

LA POLÍTICA CRIMINAL SOBRE EL MENOR INFRACTOR EN EL SIGLO XXI

THE CRIMINAL POLICY ABOUT THE MINOR OFFENDER ON THE XXI CENTURY

Emma MENDOZA BREMAUNTZ*

RESUMEN: En el presente trabajo se hace un análisis de la situación actual de la justicia para menores infractores y el impacto de las reformas constitucionales de los años 2005 y 2008 en la materia, así como los factores que inciden en las conductas tipificadas como delitos, en las que se encuentran involucrados los menores de edad, de igual manera un breve comentario a la Ley Federal de Justicia para Adolescentes recién publicada.

ABSTRACT: In this paper the author analyzes the current situation of justice for minors offenders and the impact of the constitutional reforms of 2005 and 2008 in the matter; and also the factors that influence criminal behavior in which minors are involved, just as a brief comment to the Federal Justice Act for Adolescents recently published.

PALABRAS CLAVE: Menor, menor infractor, derecho penal, imputabilidad, responsabilidad penal.

KEYWORDS: Children, Minors Offenders, Criminal Law, Imputability, Criminal Responsibility.

* Profesora por oposición de la Facultad de Derecho de la UNAM.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La minoridad y la responsabilidad penal*. III. *Un concepto biológico, psicológico y mixto*. IV. *Un poco de historia*. V. *Datos específicos para una política del menor infractor*. VI. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

A l referirnos a la justicia minoril, los penalistas y filósofos del Derecho penal en general, tomando en cuenta que el Derecho penal propiamente dicho, está integrado por sus áreas complementarias, el Derecho procesal penal y el Derecho penitenciario mismo y que todas deben regirse primero, por los principios generales del Derecho y segundo, no en valor sino en tiempo, por los principios, tan caros al Estado de Derecho, que rigen a todo el Derecho penal para evitar los abusos de poder y las dictaduras absolutistas que en estos tiempos amenazan con volver.

Debo mencionar mi profunda preocupación por los criterios, a veces interpretados con ligereza o sin el debido análisis criminológico jurídico, utilizados en la formulación de las nuevas leyes de justicia integral para los menores de dieciocho años que incursionan en el mundo del delito y que, por estas circunstancias y el manejo de los medios masivos de comunicación, se han vuelto necesariamente víctimas del sistema penal, en lugar de introducirlos a un sistema que, cumpliendo con nuestra tradición jurídica, con los ideales humanos de orientación y apoyo a la juventud y los contenidos en la Convención de los Derechos del Niño, que nos obliga formalmente a cumplir con sus metas, nos hemos, como país, enfrascado en una reforma que como comentaré adelante, tiene un perfil penal y no de prevención y responsabilidad no penal que el que debería tener.

Años recientes de amplia comunicación mundial, han favorecido el conocimiento y la utilización de términos y criterios diferentes a los tradicionales del sistema jurídico romano-germánico que ha sido base para la organización del nuestro, favoreciendo ciertas reformas penales que nos acercan mucho y de forma mal programada, al sistema anglosajón.

Huelga hacer mayores explicaciones políticas o de cualquier tipo, solamente comento los resultados que finalmente se han reflejado en la reforma hecha al artículo 18 constitucional en cuanto a la justicia de menores, inclusive cambiándoles el nombre de manera irracional e injustificada, ya que aunque se utilice un término fisiológico indefinido como es el de adolescentes, siguen siendo menores de 18 años de edad, plazo que es jurídico y preciso.

Esta justicia, que pretendiendo ser integral se ha interpretado erróneamente como penal especial, retrocediendo en criterios un centenar de años, además de haberse nuevamente acercado a criterios puramente penales, como supletorios o abiertamente como punitivos, en los proyectos y las nuevas leyes de menores infractores en las entidades federativas de nuestro país, me hacen pensar y en nuestro caso, hablar de manera crítica de las incoherencias que esto implica.

No podemos negar la importancia de modernizar los criterios de manejo de los menores infractores en el sentido, por ejemplo, de considerarlos *responsables* social y educativamente por sus hechos, pero *no penalmente*, lo cual implica resultados totalmente diferentes.

Explico brevemente que si se les considera sujetos de castigo, este castigo, siendo penal, tiene, en los términos del mismo artículo 18 constitucional citado, la finalidad de adaptar socialmente al sancionado, mediante la participación técnica del personal interdisciplinario que debe operar en las instituciones de encierro para el cumplimiento de las penas de encierro.

Pero resulta que en las nuevas leyes y proyectos que mencionamos, ni remotamente se hace referencia al personal técnico, simplemente se piensa en personal jurídico, bienvenido y muy necesario en cualquier sistema de encierro y tratamiento para la protección de los derechos de los internos, sin importar su edad, pero sí es fundamental la participación del llamado personal técnico en los problemas de adultos internos, con mayor razón tratándose de menores infractores, póngaseles el nombre que se les ponga, ya que en su caso no debe tratarse de readaptación social en estricto sentido sino de socialización y educación, que se inter implican.

Para cumplir con las penas privativas o limitativas de la libertad, se requiere personal técnicamente calificado que apoye la readaptación o la modificación de conductas para evitar la reincidencia, aprovechando para ello el tiempo de encierro.

De otra forma nos encontraremos que después de la aplicación de castigos dolorosos como el encierro, se descubrirá que solo dan resultados de resentimiento social y corrupción.

Quiero agregar un razonamiento final a esta introducción, aclarando que lo que me obligó firmemente a este análisis lo debo al más reconocido penalista latinoamericano y mundial, Raúl Zaffaroni, egresado, por cierto, de la Universidad Veracruzana, y quién en una de sus abundantes obras, *El enemigo en el derecho penal*,¹ hace un estudio sobre la dialéctica entre el Estado de derecho y el Estado de policía, al cual nos acercamos peligrosamente con el pretexto de la lucha contra la delincuencia organizada.

¹ ZAFFARONI, Raúl, *El enemigo en el derecho penal*, Madrid, Dykinson, 2007.

Estas medidas de lucha requieren de todo el ingenio y el poder del Estado para enfrentarla, pero que no se debe exceder los límites de los derechos de los no involucrados ni aplicarse criterios de manera general e indiscriminada sobre sancionados y presos, de suerte que se caiga nuevamente en criterios medioevales punitivos, aplicados sobre seres humanos privados de la condición de personas.

Estas posturas son peores aún aplicadas a los menores de edad, haciéndolos nuevamente víctimas de un sistema social y jurídico que solo busca tranquilizar a la opinión pública, en lugar de educar y hacer verdadera prevención delictiva con medidas como escuelas para padres obligatorias y reformas bien orientadas a la prevención, en los sistemas de enseñanza, adecuándolos además para capacitarse para el trabajo y valerse por sí mismos.

Además se ha de tener siempre presente la responsabilidad estatal de atender a la alimentación y desarrollo de los más pequeños que nunca alcanzarán, probadamente, el desenvolvimiento intelectual necesario para poder madurar, si no ingieren proteínas animales o vegetales en los primeros 6 años de sus vidas, entre otras cosas, por lo que fisiológicamente siempre serán adolescentes, pero en su caso serán castigados como menores o como adultos. Se produce un sistema jurídico-penal de trato diferenciado a los delincuentes, de rasero para adultos y menores en algunos casos, en contradicción con la doctrina penal y la teoría política del Estado constitucional de Derecho.

Quizá la lenta comprensión del cambio en lo que hace a los principios de Derecho, no me permite entender que facilitando una justicia selectiva mediante un juicio oral aplicado a unos si y a otros no, mediante la negociación de la culpabilidad a cambio de más bajas sanciones, o de un perdón obtenido a cambio del reconocimiento de dicha culpabilidad, la justicia no es para los verdaderos culpables ni aplicando las verdaderas sanciones que correspondan sino ahorrando tiempo y gastos al sistema procesal se pueden obtener semi culpables confesos de otros niveles delictivos.

Así se pasa a ser un Estado de policía, prolegómeno de un Estado absolutista, presentando ya sin disimulo, el fenómeno que se mantenía un tanto oculto de la tradición legitimante del ejercicio discriminatorio del poder punitivo que maneja como pretexto la tristemente célebre *doctrina de la seguridad nacional*.

Me solidarizo profundamente con la reflexión de Zaffaroni en cuanto al rechazo del criterio de enemigos de la sociedad, aplicado a aquellos cuyas infracciones ya no quieren conservarse dentro de los límites del Derecho penal liberal, el que establece universal y regionalmente el Derecho internacional de los seres humanos.

Con una visión equivocada que se confirma con datos de hecho y de derecho encontramos en las nuevas leyes, tratando de legitimar ese trato diferenciado privándolos del carácter de personas, como a todos aquellos “enemigos” comprendidos en la normatividad de “delincuentes graves u organizados” determinada su sanción y su manejo, sin mayor análisis jurídico que la decisión vertical del legislador, criterio represivo y diferenciado que impacta también al menor infractor, atrapado por esta delincuencia calificada y sin protección para él.

Así ahora también tenemos el mismo problema tratándose de los menores infractores que finalmente y lo repito, deben socializarse, educarse, capacitarse laboralmente y responsabilizarse socialmente de sus actos y no ser castigados ni sancionados penalmente por algo de lo que no son culpables, abusos físicos, sexuales, económicos, violencia familiar permanente, necesidad real de obtener ingresos, etc.

Y como no hay al parecer interés de evitar el encierro de los menores infractores, que debería ser del menor uso y solo en condiciones inexcusables, deberá atenderse, cuando menos y previéndolo en las leyes, la existencia del personal técnico adecuado para apoyar su socialización, con la participación de criminólogos, pedagogos y, o profesores, trabajadores sociales, jefes de talleres, psicólogos, médicos, además de un personal jurídico capacitado criminológicamente para tratar a estas personas, que si lo son aunque a veces las autoridades y los legisladores lo olvidan.

La institucionalización de menores sigue siendo una presencia constante que exige su minimización así como su manejo correcto y adecuado en los términos de la Convención de los Derechos del Niño y aunque se le cambie de nombre a este encierro, en la realidad es una pena de privación de la libertad que no se puede contemplar con ligereza, y a la cual nos oponemos pero en el peor de los casos, si se utiliza, que sea con los apoyos necesarios para lograr una mejoría en la situación bio psico social de los menores internados.

Y no solo propondría la existencia de personal técnico para atención de los menores encerrados sino también a los sujetos a sanciones en libertad y a que en las leyes correspondientes, quede claro que no se trata de un sistema penal sino socializador y preventivo aplicable a los menores infractores impulsando la prevención delictiva social coordinada por Estado y sociedad.

II. LA MINORIDAD Y LA RESPONSABILIDAD PENAL

Por mucho tiempo se ha manejado la idea de la minoría de edad como causa de exclusión de la imputabilidad penal y con ello de la culpabilidad al entender la imputabilidad como capacidad de culpabilidad, es decir, como elemento o presupuesto de la misma.

Sin embargo, no se trata ahora de hacer una discusión de carácter dogmático inclusive respecto a su denominación, mencionada por Jescheck como capacidad de culpabilidad, ya que la mayoría de los autores actuales coinciden con que el término culpabilidad lleva consigo algunas connotaciones de carácter ético morales, que no tendría la utilización del término imputación individual, personal o subjetiva, por lo que prefieren utilizar esta última.

Sin embargo es necesario primero adoptar algún criterio respecto a la minoría de edad ya que en alguna forma constituye una causa de exclusión de la responsabilidad criminal del menor, en los términos de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 y que en México tiene vigencia plena por haberse sometido al procedimiento de aprobación del Senado para convertirla en derecho positivo.

Si partimos de que la inimputabilidad es lo contrario a la imputabilidad, definir ésta enfoca el problema, partiendo del concepto de capacidad de culpabilidad, es decir:

La capacidad de comprensión de los hechos, de su significación contraria a Derecho así como la capacidad de acomodación de la conducta a dicha comprensión. El concepto de imputabilidad consta de tres momentos, es requerida una triple capacidad, cognoscitiva-de conocimiento de los hechos- valorativa-de valoración de los mismos como contrarios al Derecho-, y voluntativa- de orientación del comportamiento conforme a la anterior valoración de los hechos, esto es, conforme a la norma.

Esta concepción aparece reflejada en el vigente art. 85, párr. 2º del Código Penal italiano que declara imputable a quien posee la capacidad de entender y de querer² concepto aceptado desde el siglo XIX.

Luego, el sujeto imputable o capaz de culpabilidad será el que esté mentalmente maduro y psíquicamente sano pues sólo en él está presente el poder de obrar de otro modo, capacidad ausente en el menor de determinada edad y el que padece alteraciones psíquicas graves, como señala Jescheck.

Agregaré para no ser omisa, que en la teoría finalista del delito en cuanto al concepto de culpabilidad, se acentúa su carácter normativo despojado de toda referencia fáctica, fundamentando el juicio de reproche personal en la

² SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Minoría de edad penal y Derecho penal juvenil*, Granada, Comares, 1998, p. 9.

imputabilidad, la posibilidad de conocimiento de lo injusto del hecho o de la antijuricidad separada del dolo y la ausencia de causas de exculpación.

De esta manera, el concepto de imputabilidad o capacidad de culpabilidad se redefine como la capacidad de comprensión de lo injusto del hecho y de actuación de acuerdo con esta comprensión reduciéndose a dos momentos, el de valoración, comprensión del carácter prohibido de la conducta y el voluntativo, de autodeterminación conforme al Derecho.

Estos momentos se consideran equivalentes a la madurez, o bien a la capacidad de comprensión del injusto y de acomodación de la conducta a dicha comprensión o específicamente a la motivación surgida de la norma para actuar conforme a ella.

Se orienta ya la fundamentación de la pena no al problema de poder obrar de otro modo sino a la necesidad de penar de acuerdo a consideraciones preventivas de carácter general o especial. Se atribuye así a la pena una función de prevención y cuando existe la culpabilidad en un hecho, se le caracteriza por un déficit en la motivación jurídica que da como resultado una “infidelidad al derecho”.

Según Jakobs, imputable es una persona que se define como igual y en sentido inverso, el inimputable se define como desigual, no equiparable al hombre medio; en el cual su motivación es distinta a la de otros debido a su desarrollo social incompleto. Se necesita que el autor de la infracción penal tenga las facultades psíquicas y físicas mínimas requeridas para poder ser motivado en sus actos por los mandatos normativos.

Se agrega finalmente que no hay una culpabilidad en sí, sino una culpabilidad en referencia a los demás. La culpabilidad no es un fenómeno individual sino social.³

Se aclara que hay casos de inimputabilidad en los que puede constatarse una ausencia de capacidad motivacional, por ejemplo, en el esquizofrénico y otros que se caracterizan por la disminución de esta, como los menores de edad penal, debiéndose investigar las posibles causas de alteración de esa capacidad motivacional.⁴

³ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Valencia, 1996, p. 369 y ss.

⁴ GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría jurídica del delito en Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1984, pp. 456 y ss.

III. UN CONCEPTO BIOLÓGICO, PSICOLÓGICO Y MIXTO

También encontraremos tres fórmulas para establecer cuando en la persona se encuentra la capacidad de comprensión de lo injusto del hecho y de la actuación conforme a esa comprensión. Estas fórmulas se denominan biológica, psicológica y mixta, especialmente notorias en el caso de las enfermedades mentales aunque también se manifiestan en la definición de la minoría de edad penal como causas de exclusión de la imputabilidad.

La fórmula biológica atribuye la exclusión de la culpabilidad al hecho de una enfermedad mental o de la minoría de edad, como supuestos que determinan automáticamente la exclusión de responsabilidad, ofreciendo una cierta seguridad jurídica al hacer residir en una determinación claramente precisada, la decisión respecto a la imputabilidad.

Se señala como aspecto negativo o dudoso el que no se señale con precisión el efecto psiquiátrico de la enfermedad o de la edad sobre el sujeto en cuanto a señalar si el autor está o no capacitado para comprender que infringe el Derecho y auto decidirse según este conocimiento.

Por otra parte, la fórmula psicológica puede determinar la influencia que tuvo la enfermedad o la edad en el momento de la realización del hecho delictivo, es decir, si el individuo se encontraba capacitado para la comprensión del sentido del Derecho y actuar en consecuencia. El origen de esta influencia resulta indiferente, sea por enfermedad o por edad.

En el caso de las llamadas fórmulas mixtas o de combinación de las dos anteriores o de una, la biológica con la normativa, se presentan cuando, para el juicio de inimputabilidad se encuentra insuficiente una sola, por lo que se hace necesaria una integración de fórmulas con cuyos datos se determinen como consecuencia la incapacidad de comprender la significación antijurídica de su conducta.

En este sentido, hay que considerar que de cualquier manera se producen efectos jurídicos inclusive de carácter penal, como pueden ser sanciones específicas, o sanciones ordinarias atenuadas o en el ámbito penitenciario para la utilización de instituciones especiales o en cuanto al sometimiento del menor a un procedimiento penal específico conducido ante tribunales especializados o finalmente, mediante la combinación de varios aspectos de los mencionados.

Doctrinariamente y tratándose de menores, se atribuye esta causa de exclusión a la ausencia de imputabilidad o capacidad de culpabilidad que se refleja en el Derecho positivo con dos efectos, uno mediante la creación de un sistema de manejo del grupo de menores declarados irresponsables y otro relativo a la diferentes formas como se regula jurídicamente la influencia de

la minoría de edad en la responsabilidad penal del menor en diversos modelos de justicia penal juvenil tanto en cuanto a propuestas de política criminal como en cuanto a normatividad expresa.

IV. UN POCO DE HISTORIA

A la europea, se habla de Derecho penal juvenil y se sitúa su origen en los años finales del siglo XIX y principios del XX, en los Estados Unidos, en Chicago con la creación del *Children's Court of Cook County* trascendiendo posteriormente a todos los Estados de la Unión y luego a Europa y al resto del mundo.

En Portugal y Bélgica se crean los primeros tribunales para menores en 1911 y 1912 respectivamente, en España en 1918 se aprueba la primera Ley Tutelar de menores aún cuando ya con anterioridad, como en México y muchos otros países, esta atención a los menores involucrados en actividades delictivas se limitaba a la aplicación de una pena atenuada o a la renuncia de ésta.

Por lo que hace a la educación que se generaba por motivo de la acción delictiva del menor, ésta se orientaba también sólo a la aplicación de castigos corporales. La creación de los tribunales de menores marca el inicio de un nuevo periodo del tratamiento de los menores delincuentes, iniciándose el tortuoso camino hacia su sustracción del Derecho penal de los adultos, mediante la creación de una jurisdicción especial orientada a la aplicación de medidas especialmente creadas para dichos menores, con finalidades no retributivas ni intimidatorias sino educativas y protectoras.⁵

Los tribunales estadounidenses reconocían la irresponsabilidad de los menores hasta los diez años, después de los cuales deberían ir a las cárceles a sufrir la pena consecuente igual que los adultos. Esta consideración a tan temprana edad quizá explique la tendencia presente en Estados Unidos a sancionar frecuentemente a los menores con penas muy graves.

Nacidos los tribunales de menores de la idea de una asociación protectora de animales, se pensó en sociedades protectoras de la infancia y se impulsó la redacción de leyes y tribunales específicos para menores, primero en el orden legal y luego como una cuestión de carácter social orientada fundamentalmente a separar a los menores del Derecho penal y de las instituciones ejecutivas de los adultos, es decir, del Derecho penitenciario.

⁵ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Ma. Isabel, *Minoría de edad penal y Derecho penal juvenil*, Granada, Comares, 1998.

En México, en el Código Penal de 1871 conocido como de Martínez de Castro, en virtud de haber sido él quién encabezó la comisión redactora, se estimó la capacidad para discernir como la base para hacer responsables a los menores por las actividades penales, a partir de los 9 años en que se les consideraba irresponsables y hasta los 14, durante cuyo periodo debería el acusador demostrar su capacidad de discernimiento. Ya después de los catorce y hasta los 18, se les contemplaba como totalmente capaces de discernir y por lo mismo, de ser sometidos a un tratamiento penal.

En 1908, se creó en el D.F. un juez paternal, semejante al establecido en Estados Unidos para practicar los estudios de personalidad del menor, aunque las instituciones llamadas correccionales eran iguales a las de adultos, crueles y violentas.

Parece que desde finales del siglo XIX se empieza a pensar que los menores, aún con cierto discernimiento, eran personas que necesitaban un tratamiento diferenciado y menos cruel.

En 1920, se formuló un proyecto de reformas para la Ley Orgánica del Poder Judicial del Fuero Común, contemplando la creación de un tribunal protector del hogar y la infancia, con competencia civil y penal, aunque conservaba la estructura del sistema de adultos, con las mismas garantías.

En opinión de Sánchez Galindo, no era mala esta norma, aún cuando la falla estaba en donde sigue estando en la actualidad, en la ejecución.

En 1921 se celebra el Primer Congreso del Niño en el que se habla del establecimiento de tribunales infantiles lo cual se repite en 1923 en el Congreso de Criminología, motivándose así la creación del primer Tribunal de Menores Infractores de la República, en San Luis Potosí.⁶

Ya para 1928 se crea en México el Tribunal de Menores del Distrito Federal, que se rige con el Reglamento para la Clasificación de los Infractores Menores de Edad en el Distrito Federal el cual se ocupaba solo de las faltas reglamentarias de policía y buen gobierno.

En el Código Penal de Almaráz en 1929, se prevé tratamiento educativo para los menores, mismo que sería aplicado por el tribunal citado y en éste se contemplaba un grupo de sanciones educativas como los arrestos escolares, la libertad vigilada, la reclusión en establecimientos correccionales o en colonias agrícolas o navíos escuela, considerándose una edad penal de 16 años.

Ya con el Código de 1931, se inicia la política con sentido tutelar que ahí contemplada, fue despojada de las garantías individuales ya que si la finalidad de un tratamiento especial era la de proteger a los menores, no tenía

⁶ CENICEROS, José Ángel y GARRIDO, Luis, *La delincuencia infantil en México*, México, Botas, 1936, pp. 9 y ss.

porque pensarse en la forma de defenderse de dicho tratamiento protector. Se promulga una Ley Orgánica de abril de 1941 que remitía en ciertos casos y como supletorio, al Código Penal.

Dicha Ley está en vigor hasta 1974, en que surge la Ley que crea el Consejo Tutelar de Menores Infractores del Distrito Federal que atendiendo a la reforma del art. 18 constitucional, a la Declaración de los Derechos del Niño de Ginebra y a las propuestas del Séptimo Congreso Panamericano del Niño, entre otras, que plantean una política criminológica de fondo, al reconocer como función del tribunal, la de tutelar a estos menores.

Posteriormente y atendiendo a los documentos y normas propuestas por las Naciones Unidas, se prepara una nueva ley que se promulga en 1991 y entra en vigor en 1992, en la que el menor pasa de ser objeto de protección a sujeto de derecho, con garantías individuales y derecho de defensa entre otras, orientándose exclusivamente a los menores involucrados en la comisión de delitos y excluyendo el estado de peligro y las faltas reglamentarias que si contemplaba la legislación tutelar de 1974, y que de alguna forma, le negaban al menor cualquier oportunidad de participar en el procedimiento.

No puedo evitar mencionar una cuestión que desafortunadamente, en el nivel ejecutivo parece no superada y por mas insistencia que se hace, insuperable, relativa a la existencia de una cárcel de máxima seguridad para adolescentes en el Distrito Federal, en la cual se encierra, en condiciones vergonzosas, a los menores de edad involucrados en delitos graves e inclusive se reciben menores de otras entidades federativas cuando tienen ciertos perfiles considerados peligrosos.

Estos perfiles son indefinidos realmente y frente a estas determinaciones de encerrarlos en estas instituciones, el temor al delito y las famosas “campañas de ley y orden” facilitadas por este temor, se les tiene con absoluta inseguridad jurídica y con la indiferencia social, permanecen estos menores en una institución más cruel que las de adultos y que con gran indignación para quienes fuimos amigos de Quiroz Cuarón, lleva su nombre, lo cual sin duda es una ofensa para la memoria de alguien que luchó toda su vida contra la corrupción y el abuso de autoridad.

Por una parte, como que no acaba de quedar claro que no debe ser parte del Derecho penal el procedimiento de menores y que los menores; aún los involucrados en actividades delictivas graves, llegan a los establecimientos de menores por el descuido y la irresponsabilidad de los padres y en general de los adultos, que frecuentemente los utilizan en lugar de protegerlos y que por lo mismo, están efectivamente necesitados de protección y educación y no de castigo.

Vientos de represión que han invadido desde el último decenio del siglo pasado y lo que va de éste al globalizado mundo penal, se antojan más cercanos al autoritarismo facista que a los criterios humanistas que México ha enarbolado por años aún en el medio penal.

La creación de una serie importante de leyes para menores infractores, con un perfil penal de excepción, algunos creando la figura del juez de vigilancia de la ejecución de medidas aplicables al menor infractor, aunque no todas con ese título así de claro, no ha logrado, a pesar de fundarse en las reformas constitucionales de 2005 y 2008 en relación con los menores, no han logrado mayor uniformidad porque la falta de claridad en los textos constitucionales o tal vez por la falta de interés y conocimientos acerca de los menores.

V. DATOS ESPECÍFICOS PARA UNA POLÍTICA DEL MENOR INFRACTOR

Se dice que históricamente y sólo a partir de la creación especial de la legislación de menores, se han generado tres modelos, el protector o tutelar, el educativo o de bienestar y el de responsabilidad.

El primero se origina por la influencia del positivismo criminológico y el correccionalismo alemán, su meta es corregir y proteger al menor, atendiendo a su personalidad y tomando en cuenta que carece de libre albedrío y está condicionado a la comisión de delitos por factores biológicos, psicológicos y sociales. En este modelo, el punto de referencia para decidir las medidas correctoras y educativas no es la gravedad del hecho cometido, como su personalidad y por ende, la duración de la medida es indeterminada pero fundamentalmente educativa, benéfica y humanitaria. Se trata de sustraer al menor que delinque del Derecho penal y someterlo a tribunales y procedimientos especiales, aún cuando no de carácter judicial por lo cual no contempla las garantías individuales. La competencia sobre los menores no se limita a los autores de delitos sino a todos los menores de conducta desviada a los que se somete a un tratamiento reeducador y corrector, separado siempre de los adultos y de su medio habitual.

El modelo educativo o del bienestar es el que le reconoce absoluta importancia a la educación, canalizando la solución por medios extrajudiciales en detrimento de la intervención judicial y en general coincide con la preeminencia del Estado social de derecho y favoreció en algunos casos, como el de España, el descenso de la delincuencia juvenil.

Utilizando acciones como las propuestas por la ONU, de reparación y mediación entre la víctima y el menor delincuente (que se están experimen-

tando también en Derecho penal de adultos, reforzando la idea de la justicia restaurativa) prescindiendo de la persecución penal motivada por la comisión de una infracción penal, se busca obviar el encierro a los menores y prescindir de las instituciones totales, reservadas sólo para casos muy especiales. Se trata de realizar el control social de la criminalidad fuera de las instancias judiciales, alejando ciertas formas de criminalidad de los procedimientos penales formales y llevar a cabo un control social más informal mediante programas alternativos a las formas tradicionales de sanción. Se prevé fundamentalmente para delincuentes juveniles y adultos primo incidentes en delitos leves o medios, no reincidentes y tiene la ventaja de evitar los peligros de la estigmatización y la contaminación carcelaria.

En este modelo se considera que el juez de menores actúa como un “súper asistente social” y las medidas aplicables son de carácter educativo y se aplican en el seno familiar o en familias sustitutas. El internamiento en centros especiales se reserva para casos extremos y se escogen residencias pequeñas y generalmente en régimen abierto.

El modelo de responsabilidad se desarrolla cuando existen problemas económicos en los países con altas tasas de desempleo que se reflejan con un grave incremento de la delincuencia, en especial de la de menores.

Ante la consecuente inseguridad, la reacción social se opone a los programas de conciliación y mediación y se incrementan las medidas represivas, presionándose autoridades y sociedad para reconocer al menor como responsable penalmente hablando, al que si bien se le reconocen garantías procesales, también se le incluye en un sistema educativo-responsable.

En este modelo se hace una distinción de diferentes franjas de edad, la primera varía entre los diez y los catorce años en la que solo intervienen organismos de asistencia social, la segunda, contemplada dentro del Derecho penal juvenil que se extiende desde los quince a los diez y ocho años y finalmente una tercera perteneciente ya a los jóvenes adultos, entre los diez y ocho y los veintiún años o veinticinco en algunos casos en la cual la duración de la pena o la forma de ejecución generalmente contiene previsiones especiales, como un periodo de transición entre el Derecho penal juvenil y el de adultos.⁷

En el ámbito del proceso se reconocen las garantías individuales y los derechos de los menores, intervienen abogados y un Ministerio Público o su equivalente, los jueces son especialmente preparados (o se supone que deben ser) y las medidas aplicables tiene una fundamental orientación educativa existiendo proporcionalidad entre la sanción y el hecho cometido y se excluyen las sanciones de duración indeterminada.

⁷ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Ma. Isabel, *Minoría...*, *op. cit.*, pp. 108 y ss.

En este modelos subsisten muchas de las tendencias del modelo educativo y se prevé que las sanciones privativas de libertad sean excepcionales y lo más breve posible, aunque se contempla la reparación del daño, la conciliación con la víctima y el mantenimiento de la relación con la familia pero separados en el caso de privación de la libertad, de los adultos.

Respecto a la edad penal se indica que no deberá fijarse una muy temprana por las circunstancias que acompañan a la madurez emocional, mental e intelectual que se requiere para la responsabilidad penal juvenil.

Una crítica reiterada por muchos autores se refiere a que “es un sistema garantista marcadamente sancionador y punitivo y al ser un sistema garantista a ultranza, está en contradicción con la pretendida aunque no realmente buscada, función educativa”,⁸ también se dice que se trata de un sistema que se esfuerza en construir un proceso penal respetuoso de las garantías procesales pero que... “demora y retrasa demasiado la intervención educativa, sin que logre ocultar su verdadero carácter de juicio y la filosofía punitiva subyacente”.⁹

Cabe hacer mención de que todas las propuestas de la ONU tienen la particularidad de que los Estados miembros, aún cuando dichas propuestas hayan sido aprobadas por la Asamblea General, podrán adecuarlas a su propio marco jurídico y procedimiento legislativo para introducirlas a su sistema legal y que constituyen una invitación más que una obligación.

Pero llegado el caso de que si los Estados miembros que aparecen como firmantes del documento, soliciten algún dictamen o apoyo de cualquier tipo, deberán proceder a integrar de alguna forma el compromiso signado, a su propia legislación, y aceptar las críticas que les son dadas por los representantes de la ONU y en su caso proceder al cumplimiento de las omisiones correspondientes.¹⁰

También es necesaria la práctica de una investigación criminológica respecto a la situación del menor infractor, tanto del que ha sido sujeto a alguna medida institucional como los no institucionalizados, con el fin de obtener datos sobre las causas que los han orillado a cometer o participar en actividades delictivas.

Se deben investigar y concentrar los datos obtenidos respecto al tipo de delitos en los que los menores se encuentran involucrados, porque un estu-

⁸ RÍOS MARÍN, J.C., *El menor infractor ante la ley penal*, Granada, 1993, p. 234.

⁹ DE LA CUESTA, José Luis y GIMENEZ-SALINAS, Colomer, *Situación actual y perspectivas de futuro del tratamiento de los infractores juveniles en España. En homenaje al prof. Casabó*.

¹⁰ El caso es muy claro en los casos documentados por la ONU respecto a los Emiratos Árabes, Libia y algunos otros países, especialmente del Oriente Medio y respecto a la minoría de edad, precisamente. Consultado en: www.unodc.org.

dio exclusivamente dogmático, deshumaniza el procedimiento termina por ser vengativo y represor.

Igualmente se hace necesaria la investigación y el seguimiento de los menores después de la aplicación de las medidas y verificar la ubicación de estos menores en cuanto a sus relaciones familiares, escolares y laborales en su caso.

Otro aspecto importante que debe tomarse en cuenta para el diseño de una política criminológica respecto al menor infractor es el relativo a la capacitación y especialización del personal encargado de la atención a estos menores, sea a nivel institucional o no institucional.

Se debe planear, dentro de la política general del país, el desarrollo y presupuesto de instituciones adecuadas tanto para el menor infractor como para la tutela en los casos necesarios, dentro de una efectiva política de prevención delictiva.

Es importante señalar, que a pesar de que las cifras son variables siempre, tratándose de población, existe más de mil quinientos millones de niños de menos de quince años de edad en el mundo y el 75% de ellos habitan en países en vías de desarrollo, lo cual significa que son los más pobres del mundo, siempre en desproporción malthusiana con su crecimiento económico.

Se sabe también que existen más de doscientos millones de estos niños que no saben leer ni escribir y que por la carencia de escuelas, jamás llegarán a saber, como es notorio en los países asiáticos, africanos y muchos latinoamericanos. También se tienen datos estadísticos sobre más de quinientos millones de niños con problemas de desnutrición y sin apoyos sanitarios, calificándose a estos menores como niños "tugurios", inválidos, hijos de refugiados, de emigrantes, abandonados que tienen pocas o ninguna posibilidad de supervivencia en vidas con calidad humana.

Para agravar la panorámica descrita, podemos mencionar que gran parte de esos menores están ya o a punto de ser enganchados en la vida del delito. Estadísticamente, los grupos, bandas de delincuentes juveniles, se presentan preferentemente entre jóvenes de 18 a 25 años, lo cual no obsta para que esas mismas bandas recluten entre esos menores sus nuevos miembros.

Ello explica porqué la Organización de las Naciones Unidas se ha involucrado en las actividades internacionales de prevención del delito y tratamiento del delincuente, asumiendo la encomienda que tuvo a su cargo la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria, a fines del siglo XIX, por lo cual hace estudios y propuestas respecto a los delincuentes, a los presos y a los menores infractores.

La delincuencia juvenil, como acepta en llamarla la ONU, incluyendo en el término tanto esa franja delictiva de los jóvenes entre 18 y 25 años de edad

como otro grupo, entre los 12 y los 18 años, que en México, hasta hace poco tiempo, habíamos sacado materialmente del mundo del Derecho penal para mantenerlo, como un importante avance respecto a la minoridad, en una franja especial designada de “tutela”; no ha permanecido al margen de la internacionalización del delito que ha verificado un cambio en cuanto a tipo de delitos y formas de participación.

También se refleja en esta delincuencia y de manera grave, en la actitud de la población y de los gobiernos respecto a ellos, como podemos comprobar fácilmente en la recién aprobada Ley Federal de Justicia para Adolescentes, cuya entrada en vigor esta prevista para el año 2014.

Esta ley, llamada federal, ignorando lo que esto significa para el sistema jurídico, para la justicia penal para adolescentes, en la cual se define, sin ningún análisis ni fundamentación médica, psicológica o social, al adolescente como toda persona que está entre los 12 y los 18 años de edad.

Me da la impresión que los autores del documento de referencia no han tenido trato ni preparación en cuanto a las actitudes y capacidades de los menores, y tampoco parecen conocer a los niños, que si lo son, a los 12 o 15 años, alimentados bien y educados en el seno de una familia integrada y preocupada por ellos, ni tampoco han tenido contacto con menores de la calle o ya abiertamente infractores.

Hay que admitir que entre lo bueno que integra es la creación, ahora si formal, de un juez especializado en justicia para adolescentes, pero se corren peligros en cuanto a la carencia real de preparación criminológica, de apoyos técnicos para el estudio de la problemática del menor, de una posible burocratización del proceso si no se cuida la selección y capacitación del personal, en fin los problemas que en relación con menores y adultos ya se han vivido, con pésimos resultados. Otra crítica es el hecho de no prever la figura del Juez de Ejecución de Medidas, está concentrando todo en un solo juez especializado.

Desafortunadamente, como ha pasado en la historia jurídica de México, muchos Estados copian la legislación federal sin mucho espíritu crítico y analítico, lo cual está, en este caso, generando engendros jurídicos y prácticos que nos alejarán más de las metas reales de la reforma minoril y el espíritu de la Convención sobre los Derechos del Niño, que es obligatoria para nosotros México.

Se ha caído en el dislate de copiar la legislación del Distrito Federal, olvidando que es producto ya no del Congreso y ni siquiera de estudios jurídicos de la Comisión de la Asamblea sino producto de líneas partidistas.

Es tiempo de recuperación de espacios pero no con criterios revanchistas sino de absoluta responsabilidad social y jurídica, para que los políticos ha-

gan política, los dentistas curen dientes y nosotros los abogados atendamos las leyes y sus adecuaciones en el servicio de la nación.

Parece revivir la idea de que los delincuentes en general son una subespecie humanoide que no merece ningún trato humanitario ni siquiera el derivado de la lógica de entender que algún día saldrán de la cárcel y volverán a la sociedad peor de lo que estaban, sin exceptuar en este criterio a los menores.

Los Congresos de la ONU sobre prevención del delito y tratamiento de los delincuentes, desde sus inicios en 1955, han incluido con mayor o menor énfasis, temas relacionados con los menores involucrados en delitos y se han creado organismos especializados en problemas del menor desde la UNICEF, la OMS, la UNESCO que por cierto ha subrayado la necesidad de salvaguardar a la juventud respecto a las adicciones a drogas y estupefacientes en jóvenes y niños, el uso de anfetaminas y sus peligros para tratar niños hiperactivos y las consecuencias que para el feto tiene el uso de drogas por parte de la madre durante el embarazo.

Aprobados en 1959 los 10 principios básicos para el bienestar de los niños en la Declaración de los Derechos del Niño, la ONU intenta atacar por diversos medios los problemas de la delincuencia minoril, especialmente con la participación de sus institutos regionales, de los cuales el correspondiente a la América Latina es el ILANUD con sede en San José de Costa Rica, laborando desde 1975 con cursos de capacitación, investigaciones propias y propiciando el intercambio de experiencias en la materia, de todos los países latinoamericanos, para propiciar y orientar la política criminal en la región.

La delincuencia juvenil, como toda delincuencia, es de origen multifactorial y en el caso de los menores, habría que subrayar las aspiraciones para satisfacer necesidades económicas y sociales, promesas políticas incumplidas, la rebeldía juvenil natural.

En realidad, la juventud actual que tiene acceso indiscriminado a los medios de comunicación, tiene conocimiento de los problemas sociales mundiales y al palpar directamente que estos están muy lejos de resolverse mediante los estilos de vida de los adultos, reaccionan despreciando los valores sociales tradicionales y demandan, indirectamente, soluciones de parte de los gobiernos en especial, y en general de todos los adultos, para lograr una mejor distribución de la riqueza y de las oportunidades.

La familia, que ha sido tradicionalmente un medio de prevención delictiva, capacitación laboral y socialización, se encuentra también en una etapa crítica y parece perder, cada día más, el control y la responsabilidad sobre los menores.

Cuestiones económicas y sociales han propiciado que la familia se desorganice, la madre que trabaja por ser madre soltera o abandonada por su

pareja, o bien por la necesidad de aportar, junto con el marido, ingresos a la casa, pero a cambio del descuido de los menores, a los que en el caso de haber padre, por lo general se desatiende de ellos o inclusive los hace víctimas de malos tratos y abusos como ya comentamos.

En estas condiciones, los niños frecuentemente abandonan el hogar, llegando a incrementar el ejército de niños de la calle, además de iniciarse en las drogas y en la delincuencia, crecen sin introyectar principios ni valores sociales, como animalitos silvestres además victimizados por las policías y por sus mismos compañeros de destino.

VI. CONCLUSIONES

La conclusión respecto a la política criminológica en cuanto a los menores infractores, desde mi punto de mira, es la de desatender las posturas represivas y populistas, contenidas e impulsadas desde el extranjero y por políticos ignorantes y ajenos a nuestra realidad social, y sostener las posturas nacionales e internacionales, de proteger y tutelar a los menores infractores, lejos del sistema penal, porque así como se les quiere suprimir la protección de la ley y de la sociedad, sin hacer nada por reconocerles otros derechos tanto humanos como laborales, mercantiles, civiles, etc.

Se debe sustituir la represión penal por apoyos de alimentación y educación en beneficio de todos los menores, infractores o nó, reconociendo la responsabilidad de la sociedad y el Estado en cuanto al descuido de esta parte de la población cuyo abandono los orilla a delinquir, superando los criterios de política en las reformas legales y reiterando limitaciones claras al poder punitivo del Estado fundadas en el Derecho internacional de los derechos humanos que ni siquiera en un verdadero estado de guerra, privan absolutamente al enemigo bélico de su condición de persona, como no lo observamos vergonzosamente en las prisiones secretas de la CIA.

Prevención y no castigo, alimentación y educación son los ideales a alcanzar.