis González Placencia.[532] "El problema se reduce a la necesidad de entender que los vulnerables no son los adolescentes, sino sus derechos y que, por esa razón, lo que hay que proteger no es a los adolescentes, sino precisamente sus derechos".

Por lo cual, es necesario formular una política integral que ataque las causas sociales, económicas y culturales que generan el fenómeno delictivo, como son la pobreza, la ignorancia, la impunidad y, especialmente, la cultura de la corrupción que existe en todos los eslabones de la cadena de seguridad pública del país, que son las principales causas de la inseguridad y del alto índice delictivo que afectan a México.

A pesar de los beneficios de la reforma antes comentados, no podemos pensar que los sistemas de justicia penal para adultos y adolecentes cumplen con una tarea que corresponde a otro tipo de instituciones, como las de carácter educativo, laboral o de asistencia social.

Sin olvidar claro que el problema del sistema integral de justicia para adolescentes no radica en su fundamentación, sino en su implementación, en lograr su verdadera efectividad y garantizar el respeto de los derechos humanos de este grupo vulnerable.

En este sentido, las autoridades deben tener presente que un requisito para articular con éxito la reforma constitucional es la capacitación especializada destinada a policías, agentes del

[532] Apartado elaborado con información obtenida de: *Op. cit.*, González Placencia, Luis, *La Política Criminal…,* p. 153.

ministerio público, jueces y personal técnico encargado de la reinserción social de los adolescentes, así como los defensores públicos, personal de seguridad y custodia, y directivos de los centros de internamiento, para que en el desempeño de sus facultades y funciones observen todas las garantías en materia de justicia para adolescentes, ya que si la pretensión de la reforma fue terminar con una serie de violaciones de los derechos humanos, no sería conveniente que por una mala ejecución de la misma, dichas violaciones persistan.

Fundamento Jurídico Internacional. Si bien es cierto que la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, en los cuales se protege y se le reconoce a todo el género humano aquellos Derechos fundamentales básicos, no fue hasta la Convención sobre los Derechos del Niño, donde se proclamaron especialmente los derechos y libertades de los niños.

Ello responde a que los niños son seres humanos que requieren de cuidados y atenciones especiales y, por ende, surge esta Carta Magna de los Derechos de los Niños, la cual, dicho sea de paso, ha sido los más ratificados y consolidados por los Estados miembros de las Naciones Unidas.

Este cuidado y atención especial que deben de tener los menores de edad, se fue manifestando en el Derecho Internacional a lo largo del siglo pasado, principalmente por la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, por la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, misma que fue reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, a su vez, ha sido reconocido por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros instrumentos.

Fundamento Jurídico Nacional.[533]

> **Artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.** En el quedan comprendidas las personas menores de 18 años de edad, como sujetos de garantías.
>
> **Artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.** Establece con toda nitidez la obligación del Estado para proveer lo necesario a fin de garantizar el ejercicio pleno de los derechos de la niñez, elevarlos al rango constitucional y establecer el deber de los padres de preservar estos derechos y del Estado de proveer lo necesario para el pleno ejercicio de los mismos.

Sergio García Ramírez. Aparecen en el escenario constitucional, los menores infractores, separados de los adultos. Dentro del contexto de la reforma de 1964, el constituyente hablo de instituciones para el tratamiento de los menores infractores con carácter sustantivo,

[533] *Los Derechos de la Infancia*, Centro de Estudios para el Adelanto de las Mujeres y la Equidad de Género, Cámara de Diputados, LX, Legislativa, México, 2009, p. 14.

adjetivo, orgánico, ejecutivo, es decir, instituyo un derecho propio para menores infractores, un derecho diferente.[534]

Ruth Villanueva Castilleja.[535] Tres aspectos del texto constitucional que obligan a desarrollar un sistema diferente al penal:

Primero. El hecho de que en la Constitución se afirme que este sistema se aplicará a "quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales", lo cual no significa que estemos hablando de delitos.

Segundo. Las reglas e instrumentos de la ONU hablan de especialización, por lo que no podemos hablar de derecho ni de jueces penales.

Tercero. El artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no habla de penas, sino de medidas de orientación, protección y tratamiento.

Luis González Placencia.[536] No comparte la idea de que el texto constitucional implique dos sistemas diferentes.

Sobre este tema ha señalado que, aun cuando el texto del nuevo artículo 18 no le llama claramente por su nombre, en los hechos establece las bases para que en las legislaturas locales y federales emitan leyes de responsabilidad penal para adolescentes.

Pese a este desacuerdo, Luis González Placencia, destaca los problemas que esta reforma constitucional vino a resolver, y que implican la revisión de las leyes así como de los procedimientos, estatales y federales, que se aplican en la materia.

> **A)** El problema de la indeterminación de la edad de imputabilidad penal, pues hoy existen en las legislaturas locales diversos límites.
>
> **B)** La reforma deja claro que este límite debe situarse en los 18 años.
>
> **C)** El problema de la edad mínima de intervención del Estado, que ahora quedó fijada en 12 años.
>
> **D)** El problema relacionado con la aplicación de medidas que, bajo la denominación que sea, suponen la privación de libertad a niños y adolescentes, al establecer una franja para que esto ocurra sólo a quienes tienen entre 14 y 18 años.
>
> **E)** El problema de la dependencia actual de quien acusa, quien juzga y quien defiende, al plantear expresamente la independencia entre juez y acusador.

---

[534] Villanueva Castilleja, Ruth, *Visión Especializada del Tratamiento para Menores Infractores*, Editorial Porrúa. 2004, p. 56.
[535] *Ídem*.
[536] Apartado elaborado con información obtenida de: González Placencia, Luis, *Justicia Penal para Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal*, Iter Criminis, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Tercera Época, núm. 3, Enero-Febrero, México, 2006.

Los Párrafos Cuarto, Quinto y Sexto del Actual Artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Conllevan la implementación de esquemas de Justicia que a su vez permitan establecer límites competenciales a la federación, estados y Distrito Federal.

A partir de 1985, declarado "Año Internacional de la Juventud" por la Organización de las Naciones Unidas, se adoptan diversos instrumentos para establecer a la justicia de menores como una parte integrante del proceso de desarrollo nacional de cada país, y se declara que deberá administrarse en el marco general de justicia social, de manera que contribuya a la protección integral de niñas, niños y adolescentes y al mantenimiento del orden pacífico de toda sociedad.

Para tal efecto, se expiden las "Reglas de Beijing para la Administración de Justicia de Menores"; las "Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil"(RIAD); las "Reglas para la Protección de Menores Privados de Libertad"; y especialmente, la "Convención sobre los Derechos del Niño" adoptada en Nueva York en 1989 y ratificada por nuestro país el 21 de septiembre de 1990. Los anteriores documentos, entre otros, fueron la culminación de un movimiento mundial a favor de la niñez, para sustituir el modelo de la "Situación Irregular" que concebía a los menores de edad como objetos de "tutela-protección-represión" y no como sujetos de derechos.

Se adopta a partir de la Convención el modelo conocido como de la "Protección Integral" o "Garantista".

A partir de este modelo de Protección Integral y con la consideración del Interés Superior de la Infancia como principio rector, entendido este como garantía frente al poder coactivo del Estado, se concibe un "sistema de responsabilidad juvenil o de adolescentes" basados en los conceptos del derecho de mínima intervención o sistema garantista de derecho de justicia juvenil.

La Convención define que son sujetos de la aplicación de este sistema las personas menores de dieciocho años de edad, en concordancia con el artículo primero de la misma, sin embargo, es el sentido común, la psicología evolutiva del ser humano y la práctica legislativa en cada región del mundo, lo que nos da la pauta para fraccionar este rango de edades en franjas distintas.

La Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes define claramente que son niñas y niños las personas menores de doce años y se consideran adolescentes a las personas mayores de doce y menores de dieciocho años.

Esto implica garantizar jurídicamente que en el supuesto de niñas y niños por debajo de esa edad, por grave que sea la conducta tipificada en las leyes como delito, que por ellos sea

cometida, el Estado ha renunciado absolutamente a imponerles cualquier sanción de privación de libertad.

La principal garantía, en relación con los adolescentes, es que cuando éstos cometan una conducta que esté descrita en los códigos penales como delito, éstos sean juzgados por tribunales específicos, con procedimientos específicos y que la responsabilidad, por tanto la sanción, del adolescente por el acto cometido, se exprese en consecuencias jurídicas distintas de las que se aplican en el sistema de adultos.

En este mismo sentido, debe considerarse el derecho de las y los adolescentes de que la sanción que les sea aplicada y el tratamiento deberán estar claramente determinados en la calidad y en la cantidad y que es improcedente y contrario a derecho el que se habilite una sanción que exceda el criterio de proporcionalidad por el acto cometido.

Fundamentalmente, el procedimiento debe seguir las pautas del modelo acusatorio, por oposición a los procedimientos del modelo inquisitivo vigentes en los sistemas tutelares.

Particularmente, para el caso de nuestro sistema jurídico, hay obligaciones que nos impone el derecho internacional en esta materia, las cuales, conforme al artículo 133 de nuestra Carta Magna, son Ley Suprema de la Nación.

El avance de las ideas y las prácticas penales llevó a excluir progresivamente a los menores del imperio de la ley penal.

Para ello se fijó determinada edad, periódicamente elevada: 15, 16, y 18 años. Exentas las personas menores de 18 años de edad de la ley penal, fue necesario elaborar un Derecho especial para los "jóvenes infractores".

Configuración de Tres Capítulos Básicos. Comportamientos que determinan la aplicación de ese Derecho especial, al que quiso dar naturaleza tutelar; órganos y procedimientos que intervienen para la "corrección de menores infractores", y medidas aplicables a estos sujetos, diferentes, en calidad y cantidad, de las previstas para los adultos delincuentes.

Esas Medidas. Se dividieron en dos grandes rubros, no sin cierta discrecionalidad: por un lado, internamiento en centros de rehabilitación y por otro, tratamiento en libertad, con entrega a la familia propia del sujeto o a una familia sustituta.

Ley Para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.[537] Se cita esta Ley, porque es reglamentaria del artículo 4 constitucional, la cual, en su Título IV, les confiere el derecho al debido proceso de las y los adolescentes, en caso de infracción a la ley penal.

[537] Gaceta Parlamentaria, Cámara de Diputados LIX Legislatura. México, D.F. martes 28 de junio de 2005. www.derechosinfancia.org.mx/.../leg_ref18const.htm, fecha de consulta: noviembre de 2011.

Se trata, en consecuencia, de postular la incorporación a la Constitución de un sistema nacional de justicia penal para adolescentes, que conforme a las características especiales de éstos, proteja sus intereses en un juicio formal y en la ejecución de las sanciones aplicables mediante resoluciones judiciales.

Lineamientos que se Derivan del Reformado Artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Quedan debidamente establecidos los lineamientos que deben de seguir tanto la Federación, los Estados y el Distrito Federal: Los sujetos del sistema serán las personas que tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años.

Los menores de doce años, que hayan realizado una conducta prevista como delito en la ley, no son responsables, siendo sujetos únicamente de rehabilitación y asistencia social.

Es así como el artículo 18 constitucional lleva a cabo la distinción a que hace referencia la convención, entre dos tipos de niños: aquellos que pueden infringir las leyes penales y aquellos que no pueden infringir las mismas.

Se debe garantizar el respeto de todos los derechos fundamentales que reconoce la constitución para todo individuo, así como aquellos derechos específicos, que por su condición de personas en desarrollo, han sido reconocidos a los niños y adolescentes.

El sistema debe estar a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializados en procuración e impartición de justicia para adolescentes.

En la imposición de las medidas de orientación, protección y tratamiento, se debe atender a la protección integral y al interés superior del adolescente.

Estos son dos de los principios rectores que señala la Convención de los Derechos del Niño.

La aplicación de dichas medidas debe ser proporcional a la conducta realizada y tener como fin la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y de sus capacidades.

En el sistema se deben contemplar formas alternativas de justicia, las cuales deben aplicarse siempre que resulten procedentes.

Este mandato constitucional responde directamente a uno de los principios de la Convención, que es el de mínima intervención o desjudicialización, de acuerdo con el cual se debe resolver el menor numero de conflictos en sede judicial, para evitar la estigmatización de los adolescentes sometidos a procesos penales.

En el sistema de justicia debe observarse la garantía del debido proceso legal. Debe existir independencia entre las autoridades que efectúan la remisión y las que impongan las medidas.

El internamiento de los adolescentes debe aplicarse exclusivamente como medida extrema, en caso de delitos graves y por el tiempo mas breve que procesa. Únicamente podrán ser objeto de dicha medida los mayores de catorce años de edad.

Se ha señalado que para la aplicación de este mandato, las leyes secundarias deberán contemplar un amplio catalogo de medidas que permitan al juzgado optar por ellas, para que efectivamente el internamiento sea una medida de ultimo recurso.

Es obligatorio para la Federación, los Estados y el Distrito Federal, establecer, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de Justicia para Adolescentes.

Construir este sistema integral no será tarea fácil, pero es tarea absolutamente indispensable, dado que existen 31 entidades federativas y un Distrito Federal con sistemas diferentes, unos tutelares y otros garantistas, y con instituciones y normatividad muy diversas.

Normas de Protección que Hacen Explícito Todo un Sistema de Garantías.

1. GARANTÍA DE INDEPENDENCIA: Al precisar que los tribunales no deberán pertenecer al ejecutivo.

2. GARANTIA DE RESPONSABILIDAD: Al establecer la especialización de los tribunales, instituciones y autoridades competentes.

3. GARANTÍAS SUSTANTIVAS: El Estado renuncia a la posibilidad de aplicar la ley penal a menores de 18 años, pero estipula la creación de un sistema de justicia que busca la recuperación del adolescente.

4. GARANTÍAS PROCESALES: Señala explícitamente la necesidad de observar un debido proceso legal e incluir la posibilidad de la justicia alternativa.

5. GARANTÍAS DE EJECUCIÓN: Establece un amplio espacio para que psicólogos, pedagogos y trabajadores sociales contribuyan a la recuperación de los adolescentes.

Esta doble vertiente significa, a decir de dos especialistas, que estamos frente a un sistema que no es parte de la justicia penal y que incluso podría desarrollarse a partir de otros modelos.

CAPÍTULO 12. LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE NACIONES UNIDAS

La Doctrina Integral fue ganando adeptos entre doctrinarios, políticos y funcionarios judiciales que reconocían serias contradicciones entre este sistema de justicia tutelar y la vocación del reconocimiento y aplicación de los derechos humanos a los menores. Congruentes con la ideología liberal que internacionalmente se debatía en foros e instituciones de carácter mundial como las Naciones Unidas, la crítica al sistema tutelar en nuestro país, a finales de los setenta, recobra auge a través de modernos penalistas que retoman los argumentos que lo habían cuestionado desde sus inicios a principios del siglo XX, y reinician un nuevo embate doctrinario destacando la inconstitucionalidad del sistema, cuestionando principalmente la orientación de la ley y de la anulación de las garantías individuales en el proceso, así como la hipótesis de intervención estatal relacionada con el estado de peligro.[538]

De esta forma, los críticos del sistema tutelar toman posiciones respecto de la justicia de menores, y proponen que debe ser modificado, ya que vulnera de manera flagrante las garantías constitucionales de estos, y, además, establece esta lucha académica de una demanda exacerbada de respecto a los derechos humanos y a las garantías individuales. De las criticas que se han erigido en contra de este sistema desde sus inicios destacamos entonces que se trata de un sistema de justicia en el que la idea de la inimputabilidad, para justificar todas sus instituciones y la diferencia con el sistema penal, es un elemento que no resiste más la crítica, ya que es absurdo pensar que la capacidad requerida para el delito se adquiera de un día a otro, al cumplir los dieciocho años, o que dicha capacidad se adquiera o se pierda de acuerdo con el estado de la Republica en el que la persona se encuentre.[539]

Que el estado de peligro, que se identifica con el derecho penal de autor, rompe por completo el principio de legalidad establecido en el artículo 14 constitucional, que el procedimiento es uno de carácter absolutamente inquisitivo, irrespetuoso de los principios de contradicción, publicidad, igualdad de los contendientes, la separación de los órganos que actúan en él, de la interposición de recursos, así como lo relacionado con el tema de que la medida que le es impuesta al menor es de carácter indeterminado.[540]

[538] *Op. cit.*, Suprema Corte de Justicia de la Nación La Justicia, *La Justicia…,* p.p. 209-210.
[539] *Ídem*.
[540] *Ídem*.

Emilio García Méndez. Nos informa que con el término "Doctrina de Protección Integral" se hace referencia a un conjunto de instrumentos jurídicos de carácter internacional que expresan un salto cualitativo fundamental en la consideración social de la infancia. Reconociendo como antecedente directo la Declaración de los Derechos del Niño.[541]

Esto es, lo que actualmente se le ha llamado Doctrina de Protección Integral, cuyo principio rector es el "interés superior de la infancia" es el resultado de una serie de documentos, declaraciones y convenciones que proponen a los Estados firmantes una nueva manera de concebir a la infancia y a la adolescencia, sabedores de que dentro de las poblaciones minoritarias de la humanidad junto con las mujeres y los minusválidos, los niños son quienes se encuentran en las condiciones de máxima vulnerabilidad y por ello, para lograr un desarrollo natural de su personalidad, requieren de una atención y protección especial por parte de la familia, la sociedad y el Estado.[542]

Con el objeto de lograr una diferencia respecto de la atención de estos en relación con otros grupos, era necesario modificar la concepción del menor o del niño dotándolo de una categoría especial que transitara de ser un objeto de protección (como lo sostuvieron las corrientes tutelaristas de finales del siglo XIX y el siglo XX) a un sujeto de derechos; para ello fue necesario reconocer que el menor no era un adulto chiquito, ni un objeto de la tutela de los padres, sino que se trata de una "persona en desarrollo" cuyas capacidades se encuentran en expansión, por lo que, para lograr el pleno desarrollo de su personalidad y la de sus potencialidades, había que modificar el centro de la atención, de la protección de la persona del menor, a la protección de sus derechos.[543]

Lo anterior implica que la familia, la sociedad y el Estado con todas sus instituciones, no deben centrar su atención en la protección de la persona del menor, a partir de los criterios subjetivos y personalísimos de los adultos, sobre lo que esa protección implica, ya que como se ha visto, este modelo de protección puede causar mayores perjuicios al individuo que beneficios para su desarrollo, sino que más bien, los esfuerzos de protección deben dirigirse a garantizar sus derechos. A partir de este modelo se apuesta a que, con la defensa y el efectivo ejercicio de sus derechos se protege al menor y se garantiza, en mayor grado, un adecuado y armónico desarrollo de su personalidad.[544]

12.1. Instrumentos Internacionales que Sirven de Base a la Doctrina.

1. CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

[541] García Méndez, Emilio, *Infancia y Adolescencia, de los derechos y de la justicia*, Doctrina Jurídica Contemporánea, UNICEF, Fontamara, México, 2001, p. 29.
[542] *Op. cit.*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La Justicia…*, p.p. 223-225.
[543] *Ídem*.
[544] *Ídem*.

2. REGLAS MINIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ADMINISTRACION DE LA JUSTICIA DE MENORES. (REGLAS DE BEIJING.)

3. REGLAS MINIMAS DE NACIONES UNIDAS PARA LOS JOVENES PRIVADOS DE LA LIBERTAD.

4. DIRECTRICES DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PREVENCION DE LA DELINCUENCIA JUVENIL. (DIRECTRICES DE RIAD).

En relación con la elaboración y emisión de los anteriores documentos podemos identificar dos vertientes paralelas de trabajo de las Naciones Unidas, una de ellas, que establece criterios generales con esta nueva forma de concebir al menor de edad y trata de abarcar todos los aspectos y ámbitos de su desarrollo, incluyendo al sistema de justicia, pero no de manera exclusiva, sino como una parte de este concepto, y que se refleja en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, y la segunda, la que marca una serie de principios y orientaciones respecto del sistema de justicia al que se sujeta a los menores cuando se encuentran en conflicto con la ley penal.[545]

La conformación de la Doctrina de Protección Integral de los Derechos del Niño y del Adolescente de las Naciones Unidas, sustentada en los documentos internacionales antes expuestos, ha generado la movilización de conceptos, estructuras, normas e instituciones en diversos países del mundo, especialmente en América Latina, en la que organizaciones internacionales como la UNICEF, pusieron especial cuidado en promover la implementación de la Convención en los diferentes Estados de la Región. Como es de suponer, un proceso de transformación tan profunda y de tan gran alcance, no puede sustentarse solo en cambios legislativos secundarios, puesto que la nueva concepción de la infancia y la adolescencia implica una transformación cultural radical, que viene acompañada de reformas legales, e institucionales de raíz, en las que deben participar también amplios sectores de la población.[546]

De manera paulatina los diversos países de la región fueron transformando sus constituciones y leyes, para dar paso a esta nueva propuesta de relación de la infancia con el Estado y la sociedad, y en el caso especial que nos ocupa, de la infancia delincuente con el Estado; de este modo, en América Latina el proceso inicia en Brasil con la aprobación del Estatuto del Niño y del Adolescente el 13 de julio de 1990, posteriormente Ecuador con el Código de Menores del 16 de julio de1992, Bolivia con su Código del Menor del 18 de diciembre de 1992, y Perú con el Código del Niño y del Adolescente a fines de 1992.[547]

Resulta natural pensar que los derechos que se enderezan a favor de un sano y armónico desarrollo del menor y especialmente del menor o adolescente infractor, a partir de la

[545] *Ídem*.
[546] *Op. cit.*, García Méndez, Emilio, p.30.
[547] *Ídem*.

Doctrina de Protección Integral debían ser recogidos por las legislaciones nacionales, como un elemento base que legitimara y justificara las acciones estatales y sociales en función de su actualización, por lo que debían ser adaptados a las particularidades de cada nación parte, tomando en cuenta su organización política y el diseño estructural de sus instituciones; de este modo, si bien, para dotarse de un marco jurídico claro en la materia, en algunos casos se realizaron reformas a la Constitución nacional, en otros casos las reformas fueron practicadas en las leyes secundarias, conformándose Códigos Generales para la protección de los derechos de los niños en cuyo articulado se dedicaron algunos apartados para la justicia de adolescentes o se emitieron leyes especializadas en la materia.

Además de lo anterior, es importante reflexionar que, frente a una nueva concepción de la infancia y una transformación de esta magnitud, debió haberse generado una gran resistencia por parte de operadores, teóricos y personas acostumbradas al anterior régimen, por lo que las tensiones consecuentes, resultado de esta confrontación, debieron haberse reflejado de manera evidente en todas las representaciones de transformación que fueron surgiendo, especialmente en las leyes, en las que de algún modo, se vieron influidas por las ventajas y adelantos que representan las ideas y principios de la Convención, y que, sin embargo, presentan resabios o instituciones que, tan arraigadas en las estructuras estatales durante tantas décadas, seguramente resultaban difíciles de eliminar.

En iguales términos, las leyes que fueron generándose luego de la Convención, que dan cuenta de la adopción de sus principios, debieron cargar con las consecuencias de la ignorancia o en su caso, indiferencia del legislador.

Esto es, atento a que se trata de una nueva manera de concebir a la infancia delincuente, el encargado de elaborar la ley, no siempre se encuentra embebido de los principios fundamentales que soportan esta nueva doctrina y de su justificación, por lo que en un ejercicio de conciliación de posiciones doctrinarias asume, bajo un argumento de política criminal, a las instituciones que considera "útiles" para el logro de los objetivos de la prevención, la protección de los derechos del menor y la lucha en contra de la criminalidad, llegando, en ocasiones a tratar de armonizar instituciones que en otros parámetros serian irreconciliables.

La propuesta que hace Naciones Unidas a los países del mundo, en relación a la reconstrucción de la idea de la niñez, a través de la Convención de los Derechos del Niño, representa una transformación trascendente de una cultura en la que el menor había sido sujeto-objeto de protección por parte de la familia, la sociedad y el Estado, por lo que el proceso que conlleva al logro del ideal que propone la Doctrina de Protección Integral requiere de ensayos, ajustes, reconsideraciones y en ocasiones retrocesos, por lo que coincidimos con Mary Beloff cuando asegura que: Los sistemas de responsabilidad penal juvenil incorporados en la mayoría de los países de América Latina a partir de los procesos de

adecuación parcial o total de las leyes internas a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño han ido perfeccionándose a partir de la experiencia acumulada y en particular, a partir de que, en la región, la reforma de las leyes relacionadas con las personas menores de dieciocho años imputadas de la comisión de delitos ha tenido lugar conjuntamente con la discusión acerca de la reforma de la administración de justicia.[548]

La participación de la víctima en el proceso, los métodos de solución alternativa de conflictos y el sistema acusatorio, entre otros, han sido paulatinamente incorporados en las leyes sobre adolescentes infractores de la ley penal, como garantías para el infractor y como respuesta a la sociedad que reclama una administración de justicia diferente, atenta a sus problemas, democrática, rápida y respetuosa de los derechos de todos y que en lo posible encuentre una solución real a los problemas sociales definidos como criminales. Con el tiempo los textos legales han ido perfeccionándose desde el punto de vista técnico logrando un sistema compatible con los postulados del Garantismo aplicado a las personas que tienen menos de dieciocho años que cometen delitos.[549]

Así, la experiencia de los países que se apresuraron en cumplir con las expectativas de la Convención en materia de justicia para adolescentes, ha sido una herramienta de gran valor para enriquecer la discusión en torno al tema, para incorporar nuevos elementos al diseño de las instituciones y para valorar los resultados de las acciones emprendidas por estos adelantos para evitar, en la medida de lo posible, fracasos futuros al tiempo de implementar las nuevas instituciones.

Un ejemplo de lo anterior es el modo en que los países han recogido el texto de la Convención para la inclusión en su marco normativo interno, esto es, si lo han hecho a manera de Código de la Infancia, en el que se establezcan los derechos contemplados en la Convención y ocupen alguna parte del articulado para establecer los principios, reglas e instituciones dedicadas a los menores en conflicto con la ley penal o en su caso elaboraron leyes especiales dedicadas al tema de la justicia penal juvenil en las que se incorporan tanto aspectos sustantivos, como orgánicos y procesales.

A manera de muestra del modo en que algunos países de la región adoptaron y adecuaron a su marco normativo los principios de la Convención respecto de los Niños en conflicto con la ley penal, abordaremos de manera muy breve el contenido de la legislación especializada de esta materia en Brasil, Costa Rica, Guatemala, y el Salvador, precedida de una, muy breve también, narración sobre su proceso de reforma, con el objeto de identificar las diferencias o similitudes en el modo de plasmar en las respectivas legislaciones estos principios y derechos derivados de la Doctrina de Protección Integral.

[548] Beloff, Mary, *Los Sistemas de Responsabilidad Penal Juvenil en América Latina*, en Infancia, Ley y Democracia en América Latina, 2ª Ed., Tomo I, Temis de Palma, Buenos Aires, 1999, p. 100.
[549] *Ídem*.

12.2. El Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil. La situación de la infancia en Brasil, antes de la reforma, según explica García Méndez, no era muy diferente de los demás países de la región, ya que es perceptible que en los años cuarenta las prácticas de caridad y de la asistencia pública de carácter privado decaen, dando paso a las actividades de un Estado al que califica de populista-distribucionista, que dota a los jueces de menores con amplísimos poderes penal-tutelar en la época de los años 50; situación que se fortalece en los 60, aun cuando en esa década se inicia una transformación de las explicaciones criminológicas de la delincuencia infantil, ya que de las concepciones antropológicas penales que daban cuenta de los motivos de este fenómeno, a partir de taras y enfermedades hereditarias, resultado de un proceso evolutivo deficiente, inicia la preocupación por los factores de carácter social, como la pobreza, la estabilidad o funcionalidad de la familia, desajustes emocionales, entre otros.[550]

De este modo, con el inicio de la discusión de la Convención de los Derechos del Niño que llevo casi diez años, la sociedad civil organizada de este país inicio una participación muy activa, situación que coyunturalmente fue muy apropiada, ya que en estos momentos se encontraba en plena discusión la elaboración de una nueva Constitución.

La importante participación social, en este proceso, llevo a que en la Constitución Brasileña del 5 de octubre de 1988, se incluyera en su artículo 227 una serie de principios y derechos de la infancia que eran acordes con el texto de la Convención, que de manera paralela era discutida en Naciones Unida; de este modo Brasil, antes de la aprobación del documento internacional en el seno de Naciones Unidas, ya contaba con la base constitucional para iniciar un proceso de transformación radical en materia de justicia para adolescentes, lo que le permitía, con toda legitimidad, abandonar el modelo tutelar y sustituirlo por instituciones y normatividades que estuviesen orientadas por la Doctrina de Protección Integral.[551]

12.3. La Ley Penal Juvenil de Costa Rica. Hemos visto la manera en que los movimientos sociales en Brasil, como una respuesta al anterior régimen dictatorial y buscando acciones concretas democráticas que garantizaran la protección de los derechos humanos, de manera paralela a la discusión de la Convención, lograron involucrarse en el proceso de la reforma a la Constitución y plasmaron en su texto en 1988, los principios básicos que propondría Naciones Unidas en la Convención aprobada en 1989.[552]

Los autores relacionados con el tema hicieron mención de que esta inclusión y la posterior aprobación del Estatuto del Niño y del Adolescente en 1990, fueron aceptados ampliamente

[550] *Op. cit.*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La Justicia…*, p.p. 253-564.
[551] *Ídem*.
[552] *Ibídem*, p.p. 264-275.

por estos movimientos sociales y conto además con un gran respaldo de la población, erigiéndose esta norma especializada, es pionera y guía para los demás países de Latinoamérica que iniciarían, en diferentes tiempos, sus reformas al sistema de justicia penal para los adolescentes, luego de las respectivas ratificaciones de la Convención.[553]

12.3. Ley del Menor Infractor de el Salvador. Las últimas décadas del siglo pasado, la República del Salvador estuvo marcada por las secuelas de la guerra civil, y fue hasta 1992, cuando fueron firmados los tratados de paz que han permitido, en los últimos años, iniciar una importante transición hacia la democracia.[554]

Quizá uno de los primeros pasos que el gobierno salvadoreño realizo en ese esfuerzo democratizador y del reconocimiento de los derechos humanos, fue la suscripción y adhesión a la Convención de los Derechos del Niño, que de acuerdo a Karla Hanania de Varela y a Jaime Martínez Ventura, fue un hecho sin precedentes en la historia del país, ya que generalmente la adopción de tratados internacionales y acuerdos de tal naturaleza, no parecían ser de carácter prioritario al gobierno de este país, por lo que el hecho de que la Convención fuese adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y que dos meses después, esto es, el 26 de enero de 1990, hubiese sido suscrita por el representante salvadoreño en Naciones Unidas y que hubiese sido aprobada en abril de 1990 por el ejecutivo y ratificada el 27 de abril del mismo año por la Asamblea Legislativa, dándosele vigencia el 9 de mayo de 1990, lo convierte en el tratado internacional de derechos humanos que ha sido adoptado con mayor velocidad en esta nación centroamericana.[555]

Los anteriores ejemplos de incorporación de los principios de la Convención a la legislación interna, nos permite dimensionar la magnitud y trascendencia de adoptar los postulados de la Doctrina de Protección Integral.

Cada una de las experiencias expuestas dan cuenta de que el proceso de reforma, necesariamente será caracterizado por las circunstancias particulares del país, en tanto que podemos encontrar que la adecuación de la legislación interna, como un mecanismo para limitar al Estado en su posición intervencionista con la infancia y la adolescencia, se asume como una conquista social, que indica avances en materia de los derechos humanos, como en el caso de Brasil, o se identifica como un mecanismo que trata de endurecer las estructuras del Estado, que más que evolucionar en el respeto de los derechos humanos de los menores, es interpretada y aceptada por la sociedad, como un mecanismo más efectivo de control, ya que

[553] *Ídem*.
[554] *Op. cit.*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La Justicia…*, p.p. 275-286.
[555] *Ídem*.

respecto de los adolescentes, se asume el carácter penal de este nuevo diseño, dado que el sistema tutelar resultaba demasiado benigno, como en el caso de Costa Rica.

CAPÍTULO 13. LEY DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES DEL ESTADO DE GUANAJUATO EN CONCORDANCIA CON LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Realizado un análisis sistemático comparativo, de la Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Guanajuato y la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, encontramos que nuestro Legislador Estatal, cumple cabalmente con la norma orientadora inmersa en el texto de la Convención, porque la encontramos descrita y diseminada en el cuerpo de normas de nuestra Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Guanajuato, y para estar ciertos, iniciaremos la demostración de la relación normativa citada, y establecer que al crearse la Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Guanajuato, se doto puntualmente de forma y fondo normativo para darle sustento legal, para su aplicación y funcionamiento a favor de los adolescentes.

Asimismo, es necesario describir el contenido y los principios rectores de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, para ubicar sus principios rectores y normativos, para poder relacionarlos con nuestra Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Guanajuato.

13.1. Contenido de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño.

Comprende cincuenta y cuatro artículos, que para efectos de manejo, seguimiento y evaluación se han agrupado en cuatro aéreas o grupos de derechos, para señalar los principios rectores de la Convención, que a continuación se indican:[556]

> **1. Los Derechos de Supervivencia:** que corresponden con el derecho de todo niño, sin distinción alguna, a crecer sano y a disfrutar de alimentación, vivienda y servicios médicos adecuados. ***(Artículos: 6, 18, 24, 26 y 27).***
>
> **2. Los Derechos para el Sano Desarrollo:** son los derechos para garantizar las condiciones de vida necesarias para un pleno desarrollo humano, que deben ser proporcionadas preferentemente en el marco de la familia, con la asistencia del Estado. ***(Artículos: 7, 15, 17, 18, 28, 29, 31).***

[556] Apartado elaborado con información obtenida de: González Mac Dowel, Enrique, *Pequeño gran salto. Los derechos de niños, niñas y adolescentes en el derecho internacional de los derechos humanos*, CECODAP, Venezuela, 2003, p.p. 63-64.

3. Los Derechos de Protección: corresponden a los derechos de todo niño a ser protegido contra la explotación y el maltrato. ***(Artículos: 16, 19, 22, 33-35, 37, 38, 40).***

4. Los Derechos de Participación: son los derechos de las niñas y los niños a expresar lo que viven, piensan y sienten y a ser escuchados en los asuntos que afectan su vida, la de su familia y comunidad; conforman un marco para el ejercicio progresivo de la ciudadanía, en consonancia con el desarrollo de las capacidades de cada etapa de la vida del niño y del adolescente. ***(Artículos: 12-15 y 17).***

13.2. Principios Rectores de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño.

Los principios rectores de la Convención, tal y como están reflejados en documentos del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, son cuatro a saber: "No discriminación, el interés superior del niño, la supervivencia y el desarrollo y la participación".[557]

Los principios rectores están explícitos en los artículos 2, 3, 6, y 12, respectivamente. El articulado que conforma la Convención, se organiza tomando en consideración lo cuatros principios rectores que se mencionan enseguida, los cuales deben ser observados por quienes están involucrados en la protección integral de los infantes y adolescentes. Enseguida se anota el contenido de cada principio rector:

1. La No Discriminación. Supone el reconocimiento de la igualdad de derechos para todas y todos, niñas, niños y adolescentes. Explícitamente se cuestiona la discriminación de infantes y adolescentes por su origen étnico,[558] así como, la intervención selectiva sobre familias e individuos bajo determinado tipo de circunstancias, de ahí que la igualdad y la no discriminación se erijan como principios fundamentales en todas las consideraciones jurídicas que se desprenden del nuevo marco, y que deban ser una consideración central en todas las políticas públicas.[559]

2. **El Interés Superior del Niño.** Se considera que, tanto en los actos administrativos como cuando ocurran conflictos de intereses, debe prevalecer aquello que resulte de mayor beneficio para infantes y adolescentes. Este principio tiene su origen en el Derecho común, donde sirve para la solución de conflictos de interés entre un niño y otra persona. Esencialmente, el concepto significa que, cuando se presentan conflictos

[557] Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Documento 1999b, *La Convención sobre los Derechos del Niño, 10º Aniversario*, www.unicef.org/spanish/crc.htm, fecha de consulta: julio de 2012.
[558] O'Donell, D., *La Convención sobre los derechos del niño: estructura y contenido en Unicef Venezuela*, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Ed. Derechos del niño, Textos básicos, Venezuela, 2000, p.p. 3-20.
[559] *Op. cit.*, González Mac Dowel, Enrique, p. 53.

de este orden, como en el caso de la disolución de un matrimonio, por ejemplo, los intereses del niño priman sobre los de otras personas o instituciones.[560]

3. La Supervivencia y Desarrollo del Niño. Este principio es básico. Es preciso garantizar el derecho a la vida, siendo este primer derecho de todos, su incumplimiento hace imposible el goce de los demás. Pero, no solo es fundamental por lo antes dicho, que en sí mismo es importante, sino porque limita el poder de intervención del Estado y le exige la obligación de concretar medida para la protección en los más variados ámbitos.

Al ser enunciado en conjunto con el desarrollo, se extiende a las condiciones para garantizar este último, entendido en su concepción más amplia: se refiere no solo a la salud física sino también al desarrollo mental, emocional, cognitivo, social y cultural. A su vez, el derecho a la supervivencia genera un derecho especial de los niños vinculado con su condición de desarrollo y de mayor vulnerabilidad, así como incorpora una obligación de adoptar medidas especiales ante circunstancias que pongan en peligro su supervivencia. De este principio se desprende una obligación transversal de velar por la supervivencia de los niños y niñas, protegiéndoles de las circunstancias que arriesguen su vida o integridad; así como de crear las condiciones para que las familiar puedan propiciarles un entorno familiar adecuado.[561]

4. La Participación de Infantes y Adolescentes. Tener la condición de sujeto de derechos supone un desempeño en los distintos ambientes de la vida ciudadana, de una manera novedosa. Hasta la entrada en vigencia de la Convención, oír a las niñas y niños y considerar sus opiniones era una opción para aquellas/os interesadas/os en hacerlo, pero no había nada que hiciera pensar que infantes y adolescentes tuvieran algo que decir y que ello tuviese alguna importancia. Un principio fundamental de la Convención es el de la participación. No es posible participar, involucrarse sin que se tenga la oportunidad de expresar libremente, ideas y opiniones, las cuales deben ser recibidas por las personas a quienes se les dirijan. Niñas, niños y adolescentes tienen deberes y derechos. La concurrencia de ambas condiciones implica la incorporación activa de infantes y adolescentes en asuntos que les conciernen. Igualmente, supone la creación de condiciones que permitan tanto una comunicación y participación efectiva entre quienes no han alcanzado la mayoría de edad y quienes sí lo han hecho. Cada quien con su particularidad y perspectiva. Este nuevo escenario requiere de múltiples adecuaciones que favorezcan el logro del objetivo. Las y los interlocutores deben sentirse cómodos, es preciso reconocer las capacidades de cada cual y hacerlas confluir para alcanzar una visión y acción de conjunto. Si se consideran los ámbitos

[560] *Op. cit.*, O'Donell, D., p. 29.
[561] *Op. cit.*, González Mac Dowel, Enrique, p. 55.

iniciales en los cuales se desenvuelven las y los infantes y adolescentes se encontrara que la familia y la escuela tienen un gran desafío por delante.[562]

La doctrina de protección integral, está conformada por todos los instrumentos jurídicos internacionales que hemos descrito en capítulos anteriores, es preciso destacar, que aunque tanto las reglas, directrices, como las declaraciones, tienen solo un carácter orientador, conjuntamente con los otros instrumentos jurídicos, van conformando un cuerpo doctrinario solido que va precisando las medidas a tomar en cuenta para la protección integral de la infancia y la adolescencia. La doctrina de la protección integral, no se queda en una perspectiva legal, sino que se inserta y trasciende el cuerpo social, contribuyendo para que puedan concretarse planes de acción para garantizar el logro de los fines propuestos en cada uno de los componentes de dicha doctrina.[563]

13.3. Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Guanajuato.

La Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Guanajuato, se ajusta indudablemente a la normativa orientadora creada por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, como se aprecia en los principios rectores en relación al contenido de los siguientes puntos normativos de nuestro texto:

a) La No Discriminación. Este principio rector de la Convención, se encuentra inmerso en nuestro texto, porque reconoce la igualdad de todos los derechos de los adolescentes, sin distinción alguna con independencia de la raza, color, sexo, idioma, religión, opinión pública, o de otra índole, origen nacional, étnico, social, posibilidad económica, impedimentos físicos, nacimiento, cualquier condición del niño, de sus padres o representantes legales, el legislador estatal, en este aspecto tomo las medidas apropiadas a fin de garantizar que los adolescentes se vean protegidos de cualquier forma de discriminación, como lo observamos en los artículos, 1, fracciones de la I a la V, 5, 6, 7, 13, fracción I, letra b, c, f., II, letra h, i, III, letra c, IV, letra b, 19 párrafo segundo, 22 párrafo cuarto, 24 fracción I, V, XXV, 33 párrafo tercero, 35, 36 párrafo segundo, 44 párrafo tercero, 65 fracción V, 91,99, 113 párrafo primero y segundo, 115, 122 fracción II, letra b, III, IV, VII, 126, 129 párrafo segundo, y 130.

[562] Apartado elaborado con información obtenida de: Ekstedt, Julia, *Programación de los derechos del niño. Como aplicar un enfoque de derechos del niño en la programación*, Alianza Internacional Save the Children, 2002, http://www.ucm.es/info/polinfan/2006/area-lectura/mod-3/programacion.pdf, fecha de consulta: julio de 2012.

[563] Buaiz Valera, *Exposición de motivos de la ley orgánica para la protección del niño y del adolescente*, CECODAP, Venezuela, 2000, p. 22.

b) El Interés Superior del Niño. Se le considera el más importante principio rector de la Convención, porque en él se integran plenamente la satisfacción de todos los derechos de los menores, y con fundamento en ello, se debe de aplicar medidas que protejan sus derechos y no que los conculquen, extendiéndose el principio garantista del interés superior del niño, más allá de los ámbitos legislativo y judicial, y un aspecto de toral importancia es que este principio rector limita los actos discrecionales de las autoridades, para facilitar la plena satisfacción integral de sus derechos humanos, reconociendo el derecho y responsabilidad de los padres para criarlos y educarlos, y sus facultades de orientación y dirección deben favorecer a los niños para que ejerciten adecuadamente los derechos reconocidos en la Convención, de acuerdo con la evolución de sus facultades, y el Estado tiene el deber de apoyar y garantizar esos derechos y responsabilidades, para crear una equivalencia entre el contenido del interés superior del niño y los derechos humanos del niño reconocidos por el Estado, en resumen los derechos humanos y el interés superior del niño, deben vincularse para proteger sus derechos humanos, este principio rector, lo encontramos diseminado en todo nuestro texto, señalándose en forma precisa en los siguientes artículos, 1, 4 fracción de la I a la V, 5, 6 fracciones de la I a la IV, 7 fracciones de la I a la XVII, 8, 13 fracción I, en cualquier fase del procedimiento, II, en la fase de investigación, III, en la fase de instrucción, IV, en la fase de ejecución de medidas, 15 fracciones de la I a la IV, 16, 17, fracciones de la I, a la VI, 18, fracciones de la I, a la IV, el articulo 19 al 24, fracciones de la I, a la XXXIV, 25 fracciones de la I a la XV, 26, 26-A, fracciones de la I a la XIX, el articulo 27 al 31, en este artículo se hace énfasis al concepto de protección integral al menor bajo el principio del interés superior de este, del 32 hasta el 151, incluidas sus fracciones y letras correspondientes, sin duda alguna se advierte en todo el texto, la existencia de la doctrina de la protección integral, que gira alrededor del adolescente en todas sus manifestaciones, familiares, educativas, sociales y jurídicas, unificando en su persona, todos los derechos humanos y demás garantías que le pertenecen y debe desarrollar para su bienestar.

c) La Supervivencia y Desarrollo del Niño. La Convención maneja el derecho a la vida, como un punto rector esencial, porque limita el poder de intervención del Estado, se le obliga velar por la supervivencia de los niños y niñas, en base a un enfoque y relación familiar y educativo adecuado, que vigile y oriente el desarrollo físico, mental, emocional, cognitivo, social y cultural, de los más vulnerables, este principio rector, también lo encontramos en nuestro texto, como lo advertimos en los siguientes artículos 1, fracciones I, a la V, 2 párrafo segundo, 4, fracciones de la I, a la V, 5, 6, fracción II, III, 13 fracción I, letra b, c, e, f, II, letra k, III, j, IV, b, 18, fracciones de la I a la IV, 19, párrafo segundo, tercero, articulo 20 al 24 fracciones de la I a la XXXIV, 25 fracción VIII, X, 31, 43, fracciones de la I a la VI, 44, 46, 50 párrafo segundo, 74 fracción IV, 77, 99, 101 párrafo segundo, 109, fracciones de la I a la VI, 115, 122,

fracción I, VIII, 127, 130, 132, 133, fracción III, 135, todos los dispositivos de la Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Guanajuato.

d) La Participación de Infantes y Adolescentes. Este principio rector de la Convención, nos orienta en que la participación de los adolescentes debe ser un acto primordial, consistente en comunicarse, expresar ideas y opiniones, y así reconocer la capacidad de los adolescentes, estos actos deben tener origen en la familia y la escuela, con sus particularidades y perspectivas propias y en relación a cada uno de los adolescentes conforme a su desarrollo mental y de madurez, este principio rector también se encuentra regulado en nuestro texto, como lo encontramos en los siguientes artículos, 4, de la fracción I a la IV, 5, 13, I, b, f, II, c, h, k, III, b, c, IV, b, 19 segundo párrafo, 20, 22 segundo párrafo, 24 fracciones I, IV, V, XIII, XV, XVI, XXIV, XXV, XXVI, 25 VI, VIII, X, XI, XII, 31, 34, 37, 40, 43, 44, 45, 46, 50, 64, 65, 74 IV, 77, 83, 90 V, 99, 101 tercer párrafo, 102 IV, 104 I, III, del articulo 107 al 113, 115, 122, 127, del articulo 130 al 133, todos los dispositivos de la Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Guanajuato.

Concluido el análisis sistemático-comparativo, de nuestra Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Guanajuato y la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, se llega a la conclusión, que en nuestro texto, impera el espíritu innovador, orientador y garantista de los principios rectores de la Convención y de la Doctrina de la Protección Integral, con su premisa columna, el interés superior del adolescente, conjunto de normas que sin lugar a dudas, tienen como centro de aplicación al adolescente, creando un abanico jurídico de normas a su favor, siempre fundadas y motivadas en el respeto de sus derechos fundamentales, como acto importante, la premisa garantista en toda su plenitud jurídica, dándole así, sustento legal nuestro legislador estatal a la creación del Sistema Integral de Justicia para Adolescentes, en los términos del artículo 5 de la Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Guanajuato.

13.4. Análisis Crítico del Contenido de la Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Guanajuato.

El legislador estatal, creo el texto en comento, apegado a una interpretación armónica de los principios generales del derecho relativos al derecho penal y el procesal penal, y con la doctrina en materia de adolescentes, en la exacta tesitura que garanticen plenamente los derechos establecidos en el artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el artículo 13 de la Constitución Política para el Estado de Guanajuato, y de las leyes que de ellas de deriven, y en los Instrumentos Internacionales suscritos y ratificados por nuestro País, a fin de reglamentar y garantizar la conducta de los adolescentes infractores.

En nuestra Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Guanajuato, no se advierten lagunas legales en su texto, porque el legislador creo disposiciones legales expresamente aplicables a la conducta de los adolescentes infractores, y además los preceptos legales, son conceptualmente claros y precisos, porque se descubre de inmediato la voluntad del legislador, o sea, la interpretación que se hace del conjunto de normas inmersas en el texto, nos lleva a encontrar su significado claro, operativo y aplicable, se descubre de inmediato la voluntad de la ley establecida, actitud que definitivamente, se apega a la doctrina actual, que es unánime en aceptar que la ley penal, en este caso nuestro texto estatal de Justicia para Adolescentes, debe ser interpretado, en virtud de que al aplicar la ley supone interpretarla, al comparar su contenido legal con el hecho factico, o dicho en otras palabras, la hipótesis contenida en la norma penal y en el hecho de la realización de tal hipótesis, requiere siempre de una interpretación para poder atribuirle las consecuencias establecidas por la ley penal, y en este punto, no se advierte confusión, vaguedad, o imposibilidad de aplicarse la Ley de Justicia para Adolescentes, porque es definida, objetiva, clara y aplicable, además soportada por el Código Penal y el Código de Procedimientos Penales, y el cuerpo de leyes anteriormente citados, creándole una personalidad jurídica estable y permanente en la actividad jurisdiccional de los adolescentes, y dejando transitable un camino para nuevos cambios en su contenido.

Títulos y Capítulos de la Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Guanajuato, que pueden ser modificados. Toda Ley puede y debe mejorarse, porque es un ente factico cambiante o evolutivo, empujado por la actividad de la sociedad, se da el caso de que un tipo penal actual, dentro de tres o cinco años, o quizás menos tiempo, ya se modificó en su estructura tipo, porque lo factico o la actividad criminal, también evoluciona y es necesario crear o modificar el tipo penal, para acotar los nuevos ilícitos, entonces nuestra Ley de Justicia para Adolescentes, debe evolucionar para estar acorde a los tiempos, en su contenido, determinando normas, títulos y capítulos exactos, para evitar la repetición del contenido de normas en diversos títulos y capítulos, y así evitar que estas se dispersen en el texto, proponiendo cambios que deben significarse por títulos y capítulos de nuestro texto, ubicando exactamente la norma desde su concepto, requisitos y casos de aplicación, para un mejor entendimiento, interpretación y aplicación.

TITULO PRIMERO.

DISPOSICIONES PRELIMINARES.

CAPITULO ÚNICO.

En este capítulo se debe ubicar y determinar su contenido, principalmente en sistematizar lo relativo a los derechos del adolescente, los principios rectores que

orienten la interpretación y aplicación de la ley, regular el procedimiento para determinar la responsabilidad del adolescente, determinar las medidas aplicables, ubicándolos en capítulos que describan las leyes que deben aplicarse para la operación de nuestro texto, Artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 13 de la Constitución Política para el Estado de Guanajuato, los Convenios Internacionales suscritos por nuestro País, el Código Penal y el Código de Procedimientos Penales para Guanajuato, los conceptos de adolescente, centro de internación, comité auxiliar técnico, defensor de oficio especializado, dirección general de reintegración social para adolescentes, juez de impugnación, juez de ejecución, juez de adolescentes, ministerio público especializado, policía especializada.

TITULO SEGUNDO.

SISTEMA INTEGRAL DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES.

CAPITULO PRIMERO.

ORGANIZACIÓN DEL SISTEMA INTEGRAL DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES.

En este capítulo deben describirse todas las autoridades competentes para la aplicación de esta Ley, estableciendo un capítulo para cada autoridad y en fracciones de cada artículo, funciones y competencia, integrándose el Ministerio Público Especializado, Policía Especializada, Defensoría de Oficio Especializada, Juez para adolescentes, Juez de Impugnación, Juez de Ejecución, Comité auxiliar técnico, Dirección general de reintegración social para adolescentes, Centros de internación.

TITULO TERCERO.

DERECHOS.

CAPITULO PRIMERO.

DERECHOS DE LOS ADOLESCENTES.

Este capítulo debe de integrarse al título primero, disposiciones preliminares, capitulo primero, de esta ley, describiendo las garantías y derechos reconocidos a los adolescentes, en fracciones que determinen exactamente sus garantías y derechos de

fondo y forma, para evitar la duplicidad de conceptos, contenido de normas, y relaciones innecesarias de una fracción a otra, creándose un capitulo especifico.

CAPITULO SEGUNDO.

DERECHOS DE LA VICTIMA O EL OFENDIDO.

Este capítulo también debe integrarse al título primero, disposiciones preliminares, capitulo primero, de esta ley, describiendo los derechos que tenga la víctima o el ofendido, sistematizando los derechos conforme el nacimiento del ilícito que le perjudica, para establecer un orden en los derechos y evitar repetición, ambigüedad de los derechos de la víctima o el ofendido, en varios artículos y capítulos, creándose un título expreso.

TITULO CUARTO.

PROCEDIMIENTO.

CAPITULO PRIMERO.

REGLAS GENERALES.

En este título debe sistematizarse en capítulos determinados, las conductas tipificadas como graves, y las conductas en las que no procede el beneficio de la libertad provisional bajo caución, las medidas de internamiento, rehabilitación, asistencia social, correcciones disciplinarias, medios de apremio, establecer y determinar las edades en relación a las medidas impuestas y en los casos que procede, formas de acreditar la edad y establecer esta, para imponer las medidas impuestas por la comisión de un delito.

CAPITULO SEGUNDO.

CONCILIACION.

SECCION PRIMERA.

CONCILIACION ANTE EL MINISTERIO PÚBLICO ESPECIALIZADO.

Crearse un título para determinar cuándo inicia, cuando procede o no y quienes pueden intervenir en la conciliación y sus formas de cumplimiento, los requisitos del avenimiento, el concepto, objeto, alcances y quienes pueden reparar el daño, y cuando procede la acción civil, debe agregarse al título segundo, sistema integral de justicia para adolescentes, capitulo primero, organización del sistema integral de justicia para adolescentes.

SECCION SEGUNDA.

CONCILIACION ANTE EL CENTRO ESTATAL DE JUSTICIA ALTERNATIVA.

Crearse un capitulo dentro del título relativo a la conciliación ante el ministerio público especializado, la remisión de una copia del expediente al centro estatal de justicia alternativa, para que los mediadores y conciliadores apliquen medios alternativos de solución de conflictos conforme a la ley de justicia alternativa del estado de Guanajuato, es una medida que favorece psicológicamente a las partes, por el cambio de atmosfera jurídica, porque las partes se encuentran más relajadas para lograr una medición y conciliación, señalar expresamente los requisitos que deben cubrir los deudores solidarios para el cumplimiento del acuerdo conciliatorio, señalar expresamente los casos de suspensión del procedimiento de medios alternativos y los plazos para el acuerdo, y los casos en que se levanta la suspensión del mismo.

CAPITULO TERCERO.

INVESTIGACION.

La actividad de investigación a cargo del Ministerio Público Especializado, así como la Policía Especializada sujeta a la autoridad investigadora, debe agregarse al título segundo, relativo al sistema integral de justicia para adolescentes, capitulo primero, organización del sistema integral de justicia para adolescentes.

CAPITULO CUARTO.

INSTRUCCIÓN DEL PROCESO.

Debe existir un título para la instrucción del proceso, y capítulos que describa exactamente la etapa probatorio, en qué momento inicia y cuando termina, las

pruebas pertinentes que deben ofrecerse para cada ilícito, como desahogarse y la intención de las mismas, el debate igualmente describirlo y su objeto, describir la sentencia, definitiva y la interlocutoria, los requisitos de fondo y forma, resoluciones que pueden dictarse como el auto de formal internamiento preventivo y el de sujeción a proceso, los requisitos que deben tener, los requisitos para librar la orden de detención o comparecencia del adolescente, los requisitos de la declaración judicial del adolescente.

CAPITULO QUINTO.

RECURSOS.

SECCION PRIMERA

REVOCACION.

Queda igual porque describe el recurso de revocación, que se interpone por escrito o verbalmente, en contra de resoluciones que no admiten apelación, en el plazo de tres días, expresando los conceptos de agravio, se dará vista a la contraparte, pudiendo el juez resolver de plano o no, confirmando, modificando o revocando la determinación impugnada, sería mejor crear capítulos para determinar los requisitos de su procedencia, su procedimientos de desahogo, y la resolución que de dicte.

SECCION SEGUNDA.

APELACION.

Queda igual, describe las resoluciones que son apelables y los efectos de su admisión, y favorece al adolescente con la suplencia de los agravios y la denegada apelación, sería mejor crear un título para la apelación, y crear capítulos relativos a los requisitos, procedencia de la apelación, plazos, suplencia de la queja y la denegada apelación, para su mejor comprensión procesal.

CAPITULO SEXTO

SUSPENSION DEL PROCESO.

Su contenido queda igual, describe que se puede suspender el proceso de oficio o a petición de parte en los casos que se enuncian, y establece la continuación del mismo en el caso de que haya desaparecido la causa de suspensión, debe crearse un título de medidas para integrar en un capitulo la suspensión del proceso, por tener relación entre si.

CAPITULO SEPTIMO.

MEDIDAS.

Debe agregarse a las medidas enunciadas, las de rehabilitación, asistencia social, y la observación de las reglas de conducta consistente en la imposición de obligaciones y prohibiciones, y la de reparación del daño, determinar los casos en que se debe de aplicar cada una de ellas, los requisitos para revocar la medida de internamiento, los requisitos para la ejecución de las medidas, la imposición de las medidas no pueden exceder el plazo de dos años, debe crearse un título de medidas, para crearse un capítulo de la suspensión del proceso.

CAPITULO OCTAVO.

SUSPENSION DE LA MEDIDA DE INTERNAMIENTO DECRETADA EN SENTENCIA.

Se describe la suspensión de la medida decretada por el juez en sentencia, siempre que concurran las circunstancias que se enumeran, el beneficio está condicionado a la reparación del daño, no se exime al adolescente de cumplir medidas distintas al internamiento, se anota las causas de revocación de la suspensión, la comisión de un nuevo delito o el incumplimiento del internamiento, debe crearse un título de medidas, para crearse un capítulo para la suspensión de la medida de internamiento decretada en sentencia.

CAPITULO NOVENO.

EJECUCION DE LAS MEDIDAS.

Debe crearse un título para el juez de ejecución, dirección de reintegración social, consejo técnico interdisciplinario, programa personalizado de ejecución, secretaria de

seguridad pública y centros de internación, describiéndose en cada capítulo, concepto, atribuciones, prerrogativas y aplicación de sus funciones, para evitar confusiones y delimitar la dispersión de su contenido, las correcciones disciplinarias mencionadas en este capítulo, deben de integrarse al título séptimo relativo a las medidas, creándose un capitulo para la ejecución de las medidas.

CAPITULO DECIMO.

SUSPENSION DE LA EJECUCION DE LA MEDIDA DE INTERNAMIENTO.

Debe crearse un capitulo para la suspensión de la ejecución de la medida de internamiento, integrándolo en el titulo séptimo medidas, para evitar la dispersión de las medidas, en sus diferentes aspectos, ejecución, suspensión, etc…y limitar y precisar las medidas y su desenvolvimiento procesal a favor del adolescente.

CAPITULO UNDECIMO

EXTINCION DE LA RESPONSABILIDAD.

SECCION PRIMERA.

CAUSAS DE EXTINCION DE LA RESPONSABILIDAD.

Debe crearse un título para la extinción de la responsabilidad, creándose capítulos para la extinción, la amnistía, prescripción, requisitos de procedencia de cada una de estas figuras y las causas y efectos que generan, a favor del adolescente, describiéndolas conforme al catálogo de prescripción de la acción del Estado, para mayor entendimiento, precisión y aplicación.

SECCION SEGUNDA.

SOBRESEIMIENTO.

Debe crearse un título para el sobreseimiento, determinándose en capítulos las causas de extinción, y los efectos de esta, creándose también capítulos para el desistimiento y cumplimiento de acuerdos conciliatorios, para una mayor comprensión de la aplicabilidad procesal al adolescente.

SECCION TERCERA.

RECONOCIMIENTO DE LA NO RESPONSABILIDAD.

Debe crearse un título para el reconocimiento de la responsabilidad, para precisar su definición, requisitos y efectos, y determinar mediante capítulos, el procedimiento de la anulación y crear un cátalo de los casos y tramites del reconocimiento de la no responsabilidad, para su entendimiento y aplicación procesal.

En resumen nuestra ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Guanajuato, goza de entendimiento, compresión, sencillez y el conjunto de normas de forma y fondo, están sustentadas por el contenido del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 13 de la Constitución Política del Estado de Guanajuato, Código Penal y de Procedimientos penales para el Estado de Guanajuato, y los tratados internacionales suscritos por México, los cambios a nuestra Ley, deben darse exclusivamente en el acomodo de títulos y capítulos en los que se determine exactamente cada figura de fondo y forma, para su mejor comprensión y manejo de operación a favor del adolescente, la estructura daría además precisión como por ejemplo, en el titulo cuarto relativo al procedimiento, debe incluirse todo lo procesal, para evitar la dispersión del procedimiento en otros títulos y capítulos, también sirve de ejemplo el aglutinar en un título lo relativo a las medidas, suspensión de la medida de internamiento decretada en sentencia, ejecución de las medidas, suspensión de la ejecución de la medida de internamiento, para precisar el desarrollo procesal de estas figuras, esa exactitud trae como consecuencia un manejo objetivo y preciso de nuestra Ley en lo sustantivo y adjetivo, y beneficia al adolescente y al impartidor de justicia.

CAPÍTULO 14. ANÁLISIS INTERPRETATIVO DEL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 20 APARTADO "A" DE LA CONSTITUCÍON POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS: *PROPUESTA DE REFORMA A LA LEY DE JUSTICIA DE ADOLESCENTES DEL ESTADO DE GUANAJUATO, Y CUMPLIMENTACIÓN DEL IMPERATIVO CONSTITUCIONAL DEL NUEVO SISTEMA ACUSATORIO ADVERSARIAL ORAL DE FECHA 18 DE JUNIO DE 2008*

Es importante que nuestra Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Guanajuato, esté acorde con la reforma del apartado "A" del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 18 de junio de 2008; la llamada reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública, entro en vigor el día 19 de junio de 2008, y a efecto de abordarla, se analizaran los siguientes temas: **PRIMERO**, el del sistema procesal acusatorio adversarial, para determinar su contenido y aplicación; **SEGUNDO**, las disposiciones contenidas en el apartado "A" del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y **TERCERO**, la propuesta de reforma a nuestra Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Guanajuato, para cumplimentar la reforma penal acusatoria adversarial.

14.1. Primer Tema: El Sistema Procesal Acusatorio Adversarial. El Estado mexicano, el día 18 de junio de 2008, reformó la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para modificar el sistema de justicia penal. Esta reforma tuvo como finalidad instaurar un sistema procesal penal acusatorio en concordancia con los modernos procesos penales y con los estándares internacionales de protección a los derechos humanos. El sistema acusatorio toma su nombre de la importancia que se le otorga a la acusación del ente persecutor que constituye un requisito esencial del sistema y sin la cual no se puede proceder al juicio oral.

Luigi Ferrajoli, *Lo Identifica Como Acusatorio*. Al afirmar: "todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que le compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en el juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción…"[564]; en ese sentido, el sistema acusatorio es el sistema procesal propio de los regímenes democráticos liberales, donde la libertad y la dignidad de las y los ciudadanos ocupan un lugar central en la protección que brinda el ordenamiento jurídico; donde imperan principios como la acusación, la imparcialidad del juez, la presunción de inocencia, el

[564] *Op. Cit.*, Ferrajoli, Luigi, p. 564.

esclarecimiento judicial de los hechos; y la oralidad, la inmediación, la publicidad y la contradicción como principios rectores del proceso penal.[565] El objetivo principal del sistema acusatorio es servir de instrumento de tutela y garantía de los derechos procesales de las personas, en su carácter de imputadas no de víctimas. Esto quiere decir que sus objetivos apuntan a agilizar el procedimiento, optimizar la persecución del delito, eliminar la corrupción y reducir los costos. Todos estos son únicamente instrumentos para conseguir el verdadero fin que es ampliar el espacio de reconocimiento y ejercicio de los derechos y garantías de las personas.

Principios que Rigen el Sistema Acusatorio. Como se indicó, se denomina acusatorio al sistema procesal penal caracterizado por separar las funciones de investigación y acusación de las de juzgamiento para asegurar la imparcialidad que debe regir el proceso. Es un sistema donde la acusación es fundamental y sin la cual no se puede llevar a cabo el juicio, de manera que la igualdad entre partes procesales es una exigencia, y el juicio oral es la etapa más importante, pues todo el sistema procesal está encaminado a él. Las diferencias entre el sistema inquisitivo y el acusatorio se hacen visibles desde la forma de investigar el hecho delictivo, pero también en cómo se tramita la causa ante el órgano jurisdiccional; como se presentan, desahogan y valoran las pruebas; y como participan las partes y los sujetos que intervienen. En definitiva, el sistema inquisitivo responde a un fin retributivo, es decir, se orienta a castigar a la persona responsable del delito. En tanto, el sistema acusatorio concibe al procedimiento penal como un instrumento de solución del conflicto, de manera que permite salidas alternas (mediación, conciliación y otras), así como la renuncia de la persecución penal. La característica definitoria del sistema acusatorio es, la sujeción a principios que cumplan con la observancia del debido proceso. En ese sentido, el sistema acusatorio es garantista. El modelo acusatorio funciona bajo dos tipos de principios rectores: **a)** Los generales, que informan el proceso penal, y **b)** Los que caracterizan al sistema acusatorio.[566]

Principios Constitucionales del Sistema Acusatorio. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dispone en el artículo 20, párrafo primero: "El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación"; Los principios generales del proceso y los que regulan el sistema acusatorio expresamente señalados en la Constitución constituyen imperativos dirigidos a los operadores del sistema penal. Su objetivo es racionalizar el sistema en la determinación de la responsabilidad penal de las personas con el fin de proporcionar estándares para el control de las actuaciones procesales. Debemos señalar que los principios señalados por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, son de obligado cumplimiento, y su inobservancia

[565] *Ídem*.

[566] Amoretti Pachas, Mario, *Violaciones al Debido Proceso Penal: Análisis y Crítica al Proceso Penal Seguido Contra Luis Bedoya de Vivanco*, Ed. Grijley, Lima, 2007, p. 37.

da lugar a que cualquiera de las partes pueda solicitar la nulidad del proceso. De acuerdo con esta idea habrá que estar atentos a su debida y puntual implementación en el Estado de Guanajuato.

Principio de Publicidad. En opinión de Luigi Ferrajoli, el principio de publicidad es el requisito más elemental del proceso acusatorio.[567] Con base en este, la formulación de la acusación y la determinación de la responsabilidad tienen que producirse de cara a la opinión pública, en especial, respecto de quienes intervienen. Es decir, cada una de las determinaciones procesales debe comunicarse a las partes en el tiempo y en la forma determinada por la ley; asimismo, la sentencia debe dictarse en audiencia pública. En base a este principio, se permite el acceso directo del público a la sala de audiencias para presenciar el debate de juicio oral y para escuchar la sentencia. Con ello se garantiza la posibilidad de conocer el proceso en todas sus partes, y se garantiza la transparencia en la actuación judicial y la legitimidad de sus determinaciones. La publicidad solo podrá restringirse en los casos expresamente señalados por la ley; por ejemplo, protección a la víctima, cuando se trate de testigos y personas menores de edad y cuando se trate de datos protegidos legalmente, por mencionar algunos.

Principio de Contradicción. Supone la posibilidad de que la defensa y la parte acusadora conozcan todos los actos de investigación y prueba, así como el derecho a controvertirlos, interviniendo desde su formación. Este principio se aplica desde la fase de investigación y mediante el, es posible desvirtuar los elementos sobre los que se construye la demostración de la materialidad del hecho, así como la acreditación de la responsabilidad de la persona procesada. Este principio permite que las partes intervinientes viertan argumentos, razones y fundamentaciones sobre las cuestiones introducidas en el juicio, y asegura la igualdad y el equilibrio en las atribuciones, derechos y obligaciones de los sujetos procesales, de manera que ninguna prueba es atendible si no se hace del conocimiento de las partes y a la refutación de la contraparte.

Principio de Concentración. Este principio impone la obligatoriedad de que los actos constitutivos de la audiencia de juicio oral se cumplan en el tiempo y en el número de audiencias estrictamente necesarias, sin dilaciones. La regla en el sistema acusatorio es que haya una audiencia única en la que se desahoguen las pruebas y se resuelva la cuestión planteada. La audiencia se podrá suspender excepcionalmente cuando sobrevenga alguna circunstancia que lo justifique. El fin de este principio es que el proceso no se disperse sino que haya mayor proximidad entre el desahogo de las pruebas, su debate, los alegatos y la sentencia. Una excepción a este principio se presenta con la prueba anticipada. (La prueba anticipada es la que se produce, de manera excepcional, en una fase anterior a la fase de juicio

[567] *Op. Cit.*, Ferrajoli, Luigi, p. 616.

oral, ya sea por el hecho de que de no producirse se vea amenazada la prueba misma o bien su calidad).

Principio de Continuidad. El principio de continuidad exige que la audiencia del juicio oral se desarrolle en forma continua. Solo excepcionalmente podrá prolongarse en sesiones sucesivas hasta su conclusión.

Principio de Inmediación. Determina la relación directa entre el juez, la persona acusada, el tribunal y los medios de prueba. Este principio obliga al juez a recibir la prueba en forma personal y directa, y a estar presente desde el comienzo y hasta el final de la audiencia de juicio oral. Los principios que informan el sistema acusatorio deben ser observados por los jueces, pero también por todos los operadores del sistema, pues a través de ellos se busca garantizar los derechos fundamentales de la persona sometida a investigación y juzgamiento. Ante el incumplimiento de alguna de las garantías, la consecuencia será la nulidad de los actos procesales y la evidencia que se derive de ellos.

Estructura General del Proceso Penal Acusatorio. Con la reforma al sistema penal, el esquema procesal se modifica sustancialmente: serán tres las etapas que conforman el procedimiento, cada una dirigida por una autoridad diferente para garantizar la imparcialidad e independencia en el procedimiento.

Primera Etapa: Investigación Preliminar o de Investigación. En esta etapa corresponde al Ministerio Publico, con auxilio de la Policía de Investigación, conducir la investigación del delito para lograr el esclarecimiento de los hechos materia de la denuncia o querella, con la finalidad de recolectar los elementos necesarios y suficientes para fundamentar y motivar la acusación penal pública. En esta fase tiene lugar la **AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE LA IMPUTACIÓN**. En presencia del juez, el Ministerio Publico, debe comunicar a la persona imputada, con todo detalle y por completo, el hecho que se le atribuye, el modo de comisión, el grado de intervención y la circunstancia en que se desarrolla la investigación en su contra; además, deberá poner a disposición de esta las actuaciones reunidas en su contra. Una vez formulada la imputación del Ministerio Publico, la persona imputada tendrá derecho a **RENDIR SU DECLARACIÓN PRELIMINAR**; si se reserva ese derecho, su silencio no podrá utilizarse en su contra. Antes de **CERRAR LA AUDIENCIA DE IMPUTACIÓN**, el juez deberá señalar la fecha para celebrar la **AUDIENCIA DE VINCULACIÓN A PROCESO**, salvo en caso de que la persona imputada haya renunciado al plazo constitucional (72 horas). El Ministerio Publico deberá solicitar la vinculación a proceso, y en la misma audiencia expondrá los antecedentes de la investigación con los que considera que se acreditan los datos que establecen que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y la probabilidad de que la persona imputada lo cometió o participo en su comisión, en cuyo caso el juez podrá resolver sobre la vinculación a proceso. (La vinculación a proceso debe entenderse como la

resolución dictada en una audiencia por el juez de control, mediante la cual se determina que los datos de prueba obtenidos durante la fase de investigación establecen que se ha cometido un hecho señalado como delito y la posibilidad que la persona imputada lo haya cometido o participado en su comisión).

Efectos de la Vinculación al Proceso Acusatorio. 1. Suspender el curso de la prescripción de la acción penal; **2.** Fijar el plazo para el cierre de la investigación penal; **3.** Fijar los hechos delictuosos por los que se continuara la investigación en la etapa preliminar; **4.** Que el Ministerio Publico pierda la facultad de archivar temporalmente el procedimiento. Una vez que se ha declarado cerrada la investigación, el Ministerio Publico tiene un plazo (que se ha establecido generalmente de 10 días), para formular la acusación por escrito, si estima que hay mérito; formulada la acusación, debe enviarse al juez de control, quien citara a la **AUDIENCIA INTERMEDIA**.

Segunda Etapa: Fase Intermedia. Este procedimiento de carácter oral se realiza ante el juez de control, y tiene por objeto la preparación del juicio oral, por lo que se debe señalar de manera precisa el objeto del juicio, los sujetos intervinientes y la prueba que deberá desahogarse y valorarse en el juicio oral. En esta fase, el juez de control podrá excluir la prueba obtenida con violación a los derechos fundamentales. Además, en esta etapa, las partes podrán realizar acuerdos probatorios sobre los hechos que no requieren probarse en el juicio; por eso se dice que en esta fase se realiza una depuración de la prueba.

Tercera Etapa: Fase de Juicio Oral. Es la fase de decisión de las cuestiones esenciales del proceso penal, que se realiza sobre la base de la acusación. En esta etapa, la información que el Ministerio Publico haya reunido en la etapa de investigación se tomara en cuenta solo en cuanto se produzca en el juicio oral de forma contradictoria.

ETAPAS DEL JUICIO ORAL. Durante la **APERTURA** del juicio oral, el tribunal cuenta con el auto de apertura elaborado por el juez de control. Este contiene la acusación y la exposición de la defensa, y tiene por objetivo acotar el debate y delimitar la prueba que se va a presentar en el juicio. El juicio oral comienza con la declaración de inicio del juez presidente de la Sala. Se señala la acusación y la información relevante, y se concluye con los alegatos de apertura de las partes, mediante los cuales exponen oralmente su **TEORÍA DEL CASO** al tribunal. El primero en exponer es el agente del Ministerio Publico, luego la persona denunciante o querellante, después la persona imputada y finalmente el abogado defensor. **LA PRUEBA:** Luego de escuchar los alegatos de apertura de las partes intervinientes, el tribunal recibe la prueba de acuerdo con los requisitos para su presentación (pertinencia, licitud y relevancia). En cuanto al orden de recepción de la prueba, corresponde primero al Agente del Ministerio Publico y al acusador coadyuvante y luego a la persona acusada. **EL CIERRE DEL DEBATE:** Concluido el debate probatorio, cada parte deberá presentar sus argumentos de conclusión.

Su finalidad será probar al tribunal que su **TEORÍA DEL CASO** quedo comprobada y, en consecuencia, la sentencia debe favorecer a sus intereses. **LA SENTENCIA:** Concluidos los alegatos de conclusión, el tribunal otorga a la parte acusada la palabra para que manifieste lo que considere conveniente, luego, se clausura el debate y el tribunal deliberara de manera privada con el fin de emitir el fallo correspondiente. Concluida la deliberación, se leerá la parte resolutiva de la sentencia que contiene la condena o la absolución, así como los fundamentos de hecho y de derecho que la motivaron. En caso de que la sentencia sea condenatoria, se celebra luego la audiencia de individualización de la sanción. **SÍNTESIS:** Cada una de las fases está orientada a salvaguardar las garantías del debido proceso. El gran mérito en la fase de investigación, en comparación con el sistema anterior, es el hecho de que el Ministerio Publico no pre-constituye prueba con pleno valor probatorio, sino que solo recaba elementos probatorios que serán examinados en la fase intermedia por el juez de control de garantías, quien al percatarse de que alguna prueba haya sido obtenida con violación a los derechos fundamentales, ordenara su exclusión del juicio. Otro aspecto destacable en la investigación, en beneficio de la garantía de defensa, se presenta con el auto de formulación de la imputación. Mediante esta institución se hace posible que la persona imputada tenga tiempo y los medios adecuados para poder defenderse de la imputación. En la fase intermedia se examinan la forma, los medios y el modo de obtención de la prueba. De presentarse alguna violación al debido proceso en la obtención de la prueba, las partes deben presentar los argumentos para solicitar su exclusión del proceso. Lo anterior contrasta con el sistema inquisitivo, en el cual se edifican muchas sentencias condenatorias sobre la base de pruebas obtenidas ilegalmente, es decir, con violación a los derechos fundamentales. Finalmente, en el juicio oral se materializan con mayor claridad los principios del debido proceso como la oralidad, la publicidad, la contradicción, la inmediación y la presunción de inocencia de manera que el juez está obligado a absolver si no se prueba la culpabilidad de la persona imputada más allá de toda duda razonable.

Sujetos que Participan en el Proceso Penal del Sistema Acusatorio: La Persona Imputada. La persona imputada es aquella sujeta de persecución penal que posee derechos y garantías desde la primera actuación del procedimiento en su contra hasta la ejecución de la sentencia. Posee la calidad de persona imputada no solo la señalada como autora material de la conducta delictiva sino también quienes detenten la calidad de cómplices o participes de la conducta delictiva. En el sistema acusatorio la persona imputada recibe mayor protección en sus derechos fundamentales debido al reconocimiento expreso del principio de presunción de inocencia, en virtud del cual debe ser tratada en cada una de las etapas del procedimiento como inocente mientras no se demuestre su responsabilidad mediante sentencia firme. **La Victima.** Es quien sufre las consecuencias perniciosas del delito, al padecer una lesión o menoscabo en sus derechos. En el sistema acusatorio se identifica a la víctima como sujeto procesal, y tiene el derecho a la reparación del daño, además de los derechos señalados por la ley. Un objetivo del proceso acusatorio es garantizar la asistencia, protección y restauración a

las víctimas del delito, así como su efectiva participación en el proceso penal, por lo que se le reconoce la calidad de parte procesal y se le faculta para ejercer los recursos judiciales cuando una determinación le causa agravio o cuando no vea satisfecho su derecho a la reparación del daño. El ministerio público y la autoridad jurisdiccional tienen el deber de resguardar la identidad de las víctimas y sus datos personales en los supuestos previstos por la Constitución, de lo contrario, podrán ser sujetos de responsabilidad administrativa por actuar sin la debida diligencia. **La Defensa.** Asume el papel de defensa el abogado defensor, privado o público, quien debe prestar un servicio profesional de calidad que asegure el cumplimiento de los derechos y garantías de la persona imputada e intervenga en todas las diligencias del procedimiento. Según nuestra Constitución, el derecho de defensa puede ejercerse desde el momento de la detención y no solo a partir de que la persona imputada rinda su declaración ante el ministerio público. Los servidores públicos deberán poner especial atención en vigilar que los policías respeten este derecho al llevar a cabo la orden de aprehensión o detención. Ante el incumplimiento de esta garantía, el juez de control ordenara en la audiencia de control, la inmediata libertad del detenido por la inobservancia de la disposición constitucional. **El Ministerio Público.** A este órgano estatal se le asigna constitucionalmente la función de dirigir la investigación de los hechos constitutivos de delitos y, en su caso, ejercer la acción penal. Además, tiene el encargo fundamental de proteger a las víctimas y testigos durante el procedimiento. Hay que señalar que el ministerio público deberá cerciorarse de que la detención de la persona imputada se lleve a cabo con estricto apego a la legalidad, asimismo, que cada elemento de prueba que produzca respete los derechos fundamentales. Una actuación en sentido contrario podrá derivar la inmediata libertad de la persona imputada, o bien que el asunto objeto de investigación se quede sin elementos de prueba suficientes para aseverar la responsabilidad de la persona imputada. **La Policía.** La policía es auxiliar del ministerio público. Su función es llevar a cabo las diligencias de investigación, a petición de este último, para recopilar los antecedentes, indicios y elementos de prueba necesarios para poder formular la acusación. La policía tiene el deber constitucional de regir su actuación bajo los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos. En razón de lo anterior, debe prestar auxilio a la víctima, proteger a los testigos, cuidar la evidencia o instrumentos del delito para que conserven, y evitar proporcionar información a los medios de comunicación sobre la identidad de la víctima, persona imputada o cualquier interviniente en el juicio, para proteger sus derechos. Durante la audiencia de juicio oral, el policía podrá participar como testigo o perito de la materia en que tenga amplio conocimiento. **El Juez.** En el sistema acusatorio, ejercen la labor jurisdiccional, el juez de control de garantías, el tribunal de juicio oral y, en algunos casos, el juez de ejecución. El juez de control tutela las garantías constitucionales vinculadas al debido proceso, y desempeña un papel relevante en la preparación del juicio oral. Por lo general, el tribunal del juicio oral está integrado por tres jueces, uno de los cuales tiene el carácter de presidente. Los jueces que integran el tribunal son quienes conocen el debate en el juicio oral y determinan la culpabilidad o inocencia de la

persona acusada con base en las pruebas aportadas en el juicio. El juez de ejecución de sentencia tiene por atribución controlar el cumplimiento del régimen penitenciario y el respeto de las finalidades constitucionales de la pena y las medidas de seguridad. **Los Testigos.** Son las personas que han presenciado cualquiera de los hechos relevantes para el proceso penal o que tienen información útil para la resolución. La testimonial es la prueba por excelencia del juicio oral. **El Perito.** Es la persona que, por su conocimiento especializado en determinada ciencia, arte, técnica u oficio, es llamada al juicio para que emita una opinión sobre algún aspecto relevante para el juicio. Así como en el sistema inquisitivo la confesional era llamada la reina de las pruebas, en el sistema acusatorio, será la prueba testimonial la más común e importante del sistema probatorio.

14.2. Segundo Tema: Apartado "A" del Artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.[568]

Proceso Penal Acusatorio Adversarial. Cambia el sistema de enjuiciamiento penal de corte inquisitivo, a uno preponderantemente acusatorio y establece las bases para garantizar la existencia de un sistema penal acusatorio conforme a los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

Apartado "A" - Los Principios Generales. Establece los principios que regirán durante todo el procedimiento acusatorio adversarial.

Fracción I. El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen.

Interpretación de la Fracción I. Prevé el objeto del proceso penal, que es el esclarecimiento de los hechos, no es obtener la verdad histórica o real sino la verdad procesal, construida en el juicio oral sobre la base de la confrontación de las pruebas rendidas por las partes, privilegia la protección del inocente, procura que el culpable no quede impune y que el daño sea reparado. Los principios del proceso penal no solo son aplicables al juicio propiamente dicho, sino a todas las audiencias en las que con inmediación de las partes se debata prueba.

[568] Reformado en su integridad mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 18 de junio de 2008.

Fracción II. Toda audiencia se desarrollara en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica.

Interpretación de la Fracción II. Establece los principios de inmediación y de libre valoración de la prueba: **EL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN:** Presupone que todos los elementos de prueba que son vertidos en un proceso y que servirán para la toma de decisiones preliminares en el proceso y la determinación de la responsabilidad penal de una persona, sean presenciados sin mediaciones o intermediarios por el juez en una audiencia, de modo tal que este en aptitud de determinar, previa valoración libre de prueba ofrecida, la decisión en cuestión. Este método eleva enormemente la calidad de la información con la que se toma la decisión, toda vez que además de permitir un contacto directo con la fuente de prueba, la resolución se adopta después de escuchar a las dos partes. **EL PRINCIPIO DE LIBRE VALORACIÓN DE LA PRUEBA:** Es el que se asume para la toma de decisiones. Se adopta este principio porque los otros sistemas que han sido reconocidos históricamente para la valoración de la prueba en el derecho moderno, son notoriamente ineficaces para garantizar el carácter racional de la actividad jurisdiccional. En efecto, el sistema de la íntima convicción es propio de los sistemas en los que juzgadores de hecho y los de derecho están separados. Las decisiones de hecho serán adoptadas por jueces profesionales que estarán obligados a fundar y motivar sus decisiones, tal como lo ordena ya el artículo 16 constitucional. El sistema de prueba tasada conduce a resultados insatisfactorios. En tales sistemas prevalece una valoración legislativa pre-constituida de la prueba por encima de la determinación judicial, prueba plena y semiplena. A pesar de la pretendida objetividad de este sistema, sus resultados son francamente pobres desde el punto de vista de la calidad de la información usada para la toma de decisiones. Esta apariencia de objetividad se deriva de su carácter enmascaradamente deductivo, que rehúsa una autentica motivación desde los hechos. El conocimiento empírico en el derecho es primordialmente inductivo. Por tal motivo, los sistemas basados en la libre valoración y la sana critica son los idóneos para hacer más confiable el conocimiento obtenido por medio del proceso penal.

Fracción III. Para los efectos de la sentencia solo se consideraran como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo.

Interpretación de la Fracción III. Prevé la prohibición de dictar sentencias si las pruebas no son desahogadas en el juicio. **PRIMERA EXCEPCIÓN:** El propio artículo prevé la excepción de la prueba anticipada que, aunque conservando todas las formalidades propias del juicio, se desahoga ante el juez de control antes de que el juicio tenga verificativo. La prueba anticipada procede en aquellos casos en los que la prueba corra el riesgo de perderse si no se

recaba anticipadamente. Una vez realizada la diligencia judicial de anticipo de prueba el resultado de la misma se incorpora por lectura al juicio oral. **SEGUNDA EXCEPCIÓN:** Principio para el caso en el que el imputado renuncie expresamente a su derecho a un juicio oral y acepte el hecho que se le imputa a cambio de algún beneficio legal. En esos casos puede optar por ser juzgado por el juez de control con los antecedentes que arroje la investigación del Ministerio Publico. **TERCERA EXCEPCIÓN:** Para los casos de delincuencia organizada en los que no sea posible reproducir la prueba en juicio, ya sea porque el testigo murió por causa imputable al procesado o porque exista riesgo acreditado para testigos o víctimas. Esta posibilidad no obsta para que el imputado pueda objetar e impugnar la prueba ofrecida. Para los efectos de garantizar la imparcialidad judicial y evitar que los jueces se contaminen con información que no haya sido desahogada en el juicio, se prevé que este se desarrolle ante un juez o tribunal distinto al que ha conocido del caso previamente.

Fracción IV. El juicio se celebrara ante un juez que no haya conocido del caso previamente. La presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollara de manera pública, contradictoria y oral.

Interpretación de la Fracción IV. Se establecen los principios de publicidad, contradicción y oralidad. Garantiza la separación de los órganos de jurisdicción de la primera instancia, el juez de control quien prepara el proceso y el juez o Tribunal de Juicio Oral que conoce de la audiencia del juicio oral y dicta sentencia.

Fracción V. La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente.

Interpretación de la Fracción V. Se establece el principio de igualdad procesal y remite al principio de presunción de inocencia, se dispone un principio fundamental del proceso acusatorio que consiste en que el *onus probando* corresponde a la parte acusadora.

Fracción VI. Ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción, salvo las excepciones que establece esta constitución.

Interpretación de la Fracción VI. *Principio de igualdad de partes y contradicción.* Dispone la prohibición de que el juzgador tenga contacto con alguna de las partes sin que esté presente la otra. La idea de este planteamiento es nuevamente evitar que el juez solo tenga información unilateral y que ello acote su criterio. Por supuesto se exceptúan de este dispositivo aquellas diligencias que solicite el Ministerio Publico y que sean necesarias para garantizar la efectividad de la investigación.

Fracción VII. Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citara a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad.

Interpretación de la Fracción VII. Reconocimiento de culpabilidad y procedimientos abreviado: Señala que una vez iniciado el proceso penal, se podrá decretar su terminación anticipada, si el inculpado no se opone, en las condiciones que establezca la ley para tal efecto. En caso de que admita su participación en el delito, aunado a que existan medios de convicción suficientes para corroborar la imputación el juez deberá citar a audiencia para dictar sentencia. Se remite a la ley para establecer los beneficios que podrán otorgarse por ello.

Fracción VIII. El juez solo condenara cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado.

Interpretación de la Fracción VIII. *Objetividad e imparcialidad.* Dispone el estándar de prueba para la condena, que no es otro sino la convicción motivada para la condena. No se trata, como ya se expresó con anterioridad, de una convicción intima, sino de aquella que pueda ser justificada a partir de los elementos facticos que el Ministerio Publico logre probar.

Fracción IX. Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula.

Interpretación de la Fracción IX. *Exclusión de prueba ilícita.* Se refiere a la cláusula de exclusión de prueba ilícitamente obtenida. La prohibición de prueba ilegal resulta fundamental para preservar la lealtad procesal de la policía y del Ministerio Publico, así como para la profesionalización de la investigación. Sera nula toda prueba que sea recabada con violación a derechos fundamentales, y no tan solo a violaciones legales. Ello es así porque algunas violaciones de dispositivos legales pueden ser sancionadas y corregidas en el curso del proceso, sin que ello se traduzca en la afectación de los derechos. Ampliar la exclusión de prueba a supuestos que no suponen indefensión o vulneración de otras garantías podría llegar a producir la repetición de actos procesales inútiles o la anulación de decisiones sobre la base de puros formalismos, lo cual puede afectar una efectiva procuración de justicia.

Fracción X. Los principios previstos en este artículo, se observaran también en las audiencias preliminares al juicio.

Interpretación de la Fracción X. Aplicación de las Fracciones I a la IX para las audiencias desahogadas por el juez de control.

14.3. Tercer Tema: Propuesta de Reforma de los Artículos Relativos al Procedimiento de la Ley de Justicia Para Adolescentes del Estado de Guanajuato; Cumplimentación del Contenido del Apartado "A" del Artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Primera Reforma. Asentar que el proceso será acusatorio y oral, y se debe desarrollar bajo los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, y así ajustar nuestro texto a los principios generales del proceso y los que regulan el sistema penal acusatorio inmerso en la Carta Magna, que constituye un imperativo para los operadores del sistema penal.

Segunda Reforma. Incluir los principios generales del proceso, consistentes en el debido proceso, juicio previo, presunción de inocencia, defensa, jueces de control, de juicio, de ejecución de sentencias, oralidad como función efectiva para hacer permanente el cumplimiento de los principios rectores del sistema penal acusatorio.

Tercera Reforma. Estructurar el proceso penal acusatorio, determinándose las tres etapas que conforman el proceso, cada una dirigida por una autoridad diferente para garantizar la imparcialidad e independencia en el mismo proceso.

Cuarta Reforma. Fase de Investigación, corresponde al ministerio público, con el auxilio de la policía de investigación, conducir la investigación del delito para lograr el esclarecimiento de los hechos materia de la denuncia o querella, con la finalidad de recolectar los elementos necesarios y suficientes para fundamentar y motivar la acusación penal pública. En esta fase tiene lugar la audiencia de formulación de la imputación, ante la presencia del Juez, el Ministerio Publico debe comunicar a la persona imputada, con todo detalle y por completo, el hecho que se le atribuye, el modo de comisión, el grado de intervención y la circunstancia en que se desarrolla la investigación en su contra, poniendo además a su disposición las actuaciones ruñidas en su contra. Formulada la imputación del Ministerio Publico, la persona imputada tendrá derecho a rendir su declaración preliminar, si se reserva ese derecho, su silencio no podrá utilizarse en su contra. Antes del cierre de audiencia de imputación, el Juez debe señalar la fecha de celebración de la audiencia de vinculación a proceso, salvo que la persona imputada haya renunciado al plazo constitucional, el Ministerio Publico deberá solicitar la vinculación al proceso y en la misma audiencia expondrá los antecedentes de la investigación con los que considera que se acreditan los datos que establecen que se ha cometido un hecho que la leu señala como delito y la probabilidad de que la persona

imputada lo cometió o participo en su comisión, en cuyo caso el Juez podrá resolver sobre la vinculación a proceso.

Quinta Reforma. *Efectos de la Vinculación a Proceso.* suspender el curso de la prescripción de la acción penal, fijar el plazo para el cierre de la investigación, fijar los hechos delictuosos por los que se continuara la investigación en la etapa preliminar, que el Ministerio Publico pierda la oportunidad de archivar temporalmente el proceso. Una vez que se ha declarado cerrada la investigación, el Ministerio Publico tiene un plazo, que se ha establecido generalmente en diez días, para formular la acusación por escrito, si estima que hay mérito. Formulada la acusación, debe enviarse al Juez de Control, quien citara a la audiencia intermedia.

Sexta Reforma. Fase intermedia, este procedimiento de carácter oral se realiza ante el Juez de Control y tiene por objeto la preparación del juicio oral, por lo que se debe señalar de manera precisa el objeto del juicio, los sujetos intervinientes y la prueba que deberá desahogarse y valorarse en el juicio oral. El Juez de Control, podrá excluir la prueba obtenida con violación a los derechos fundamentales, las partes podrán realizar acuerdos probatorios sobre los hechos que no requieren probarse en el juicio, por eso se dice que esta fase se realizar una depuración de la prueba.

Séptima Reforma. Fase de juicio oral, se deciden las cuestiones esenciales del proceso penal, que se realiza sobre la base de la acusación, en esta, la información que el Ministerio Publico, haya reunido en la etapa de investigación se tomara en cuenta solo en cuanto se produzca en el juicio oral de forma contradictoria.

Octava Reforma. Incluir los periodos o etapas del juicio oral, que ordena la reforma constitucional.

Novena Reforma. Se deberá señalar que durante la apertura del juicio oral, el tribunal cuenta con el auto de apertura elaborado por el Juez de Control. Este contiene la acusación y la exposición de la defensa, y tiene por objetivo acotar el debate y delimitar la prueba que se va a presentar en el juicio. El juicio oral comienza con la declaración de inicio del Juez Presidente de la Sala. Se señalan la acusación y la información relevante, y se concluye con los alegatos de apertura de las partes, mediante los cuales estas exponen oralmente su teoría del caso al tribunal, el primero en exponer es el Ministerio Publico, luego la persona denunciante o querellante, después la persona imputada y finalmente el abogado defensor.

Decima Reforma. *La Prueba.* Luego de escuchar los alegatos de apertura de las partes intervinientes, el tribunal recibe la prueba de acuerdo con los requisitos para su presentación (pertinencia, licitud y relevancia). En cuanto al orden de recepción de la prueba, corresponde

primero al Ministerio Publico y al acusador coadyuvante ofrecer las pruebas y luego a la persona acusada.

Decima Primera Reforma. *El Cierre del Debate.* Concluido el debate probatorio, cada parte deberá presentar sus argumentos de conclusión, su finalidad será probar al tribunal que su teoría del caso quedo comprobada y en consecuencia, la sentencia debe favorecer a sus intereses.

Decima Segunda Reforma. *La Sentencia*. Concluidos los alegatos de conclusión, el tribunal otorga a la parte acusada la palabra para que manifieste lo que considere conveniente, luego se clausura el debate y el tribunal delibera de manera privada con el fin de emitir el fallo correspondiente.

14.3.1. Artículos Actuales que Norman el Procedimiento de la Ley de Justicia Para Adolescentes del Estado de Guanajuato. *Que deben ser reformados para estar acordes con los principios constitucionales que informa el sistema de justicia penal acusatorio adversarial.*

Ley de Justicia Para Adolescentes del Estado de Guanajuato.	***Apartado "A" del Artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.***
Artículo 1.	Debe ajustarse al contenido del artículo 20 apartado "A" de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
Artículo 3.	Debe ajustarse al artículo 20 fracción IV.
Artículo 5.	Debe ajustarse al artículo 20 apartado "A"-
Artículo 6.	Debe ajustarse al artículo 20 fracción I.
Artículo 7, 8 y 9.	Deben ajustarse al artículo 20 apartado "A" y fracciones I, V, VI, IX y X.
Artículo 15, 16, y 17.	Deben ajustarse al artículo 20 apartado "A" y fracciones I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX y X.
Artículo 26, 27, 29 párrafo tercero, 30, 31, 33 segundo y quinto párrafos.	Deben ajustarse al artículo 20 apartado "A" y fracciones de la I a la X.
Artículo 36.	Debe ajustarse al contenido del artículo 20 apartado "A" fracciones de la I a la X.
Artículo 37.	Debe ajustarse al contenido del artículo 20 apartado "A" y fracción I.
Artículo 43 segundo párrafo.	Debe ajustarse al contenido del artículo 20 apartado "A" y la fracción I, II, V, VI, VII, IX, X.
Artículos 45 al 49.	Deben ajustarse al contenido del artículo 20 "A" fracción I, VII, X.

Artículos 50 al 56.	Deben ajustarse al contenido del artículo 20 "A" fracción I, VII, X.
Artículos 57 al 71.	Deben ajustarse al contenido del artículo 20 "A" fracciones de la I a la X.
Artículos 72 al 89.	Deben ajustarse al contenido del artículo 20 "A" fracciones de la I a la X.
Artículos 91 al 96.	Deben ajustarse al contenido del artículo 20 "A" fracciones de la I a la X.
Artículos 97 al 101.	Deben ajustarse al contenido del artículo 20 "A" fracciones de la I a la X.
Artículos 102 al 117.	Deben ajustarse al contenido del artículo 20 "A" fracciones de la I a la X.
Artículos 118 al 151.	Deben ajustarse al contenido del artículo 20 "A" fracciones de la I a la X.

14.4. Síntesis. Las reformas propuestas son enunciativas y no limitativas, porque las propias leyes de la materia son cambiantes siguiendo el curso evolutivo de la sociedad, y las reformas propuestas están dirigidas puntualmente a homologar la Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Guanajuato, a la Reforma Constitucional en Materia de Justicia Penal y Seguridad Publica del 18 de junio de 2008. La reforma mencionada ordena implementar cambios drásticos básicamente en el procedimiento penal, entonces siguiendo la estela de la reforma aludida, debe el procedimiento inmerso en nuestro texto estatal, ajustarse a los principios rectores de la reforma citada, consistentes primero, en los generales que nos informan del proceso penal y los segundos, que caracterizan al sistema acusatorio adversarial oral, para homologar las reformas analizadas a nuestra Ley de Justicia para Adolescentes, y avanzando más en el estudio de la reforma constitucional, no sería descabellado pensar en crear una nueva Ley de Justicia para Adolescentes, conforme al contenido del nuevo sistema, implementando el trabajo legislativo realizado Ley del Proceso Penal de nuestro Estado, capacitando a los nuevos operados judiciales, corporaciones policiacas, asimismo, crear una estructura acorde a la reforma, y otros cambios importantes para el funcionamiento del nuevo sistema acusatorio, cambios que deben ser en el espacio practico, porque los principios de operación se encuentran establecidos en nuestra materia penal.

CONCLUSIONES

1. El Derecho Penal de Menores, ya existía y se manejaba en forma incipiente en civilizaciones antiguas, aun cuando no se le denominaba con este nombre.

2. La Protección de los Menores de Edad, se inició como una necesidad de cuidar y vigilar a los menores de edad, por culpas y delitos cometidos, en base a la minoría de edad y en ocasiones por la existencia de atenuantes.

3. El Derecho de Menores, es una materia que surge del Derecho Penal, que ha ido ganando autonomía en la creación de nuevas leyes y aplicación de los menores, lo cual se observa en las actuales leyes de Justicia para Menores.

4. Con el nuevo Modelo de Justicia para Menores, se establece que los menores de edad no son imputables penalmente, pero si responsables de las conductas que lleven a cabo, en contravención con las leyes penales, lo cual supone consecuencias completamente distintas.

5. Se destaca la importancia fundamental de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y convenios, declaraciones y resoluciones internacionales de los derechos humanos, como el gran motor que impulso el cambio de los derechos humanos en favor no nada más de los menores de edad, sino de la sociedad mundial.

6. La entrada en vigencia de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, representa un parteaguas entre el modelo tutelar y el modelo garantista o de justicia integral para menores.

7. La reforma del artículo 18 Constitucional, es impulsada fundamentalmente por la suscripción de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

8. Las actuales leyes locales en materia de Justicia para Menores, tomaron como modelo el proyecto de Ley Federal de Justicia para Adolescentes, la cual a su vez toma como referencia la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la Republica en Materia Federal de 1991.

9. La Ley Federal de Justicia para Adolescentes, es una ley de segunda generación que se expide como consecuencia de lo previsto por el régimen transitorio de la reforma al artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

10. Debe plantearse un estudio en base a la política criminal, para implementar la indeterminación de la edad penal de los menores de edad, porque estos, han modificado las

formas de intervención en el mundo de los delitos, amparados en que la ley de menores, les otorga beneficios por la determinación de la edad penal, aunado a una madurez sorprendente para la comisión de los ilícitos, apoyada por los medios masivos de comunicación.

11.- El nuevo Derecho Penal de Menores, debe construir y crear una dogmática penal exclusiva para los menores delincuentes.

12. La delincuencia de los menores de edad, debe prevenir desde los fundamentos primarios de la educación en relación a los valores inmutables de la familia y de la sociedad, y controlar con ánimo de calidad el contenido de todos los documentales, películas, noticieros, y en general los medios de comunicación hablado y escrito, para evitar que sean semilleros productores de delincuentes menores de edad y evitar que sigan aprendiendo nuevos mecanismos de delincuencia.

13. Debe realizarse un estudio jurídico-psicológico-social, sustentado en una política criminal que establezca la indeterminación de la edad penal del menor, porque estos han evolucionado a la par con el mundo de los delitos, a sabiendas de que no pueden ser castigados por la muralla de la edad del menor determinada en los 18 años, y así protegidos por este límite de la edad, se refugian para cometer actualmente delitos cada vez más violentos y peligrosos.

14. La Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Guanajuato, se ajusta a los principios rectores señalados por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, considerado como el tratado resumen de todos los instrumentos jurídicos que conforman la Doctrina de la Protección Integral.

15. La Ley de Justicia para Adolescentes, maneja a plenitud el principio rector de interés superior del niño y el de la protección integral, porque lo disemina en todo el texto, al involucrar al Estado y la Familia, y los menores, a quienes los ubica como sujetos de derechos, otorgándole obligaciones y deberes, y durante el procedimiento al que es sujetado siempre está acompañado por la familia, tutores o quienes ejercen la patria potestad, aparte del defensor y del cuidado y vigilancia de las diferentes autoridades involucradas, quienes también les otorgan derechos, obligaciones y deberes en amplitud de beneficio.

16. La Ley de Justicia para Adolescentes, se encuentra preparada para poder ser mejorada mediante una estructuración de forma, en cuanto a ubicar y determinar los títulos y capítulos, porque lo relativo al fondo se encuentra sustentada con el Código Penal y Código de Procedimientos Penales para el Estado, y el artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el Articulo 13 de la Constitución Política para el Estado.

17. El nuevo sistema acusatorio-adversarial-oral, creado mediante Decreto de fecha 18 de Junio de 2008, establece paradigmas que deben ser puntualmente cumplidos, porque cambia

drásticamente la forma como se ha venido procurando e impartiendo justicia penal en México.

18. El nuevo sistema acusatorio-adversarial-oral, informa cambios medulares, como por ejemplo, el cambio de uso del expediente por la audiencia oral, que será publica, el ministerio público para investigar el delito, deberá utilizar la tecnología científica, mayor participación de la víctima y el imputado, el uso racional de la prisión preventiva, las pruebas tendrán valor probatorio hasta que se presenten ante el juez en audiencia pública, donde las partes puedan contradecirla, el juez de control velara por los derechos de la víctima e imputado, además controlara los actos del ministerio Publico, se crean alternativas y juicios abreviados, como la conciliación, la mediación y la suspensión a prueba del proceso, se crea el juez de sentencia, que debe ser diferente al juez de control, quien deberá dictar sentencia definitiva, y además se crean medios de impugnación rápidos y sencillos para que el apelante obtenga respuesta oportuna ante las posibles violaciones a sus derechos fundamentales.

19. El nuevo sistema acusatorio, deberá de implementarse para determinar si es benéfico o se deben realizar cambios, para obtener logros y resultados, tendientes a una mejor impartición y procuración de justicia penal.

BIBLIOGRAFÍA

Albrecht, Peter Alexis, *Respecto al Futuro del Derecho Penal de Menores*, Ed. Jurídica Conosur, Santiago, 1992.

Alemán Monterreal, Ana, *Reseña Histórica sobre la Minoría de Edad Penal*, Universidad de Almería, España, 2007, p.p. 29-30; Valiño, Emilio, Instituciones de Derecho Privado Romano, Facultad de Derecho de Valencia, España, 1997.

Alemán Monterreal, Ana, *Reseña Histórica sobre la Minoría de Edad Penal*, Universidad de Almería, España, 2007, ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2506/1/AD-11-3-pdf, fecha de consulta: Septiembre de 2011.

Amoretti Pachas, Mario, *Violaciones al Debido Proceso Penal: Análisis y Crítica al Proceso Penal Seguido Contra Luis Bedoya de Vivanco*, Ed. Grijley, Lima, 2007.

Antón Oneca, J., *Derecho Penal*, 2ª. Ed. Anotación y puesta al día por Hernández Guijarro, J.J. y Beneytez Moreno, L., Akal, Madrid, 1986.

Antón Oneca, J., *Historia del Código Penal de 1822*, Tomo II, Runinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002.

Arellano Trejo, Efren, *Sistema Integral de Justicia para Adolescentes*, Centro de Estudios Sociales y de Opinión Publica, Documento de Trabajo número 3, Septiembre 2006, Cámara de Diputados, Gaceta Parlamentaria, Numero 1996, del 27 de Abril de 2006, México.

Azaola, E., *La Institución Correccional en México, Una Mirada Extraviada*, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, Siglo XXI, México, 2007.

Azaola, Elena, *La Institución Correccional en México, Una Mirada Extraviada*, Siglo XXI, Editores-CIESAS, México, 1990.

Azaola, Elena, *Posibilidades y Limites de Dos Modelos de Justicia para Menores*, Memoria del Coloquio Multidisciplinario sobre Menores, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Cuadernos del Instituto, núm. 1, 1996, México.

Bacigalupo Zapater, E., *Principios de Derecho Penal, Parte General*, 5ª Ed., Totalmente actualizada y basada en la nueva redacción del Código Penal, L.O. 10/95, Akal, Madrid.

Bacigalupo Zapater, E., *Principios de Derecho Penal. Parte General*, 5ª. Ed., Totalmente actualizada y basada en la nueva redacción del Código Penal, L.O.10/95, Akal, Madrid, 1998.

Bacigalupo, Enrique, *Estudio comparativo sobre Regímenes en Materia de Menores Infractores de la Ley Penal*, Año 6, números 17-18, Ilanud, Costa Rica, 1983.

Bacigalupo, Enrique, *Estudios sobre la Parte Especial del Derecho Penal*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2005.

Barbero Santos, Marino, *Delincuencia Juvenil: Tratamiento*, en Marginación Social y Derecho Represivo, Editorial Bosch, España, 1980.

Beloff, Mary, *Los Sistemas de Responsabilidad Penal Juvenil en América Latina*, en Infancia, Ley y Democracia en América Latina, 2ª Ed., Tomo I, Temis de Palma, Buenos Aires, 1999.

Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, *La Evolución del Derecho y la Union Internacional del Derecho Penal*, Publicaciones de la Universidad Pontificia, Salamanca, 1982.

Bettiol, G., *Derecho Penal Parte General*, Ed. Temis, Bogotá, 1965.

Blanco Lozano, C., *El Concepto Penal de Imputabilidad*, La Ley, 2002.

Blanco Lozano, C., *Tratado de Derecho Penal Español*, Tomo I, El Sistema de la Parte General, volumen I, Fundamentos del Derecho Penal Español, Las Consecuencias Jurídico-penales, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2004.

Bonger, W. A., *Introducción a la Criminología*, Fondo de Cultura Económica, México, 1943.

Buaiz Valera, *Exposición de motivos de la ley orgánica para la protección del niño y del adolescente*, CECODAP, Venezuela, 2000.

Calero Aguilar, Andrés, *El Nuevo Sistema de Justicia para Adolescentes en México*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, www.juridicas.unam.mx, fecha de consulta agosto de 2011.

Cantarero, Rocio, *Delincuencia Juvenil y Sociedad en Transformación: Derecho penal y Derecho procesal de menores*, Montecorvo, Madrid, 1988.

Carbonell Mateu, J.C., *Sobre la imputabilidad en Derecho Pena español*, Cuadernos de Derecho Judicial. La Imputabilidad en General en el Derecho Penal, núm. XVII, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.

Carmona Castillo, G.A., *La imputabilidad penal*, Porrúa, México, 1999.

Carranca y Rivas, Raúl, *Filosofía del Derecho Penal*, Editorial Porrúa, México, 2009.

Carranca y Trujillo, Raúl; Carranca y Rivas Raúl, *Derecho Penal Mexicano*, Ed. Porrúa, México, 1982.

Carranca y Trujillo, Raúl; Carranca y Rivas Raúl, *Derecho Penal Mexicano, Parte General*, Editorial Porrúa, México, 1995.

Carrara, Francisco, *Programa de Derecho Criminal, Parte General*, Vol. I, Ed. Temis, Bogotá, 1971.

Carrara, Francisco, *Programa del Curso de Derecho Penal*, Adiciones de Jiménez de Asua, Reus, Madrid, 1925.

Ceniceros y Garrido, *Consejo Tutelar para Menores*, Archivo General de la Nación, México, 1936.

Ceniceros y Garrido, *La delincuencia infantil*, Ediciones Botas, México, 1936.

Ceniceros, José Ángel; Garrido, Luis, *La Delincuencia Infantil en México*, Botas, México. 1936.

Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, Tomo II, Teoría Jurídica del Delito, 6ª ed., Madrid, 1999.

Cerezo Mir, J., *Curso de derecho penal español. Parte General*, Tomo III, Teoría jurídica del delito, 1ª. Ed. 5ª. Reimp., 2005, Tecnos, Madrid.

Cobo del Rosal y Vives Antón, *T.S. Derecho Penal, Parte General*, 5ª Ed., Corregida, aumentada y actualizada, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

Cobo del Rosal, M., *Tratado de Derecho Español, Parte General*, Vol. II, 2ª. Ed. Rev., Madrid, 1972.

Código de Derecho Canónico, es.catholic.net/bibliotecalibro.phtml?consecutivo=217, fecha de consulta: Noviembre de 2011.

Código de Hammurabi, ----------Archivum_historicum_blogia.com/…/080801_el_codigo_de_hamumrabi_en_las_sagradas_escritur<s_DERECHO EGIPCIO, fecha de consulta: Diciembre de 2011.

Código de Ur- Nammu, Universidad de Cantabria, Ocw.unican.es/modulo-2/texto-del-codigo-de-ur-nammu-, fecha de consulta: Enero 2012.

Código de Urukagina, www.enciclopediaespaña.com/cuimen.html, fecha de consulta: Enero 2012.

Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales y para toda la Republica en Materia del Fuero Federal, revisado según textos oficiales y con una exposición de motivos del Licenciado Alfonso Teja Zabre, 4ª Ed. Botas, México, 1938.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2007.

Cruz Cruz, Elba, *El Concepto de Menores Infractores*, Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/posder/cont/5/cnt/cnt17.pdf, fecha de consulta octubre de 2011.

Cuello Calón, Eugenio, *Derecho Penal conforme al Código Penal*, Texto Refundido de 1994, Parte General, Tomo I, 12ª Ed., Barcelona, 1956.

Cuello Calón, Eugenio, *Derecho Penal I, Parte General*, Vol. 1, revisado y puesto al día por Camargo Hernández, C., 18ª. Ed. Bosch, Barcelona, 1980.

Cuello Calón, Eugenio, *La Infancia Delincuente y abandonada en la Antigua Legislación Penal Española*, Revista Penitenciaria. Año II. Tomo II, Madrid. 1905.

Cuello Calón, Eugenio, *La Infancia Delincuente y Abandonada en la Antigua Legislación Penal Española*, Ed. de Madrid, España, 1917.

Cuello Calón, Eugenio, *Tribunales para Niños*, Librería de Victoriano Suarez, Madrid, 1917.

Cuello Contreras, J., *El Derecho Penal Español, Parte General, Nociones introductorias, Teoría del Delito*, 3ª. Ed., Dykinson, Madrid, 2002.

D´Antonio, Daniel Hugo, *El menor ante el delito. Incapacidad penal del menor, Régimen jurídico, prevención y tratamiento*, 2ª. Ed. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, Buenos Aires, 1992.

De Beccaria, Cesar, *Tratado de los Delitos y las Penas*, 17ª Ed, tomada de la 14ª. Ed. facsímil, Editorial Porrúa, México, 2008.

De la Torre Rangel, Jesús Antonio, *Las Leyes de Burgos y la Reforma Ceniceros. Lecciones de Historia del Derecho Mexicano*, 1ª Ed., Universidad Autónoma de Aguascalientes, 1997.

De Pina Vara, Rafael, *Diccionario de Derecho*, Editorial Porrúa, 29ª.Edicion, México, 2000.

Del Rosal, Juan, *Derecho Penal Español (lecciones)*, Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho, Valladolid, 1954 y Madrid 1960.

Deleito, J., *La Mala Vida en la España de Felipe IV*, Madrid, Alianza, 1987.

Díaz Palos, Fernando, *Teoría General de la Imputabilidad*, Bosch, Barcelona, 1965.

Diccionario Manual de Sinónimos y Antónimos de la Lengua Española, Vox, Larousse Editorial, S.L., España, 2007.

Distrito Ciencias Jurídicas, http://www.derecho.es.mn, fecha de consulta: Diciembre de 2011.

Domínguez Rivera, Teresa, *Análisis de los Factores que inciden en la Conducta Infractora de un Menor dentro de una Comunidad Urbana*, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2001, http://148.206.53.231/UAM4245.PDF, fecha de consulta: Enero de 2011.

El fuero Viejo de Castilla, D. Ibarra, Madrid, 1771; Extracto de las leyes de los fueros de castilla, imprenta Madrid, España, 1798.

Enciclopedia Judaica Castellana, Editorial Judaica Castellana S.R.L., México, 1951.

Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana, Espasa-Calpe, Tomo 43, España, 1991.

Ekstedt, Julia, *Programación de los derechos del niño. Como aplicar un enfoque de derechos del niño en la programación*, Alianza Internacional Save the Children, 2002, http://www.ucm.es/info/polinfan/2006/area-lectura/mod-3/programacion.pdf, fecha de consulta: julio de 2012.

Febres, Henry, *El Menor en Situación de Irregularidad Social y el Derecho de Menores*, Editorial Unas, Buenos Aires, 1977.

Fernández Vargas, V., *El Niño y el Joven en España, Siglos XVIII-XX*, Anthropos, Barcelona, 1989.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, con prólogo de Norberto Bobbio, Editorial Trotta, Madrid, España, 1995.

Fix Zamudio, Héctor, *Leyes Orgánicas y Complementarias de la Constitución: Estructuración y Organización de los Poderes del Estado y Órganos del Gobierno*, ---------- www.juridicas.unam.mx/publica/libreu/reu/indercom/cont/35/.../leg7.pdf, fecha de consulta: Noviembre de 2011.

Flores Flores, Graciela, *La Cárcel de Belem de la Ciudad de México, sus Necesidades, Practicas y Condiciones Sanitarias, 1863-1900*, Revista Cultural y Religión, ----------

http://www.revistaculturayreligion.cl/articulos/vol_2_n3/vol2_n3_2008_4_graciela_flores.pdf, fecha de consulta: Enero de 2011.

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Documento 1999b, *La Convención sobre los Derechos del Niño*, 10º Aniversario, www.unicef.org/spanish/crc.htm, fecha de consulta: julio de 2012.

Fontán Balestra, Carlos, *El elemento subjetivo del delito*, Depalma editor, Buenos Aires, 1957.

Foucalt, Michel, *La vida de los Hombres Infames*, Ediciones de la Piqueta, Madrid, 1990.

Francisco González de la Vega, *El Código Penal Comentado*, Editorial Porrúa, México, 1996.

Franco Guzmán, Ricardo, *La Necesidad de Unificar la Legislación Penal en Toda la República*, Biblioteca Virtual Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/419/9.pdf, fecha de consulta: marzo de 2011.

Gaceta Parlamentaria, Cámara de Diputados LIX Legislatura. México, D.F. martes 28 de junio de 2005. www.derechosinfancia.org.mx/.../leg_ref18const.htm, fecha de consulta: noviembre de 2011.

Galindo, Antonio Sánchez, *La Delincuencia de Menores en México, Situación y Tendencias*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2004.

Gamboa de Trejo, Ana, *Un Discurso Permanente: La Edad Penal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana, www.letrasjuridicas.com/volumenes/7/gambioa7.pdf, fecha de consulta: Agosto de 2011.

García García, J., *Drogodependencias y Justicia Penal*, Ministerio de Justicia-Ministerio del Interior, Madrid, 1999.

García Méndez, Emilio, *Derecho de la Infancia y la Adolescencia: de la Situación Irregular a la Protección Integral*, Forum Pacis, Santa Fe de Bogotá, 1997.

García Méndez, Emilio, *Infancia y Adolescencia, de los derechos y de la justicia, Doctrina Jurídica Contemporánea*, UNICEF, Fontamara, México, 2001.

García Ramírez, Sergio, *Derecho Penal*, 3ª Ed., Editorial Porrúa y UNAM, México, 2007.

García Ramírez, Sergio, *La imputabilidad en el Derecho Penal Federal Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1968.

García Ramírez, Sergio, *Legislación Penitenciaria y Correccional Comentada*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1992.

García Valdés, C., *Los Presos Jóvenes (Apuntes de la España del Siglo XIX y Principios del XX)*, Ministerio de Justicia, Madrid 1991.

Garduño Garmandia, Jorge, *El Procedimiento Penal en Materia de Justicia de Menores*, Editorial Porrúa, México, 2004.

Garrido Genovés, Vicente, *Delincuencia Juvenil*, Ed. Alambra. Madrid. 1986.

Gasca Villaseñor, Celestino, Gobernador del Distrito Federal de 1920-1923, *Informe del Gobierno del Distrito Federal del 1º de Agosto de 1922 al 31 de Julio de 1923*, Escuela Correccional, México, 1923.

Gimbernat Ordeig, Enrique, *¿Tiene un futuro la Dogmática jurídico-penal?,* En Estudio de Derecho Penal, 3ª. Ed., Tecnos, Madrid, 1990.

Gimbernat Ordeig, Enrique, *El sistema del Derecho Penal en la Actualidad*, Estudios de Derecho Penal, 3ª Ed., Tecnos, Madrid, 1990.

Gómez Mesa, Antonio, *Organización y funcionamiento de un tribunal tutelar de meno*res, Editorial Bailly Bailliere S.A., Madrid, 1935.

González González, Joaquín, *La Imputabilidad en el Derecho Penal Español. Imputabilidad y Locura en la España del Siglo XIX*, Ed. Comares, Granada, 1994.

González Ibarra, Juan de Dios; Reyes Barragán, Ladislao Adrián, *La Administración de Justicia de Menores en México. La Reforma del Artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/const/.../Art_3.html, fecha de consulta: Octubre de 2011.

González Mac Dowel, Enrique, *Pequeño gran salto. Los derechos de niños, niñas y adolescentes en el derecho internacional de los derechos humanos*, CECODAP, Venezuela, 2003.

González Oropeza, Manuel, *Policía y Constitución*, Anuario Jurídico XV, UNAM, México, 1988.

González Placencia, Luis, *Justicia Penal para Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal*, Iter Criminis, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Tercera Época, núm. 3, Enero-Febrero, México, 2006.

González Placencia, Luis, *La Política Criminal en Materia de Niños, Niñas y Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal en México*, PGR, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Comisión Europea en México, México, 2006.

Goppinger, Hans, *Criminología*, 2ª. Ed., Traducción de María Luisa Schnarme e Ignacio Castro, Reus, Madrid. 1973.

Gregorio López, *Las Siete Partidas glosadas*, tres volúmenes, edición facsímil, Boe, Madrid, 1985.

Grolman, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo V, Ed. Losada, Buenos Aires, 1976.

Guallart, J., *El Derecho Penal de los Menores: Los Tribunales para Niños*, La Academia, Zaragoza, 1925.

Guerrero, Omar, *La Secretaría de Justicia y el Estado de derecho en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1997.

Henry Febres, *El Menor en Situación de Irregularidad Social y el Derecho de Menores*, Editorial Unsa, Argentina, 1977.

Hermoso Larragoiti, Héctor, *Del Tribunal de Menores Infractores al Sistema Integral de Justicia para Adolescentes*, Serie Cuadernos de Jurisprudencia, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial, presentación Ministro Juan Díaz Romero. Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, Cuadernos de Jurisprudencia núm. 4, México, 2009.

Hernández Palacios, Luis, *Disertación sobre la nueva Ley para el tratamiento de menores infractores para el Distrito Federal en la Academia Mexicana de Ciencias Penales*, Criminalia, año LVII, núm. 2, abril de 1992, México.

Herrero Herrero, Cesar, *Criminología Parte General y Especial*, Dykinson, S.L. Libros, Madrid, 2007.

Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Ed. 8ª, Tomo III, Editorial Porrúa, México, 1995.

Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, http://www.iin.oea.org/IIN2011/index.shtml, fecha de consulta: abril de 2011.

Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, www.iin.oea.org/...nino/tabla_derechos_del_Nino.htm, fecha de consulta noviembre de 2011.

Iriarte, L., *Historia de la Congregación de las Hermanas Terciarias de la Sagrada Familia (1885-1985),* Roma Curia Cardenalicia de las Hermanas Terciarias Capuchinas, España, 1985.

Islas de González Mariscal, Olga, *La Reforma al Artículo 18 Constitucional, Constitución y Justicia para Adolescentes*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2007.

Islas de González Mariscal, Olga; Carbonell, Miguel, *Constitución y Justicia para Adolescentes*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2007.

Iturbe Valdés, Andrés, *La Implantación de Tribunales para Menores en todo el País*, México, 1937.

Izquierdo Moreno, Ciriaco, *Delincuencia Juvenil en la Sociedad de Consumo*, Ediciones Mensajero, Bilbao, 1980.

Jakobs, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de Cuello Contreras, J. y Serrano González de Murillo, J.L., 2ª Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.

Jiménez de Asua, Luis, *Cuestiones de Derecho Penal*, Talleres Gráficos Nacionales, Quito, 1953.

Jiménez de Asua, Luis, *La Ley y el Delito*, Editorial Hermes, México, 1959.

Jiménez de Asua, Luis, *Tratado de Derecho Penal I, Concepto de Derecho Penal y de la Criminología, Historia y Legislación Penal Comparada*, 5ª. Ed. Actualizada, Losada, Buenos Aires, 1992.

Jiménez de Asua, Luis, *Tratado de derecho penal*, tomo V, El delito, la culpabilidad, 3ª. Ed. Losada, Buenos Aires, 1976.

Jiménez García, Joel Francisco, *Derecho de los Niños*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2000.

Juderias, J., *Problemas de la Infancia Delincuente*, Pro-Infantia, Madrid, 1910.

Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Justicia Restaurativa*, Rubinzal - Culzoni Editores, Argentina, 2004.

La Protección de los Derechos del Niño, En el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español, Facultad de Derecho-ICADE, Universidad Pontificia de Colimillas, Madrid, 1994.

Landrove Díaz, Gerardo, *Introducción al Derecho Penal de Menores*, 2ª. Ed., Tirant lo Blanch, España. 2007.

Lardizabal y Uribe, Manuel, *Discurso sobre Penas*, Porrúa, México, 1982.

Lasala, G., *La Juventud Delincuente en España y sus Tribunales de Menores*, Surgam, España, 1954.

Lasso Gaite, J.F., *Crónica de la Codificación Española, Codificación Española*, Vol. I, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Centro de Publicaciones, Madrid, 1970.

Lejins, Meter, P., *El Problema de la Delincuencia Juvenil en Estados Unidos, 50 Años de Criminalidad Año L*, Editorial Porrúa, México, 1984.

Lenene, Ricardo, *La Vigencia Novísima Recopilación de Indias, Jurisprudencia Argentina*, Serie Moderna, Año XXVI, Martes 12 de Enero de 1964, Segunda Edición en la Revista del Instituto de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1964.

León Rey, José Antonio, *Los Menores ante el Código Penal Colombiano*, Imprenta Nacional, Bogotá, 1939.

Ley de Tribunales Infantiles. Decretada por el H. XXVII Congreso del Estado y Promulgada por el Ejecutivo el día 09 de Noviembre de 1922, Talleres Gráficos de la Ed. Industrial Benito Juárez, San Luis Potosí.

Leyes y castigos en la edad media, historia medieval, www.portalplanetasevna.com.ar/edadmediaI.htm, fecha de consulta: Noviembre de 2011.

Lima García, Salvador M., *Los Niños Moralmente Abandonados. (Tribunal de Menores)*, Herrero Hermanos Sucesores, México. 1929.

Liszt, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, 3ª Ed., Instituto Editorial Reus, Madrid, 2000.

Liwski, Norberto Ignacio, *Hacia un sistema Integral de Justicia y Políticas acordes con el marco jurídico Internacional*, Gutiérrez Contreras Juan Carlos (coord.), Derechos Humanos de los niños, niñas ya adolescentes, Programa de Cooperación Sobre derechos Humanos de la Comisión Europea-Secretaria de Relaciones Exteriores, México, 2006.

Llorca Ortega, J., *Cárceles, Presidios y Casas de Corrección en Valencia del Siglo XIX, Apuntes Históricos sobre la Vida Penitenciaria Valenciana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

López Bauja de Quiroga, J. L.; Rodríguez Ramos; L. Ruiz de Gordejuela, *Códigos Penales Españoles, Recopilación y Concordancias*, Akal, Madrid, 1988.

López Betancourt, Eduardo, *Teoría del Delito*, 12a. ed., Ed. Porrúa, México, 2004.

López Rey Arroyo, M., *Criminología, Criminalidad y Planificación de la Política Criminal*, Reus, Madrid. 1978.

López Riocerezo, José María, *Delincuencia juvenil*, Editorial Victoriano Suarez, Madrid, 1960.

Los Códices de México, Instituto Nacional de Antropología, Ediciones de la Secretaria de Educación Publica, México, 1979.

Los Derechos de la Infancia, Centro de Estudios para el Adelanto de las Mujeres y la Equidad de Genero, Cámara de Diputados, LX, Legislativa, México, 2009.

Luis Rodríguez, Manzanera, *Criminalidad de Menores*, Editorial Porrúa, México, 1997.

M. Arrom, Silvia, *Documentos para el Estudio del Tribunal de Vagos. 1828-1848, Respuesta a una Problemática sin Solución*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/hisder/cont/1/doc/doc10.pdf, fecha de consulta: Octubre 2011.

Machiado, Jorge, *El Derecho Penal a Través de las Escuelas Penales y sus Representantes*, Bolivia, Centro de Estudios de Derecho, 2009.

Malo, Gustavo, *Historia de las Cárceles en México. Etapa Precolonial hasta el México Moderno*, Inacipe, México, 1979.

Manuel Vidaurri Arechiga, *La Culpabilidad en la Doctrina Jurídico-Penal Española*, Universidad de Guanajuato, Primera Edición, México, 2003.

Marchan, A., *Reflejos Jurídico Positivos Históricos de la Minoridad y su Protección*, en Anuario de Justicia de Menores, No. 1, España, 2001.

Marco del Pont, Luis, *Derecho Penitenciario*, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1984.

Marín Hernández, G., *Historia de las Instituciones de Tratamiento para Menores Infractores del Distrito Federal, México*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1991.

Maris González, Stella, *La Protección de la Infancia en el Marco del Derecho Internacional*, Edita Cruz Roja, Madrid, 1991.

Martell Gómez, M. Alberto, *Análisis Penal del Menor*, Editorial Porrúa, México, 2003.

Martin López, María Teresa, *La Responsabilidad Penal de los Menores*, Editorial Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001.

Martínez Garay, L., *La Imputabilidad Penal, Concepto, Fundamento, Naturaleza Jurídica y Elementos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

Martínez Garay, Lucia, *Aproximaciones Históricas al Surgimiento del Concepto de Imputabilidad Subjetivo en la Doctrina Penal Alemana*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época, No. 8, Universidad de Valencia, 2001.

Martínez González, María Isabel, *La minoría de edad penal*, en Cuadernos de Política Criminal. No. 9, Madrid, 1984.

Martínez López, Antonio, *Rehabilitación del Menor Desadaptado Social*, Universidad Externa de Colombia, Bogotá, 1976.

Mateo Ayala, E.J., *La imputabilidad del enfermo psíquico: un estudio de la eximente de anomalía o alteración psíquica en el Código Penal Español*, 1ª. Ed. 1ª reimp., Edersa, Madrid, 2003.

Maurach R., y Zipf, H., *Derecho Penal, Parte General I, Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*, actualizada por Zipf, H., traducción de la 7ª. Ed. Alemana por Bofill Genzsch, J. y Aimone Gibson, E., Astrea, Buenos Aires, 1995.

Maurach, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*, Ediciones Ariel, Buenos Aires, 1962.

Mauricio G, Ruiz Garza, *Menores Infractores, Una Pedagogía Especializada*, Editorial Castillo, México, 1998.

Mause, LL., *Historia de la Infancia*, Alianza, Madrid, 1982.

Maxera, Rita, *La Legislación Penal de Menores a la Luz de los Instrumentos Internacionales: El Caso de Costa Rica*, http://www.iin.oea.org/La_legislacion_penal_R._%20Maxera.pdf, fecha de consulta: marzo de 2011.

Mck., J.W, *The Juvenile Court Harvard Law Review*, Vol. 23, Num.104, Boston, 1975.

Mendizábal Oses, L., *Derecho de Menores*, Tomo General, 2ª. Ed., Pirámide, Madrid, 1977.

Mezger, Edmund, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, Trad. Rodríguez Muñoz, José Arturo, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957.

Mezger, Edmundo, *Derecho Penal: Parte General*, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1985.

Middendorff, Wolf, *Criminología de la Juventud*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1963.

Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Reppertor, Barcelona, 1999.

Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General*, 7ª. Ed. 3ª. Reimp., Reppertor, Barcelona, 2006.

Mir Puig, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª. Ed. Bosch, Barcelona, 1982.

Montero Pedrera, Ana María, *Escuela de Reforma en España y Reeducación de Menores: Mirada Retrospectiva en sus Orígenes*, Universidad Sevilla, España, 1988.

Moreno Hernández, Moisés, *Sistemas Legales, Garantías Procesales y Derechos Humanos*, Ponencia presentada en el Seminario sobre Derechos Humanos del Menor frente al Sistema de Justicia Juvenil, Inacipe/Ilanud, México, 1987.

Morris, Norval, *El Futuro de las Prisiones*, Siglo XXI editores, México, 1983.

Muñoz Conde, F., *Culpabilidad y Prevención General*, en Mir Puig, S. (editor), Derecho penal y ciencias sociales, 1ª. Ed. Bellaterra, Universidad Autónoma de Barcelona, 1982.

Muñoz Conde, F., *Teoría general del delito*, 2ª. Ed. 1ª reimpresión, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

Muñoz Conde, F.; García Aran, M., *Derecho Penal. Parte General*, 6ª. Ed., revisada y puesta al día, Tirant lo Blach, Valencia, 2004.

Muñoz Conde, Francisco, *El Penalismo Olvidado*, comentarios a Filipo Grispigni/Edmundo Mezger, la Reforma Penal Nacionalsocialista, y a Karl Binding/Alfred Hoche, la Licencia para la Aniquilación de la Vida sin Valor de Vida, Colección El Penalismo Olvidado, Director Eugenio Raúl Zaffaroni y Martin Magram, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2009/2010.

O'Donell, D., *La Convención sobre los derechos del niño: estructura y contenido en Unicef Venezuela*, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Ed. Derechos del niño, Textos básicos, Venezuela, 2000.

Ordenanza de Justicia Penal, creada por Carlos V, www.webmii.es/resuit.espx/carolina/de%20carlos, fecha de consulta: Noviembre de 2011.

Otero, Mariano, *Indicaciones sobre la importancia y necesidad de la Reforma de las Leyes Penales, obras, recopilación, Seleccionadas, Cometarios y Estudios de Jesús Reyes Heroles*, Tomo II, Editorial Porrúa, México.

Pacheco, Joaquín Francisco, *El Código Penal Concordado y Comentado*, S.E., Madrid, 1881.

Palacios Sánchez, J., *La Enseñanza en las Instituciones Españolas para la Reforma de Menores, El Siglo XIX y las Escuelas de Reforma de Menores*, España, 1987.

Palacios, J., *La Cuestión Escolar*, laia, Barcelona, 1987.

Pavón Vasconcelos, Francisco, *Imputabilidad e Inimputabilidad*, 4ª Edición, Ed. Porrúa, México, 2000.

Peña Hernández, Jiose, *La Delincuencia de los Menores*, Editorial Botas, México, 1937.

Pérez Vitoria, Octavio, *La Minoría Penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1940.

Pessina, E., *Elementos de Derecho Penal*, Ed. Reus, Madrid, 1936.

Pestana, A., *El Protectorado del Niño Delincuente*, B.I.L.E., España, 1923.

Platt, Anthony, M., *Los Salvadores del Niño o la Invención de la Delincuencia*, 2ª Ed., Siglo XXI Editores, México, 1988.

R. de Parres, Amparo, *La Niñez en el Código Mendocino*, Revista Perinatol, Reprod. Humanista, Enero- Marzo 2001, Vol. 15 No. 1, México.

Raggi y Ageo, Armando M., *Criminalidad Juvenil y Defensa Social*, Tomo I, Editora Cultura S.A., Habana, 1937.

Ramírez Moncayo, Andrés Fernando, *En Búsqueda de una Teoría General del Delito Canónico*, Universidad Javeriana, Bogotá, 2000.

Reyes Barragán, Ladislao Adrián, *La Administración Educativa de los Menores Infractores en los Estados Unidos Mexicanos*, Espacios Públicos, agosto, año/vol.11, número 022, Universidad Autónoma del Estado de México, México, 2008.

Reyes E., Alfonso, *La imputabilidad*, 2ª. Ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1979.

Reynoso, Dávila Roberto, *Teoría General del Delito*, 5ª. Ed. Porrúa, México, 2006.

Ribera Cañizares, M., *Comentarios a la Ley de 25 noviembre de 1918, sobre Organizaciones y Atribuciones de los Tribunales para Niños*, en F. Bergamín y Otros, Tribunales Tutelares para Niños, Góngora, Madrid, 1929.

Roca, T., *Historia de la Obra de los Tribunales Tutelares de Menores en España*, Consejo Superior de Protección de Menores, Madrid, 1968.

Rodríguez Devesa, J. M., y Serrano Gómez, A., *Derecho Penal Español. Parte General*, 18ª. Ed. Rev., y puesta al día, Dykinson, Madrid, 1995.

Rodríguez Manzanera, Luis, *Criminalidad de Menores*, Editorial Porrúa, México, 1987.

Rodríguez Manzanera, Luis, *El Derecho Internacional ante el Menor Infractor*, Criminalia, Academia Mexicana de Ciencias Penales, año LVIII, núm. 1, enero-abril 1992, México.

Rodríguez Manzanera, Luis, *Menores Infractores Realidad Fáctica y Ficción Jurídica*, División de Universidad Abierta y Educación a Distancia, Facultad de Derecho, UNAM, Revista Amicus Curiare, Año III, numero 5, México, www.revistas.unam.mx/index.php/amicus/article/.../21516, fecha de consulta: 10 febrero de 2011.

Roldan Barbero, H., *Historia de la Prisión en España*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1998.

Rosa del Olmo, *América Latina y su Criminología*, Social Science Books, 1999, Google.com/books?isbn=9882310377, fecha de consulta: noviembre de 2011.

Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, traducción de la 2ª ed. Alemana y notas por Luzón Peña, D.M., Díaz y García Conlledo, M., y De Vicente Remesal, J., 1ª. Ed. Reimpreso, Civitas, Madrid, 2006.

Sainz Cantero, J. A., Lecciones de Derecho Penal. Parte general, 3ª. Ed. Bosch, Barcelona, 1990.

Sánchez García de Paz, María Isabel, *Minoría de Edad y Derecho Penal Juvenil*, Ed. Comares, España, 1998, p. 76.

Sánchez Martínez F., *Antecedentes y Nuevo Enjuiciamiento de Menores: Ley 4/1992*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

Sánchez Obregón, Laura, *Menores Infractores y Derecho Penal*, Editorial Porrúa, México, 1995.

Sánchez Vázquez, Vicente; Guijarro Granados, Teresa, *Apuntes para una Historia de las Instituciones de Menores en España*, Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría, Vol. XXXII, N. 84, España, 2002.

Sánchez, J., *¿Estado de Bienestar?*, Revista de Treball Social, núm. 108, Barcelona, 1982.

Santos Sacristán, Marta, *Los Inicios de la Protección a la Infancia en España. 1873-1918*, Universidad Rey Juan Carlos, http://www.um.es/ixcongresoaehe/pdfB3/Los%20inicios%20de%20la%20proteccion%20infancia.pdf, fecha de consulta: enero de 2011.

Sevane, María Isabel, *Instituciones Tutelares del Menor en el Siglo XVIII*, Revista de Historia del Derecho, Núm. 5, Buenos Aires, 1977.

Silvela, Luis, *El Derecho Penal Estudiado en Principios y en la Legislación Vigente en España*, Librería Murillo, Madrid, 1874, http://europa.sim.ucm.es/compludoc/AA?articuloId=524397&donde=castellano&zfr=0, fecha de consulta: Agosto de 2011.

Soberanes Fernández, José Luis (comp.), *Memoria que el encargado de la Secretaria de Justicia e Instrucción Publica*, presenta al Congreso de la Union en 15 de Septiembre de 1873, Memorias de la Secretaría de Justicia, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2007.

Solana, Celia, *Historia, Organización y Actuación de los Tribunales para Menores*, Revista Criminalia, Octubre de 1940.

Solís Quiroga, Héctor, *Historia General del Tratamiento a los Menores Infractores o Delincuentes*, Revista Mexicana de Sociología, Vol.27, No.2. (Mayo-Agosto), México, 1965, ---------- www.Jstor.Org/stable/3538634.www.scribd.com/.../1965_Quiroga_Historia_Gral_del Tratamiento a los Menores Infractores o Delincuentes, fecha de consulta: Noviembre de 2011.

Solís Quiroga, Héctor, *Justicia de Menores*, 2ª Ed., Editorial Porrúa, México, 1983.

Solís Quiroga, Héctor, *Justicia de Menores*, 2ª Ed., Editorial Porrúa. México, 1986.

Soto Acosta, Federico Carlos, *Historia de la Justicia de Menores (Adolescentes) en México*, http://amoxcalli.leon.uia.mx/Epikeia/numeros/04/epikeia04-justicia_de_menores.pdf, fecha de consulta: Agosto de 2011.

Soto Acosta, Federico Carlos, *Los Menores de Edad frente al Derecho Penal*, Cuadernos de la Judicatura, Tribunal Superior de Justicia del Estado de Zacatecas, México, 2002.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La Justicia de Menores a la Luz de los Criterios del Poder Judicial de la Federación*, Primera Edición, Publicación SCJN, 2009.

T. Roth, Martha, *Law Collectiones from Mesopotamia and Asia Minor*, Scholars Press, Atlanta, 1995.

Tornero Díaz, Carlos, *Medidas de Orientación, Protección y Tratamiento al Menor en la Reforma al Artículo 18 Constitucional*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2680/13.pdf, fecha de consulta: Octubre 2011.

Torres Pérez, José Ma., Belén Galván, María Calonge, *Las Siete Partidas*, exposición del primero de julio al treinta de septiembre de 2007, Universidad de Navarra, ---------- www.unav.es/biblioteca/fondoantiguo/preferenciales/008.pdf, fecha de consulta: Agosto de 2011.

Turbio de Barba, Georgelina M., *Delincuencia y Servicio Social*, 2ª Ed., Humanitas, Buenos Aires, 1972.

Urruela Mora, A., *Imputabilidad Penal y anomalía o alteración psíquica. La capacidad de culpabilidad penal a la luz de los modernos avances en psiquiatría y genética*, Colmenares, Bilbao-Granada, 2004.

Vázquez González, Carlos, *La Responsabilidad Penal de los Menores en Europa*, www.amigonianos.org/.../V+izquez%20Gonz+ilez,%20Carlos.pdf, fecha de consulta: Noviembre de 2011.

Vázquez González, Carlos, *La Responsabilidad Penal de los Menores en Europa*, ---------- www.amigonianos.org./.../v+inquez%20gonz+ilez,%20 Carlos.pdf, fecha de consulta: enero de 2012.

Vela Treviño, *Culpabilidad e inculpabilidad*, Editorial Trillas, México, 1977.

Vid. Chisholm, Hugo, *Enciclopedia Británica*, Tomo XI, Ed. Cambridge University presses, Inglaterra, 2000.

Vidaurri Arechiga, Manuel, *Notas Emergentes en Torno a los Principios Orientadores del Nuevo Sistema de Justicia Penal de Menores*, en Estudios Jurídicos en Homenaje a Olga Islas de González Mariscal, Tomo III, Coord. García Ramírez, Sergio, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2007.

Villanueva Castilleja, Ruth Leticia, *El Ministerio Publico y los Menores Infractores*, Editorial Porrúa, México, 2009.

Villanueva Castilleja, Ruth, *Menores infractores: retrospectiva y prospectiva*, Criminalia, Revista de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, año LXVII, núm. 3, septiembre-diciembre de 2001, México.

Villanueva Castilleja, Ruth, *Visión Especializada del Tratamiento para Menores Infractores*, Editorial Porrúa. 2004.

Viñas, Raúl Horacio, *Delincuencia Juvenil y Derecho Penal de Menores*, Ediar, Buenos Aires, 1983.

Viñas, Raúl Horacio, *Delincuencia Juvenil y Derecho Penal de Menores*, Ediar, Buenos Aires, 2000.

Von Beling, Ernest, *Esquema de Derecho Penal, La Doctrina del Delito-Tipo*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944.

Welzel, H., *El nuevo sistema del Derecho Penal, una introducción a la doctrina de la acción finalista*, traducción y notas por Cerezo Mir, J.J., 1ª. Ed. 2ª. Reimp, Colección Maestros del Derecho Penal, No. 4, B de F Ltda, Montevideo, 2004.

Welzel, Hans, *Derecho Penal*, Depalma Editor, Buenos Aires, 1956.

Wernham, M., *An Outside Chance: Street Children and Juvenil Consortium for Street Children*, 2004.

www.portalplanetasedna.com.ar/esparta.htm, fecha de consulta: Noviembre de 2011.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, (Coordinador), *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina*, Informe Final, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (S.L.), De Palma, Buenos Aires. 1986.

Zaffaroni, Eugenio Raúl.; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª. Ed. Ediar, Buenos Aires, 2002.

Zugaldia Espinar, J.M., *Acerca de la evolución del concepto de culpabilidad*, en estudios penales, Libro homenaje al prof. J. Antón Oneca, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982.