

LOS MENORES Y EL DERECHO PENAL

El menor como concepto jurídico aparece en el siglo XIX en el Código Napoleónico de 1810 en el que se configuró el *Discernement o doli capacitas*; a partir de ese momento se establece la división jurídica entre adultos y niños, y nace una forma especial de tratar a los niños y jóvenes.

En 1911 se celebró en París el Primer Congreso de Tribunales de Menores, en donde los puntos que importaban a los participantes eran:

- a) Debe existir una jurisdicción especial de menores.
¿En cuáles principios y directrices deberán guiarse los mismos para obtener un máximo de eficacia?
- b) ¿Cuál debe ser la función de las instituciones de caridad, frente a los Tribunales y frente al Estado como poder administrador, y la protección al joven “en peligro”?
- c) Función específica de la Justicia de menores antes y después del proceso.¹

¹ FELLINI, ZULITA. *La situación del menor que delinque como problema de derecho penal*, Argentina, 1990, p. 6.

Desde entonces, hace más de 100 años, el debate no ha variado. Ahora, en pleno siglo XXI, se discute a qué régimen debe pertenecer la legislación de menores delincuentes. ¿Se trata de una jurisdicción especial? ¿Forma parte del Derecho Penal? ¿Es un proceso administrativo con facultad de imponer penas y por lo tanto inconstitucional?

La intención en esta parte del ensayo no es otra, sino la de ofrecer un panorama acerca de las vicisitudes que han ocurrido desde el momento en que se declaró al menor como una persona “especial”, exclusivamente con relación al Derecho Penal.

Desde el nacimiento del Derecho Penal humanista con Beccaria, éste surge como la enumeración de los derechos y prerrogativas del delincuente ante un proceso de autoridad; el conjunto de normas penales tiene como fin limitar la activación al Estado en una de sus funciones más importantes y trascendentales para la vida de cualquier ser humano, la imposición de penas.

Es innegable que el Derecho Penal se constituye en un instrumento de control social formal puesto que se ajusta a normas particulares para su realización.²

Según asienta Zulita Fellini, el sistema de reacción hacia los menores tiene tres modelos posibles:

- Un modelo de Bienestar, donde declara y actúa en favor del desarrollo del menor en forma integral.

² *Ibid.*, p. 2.

- Un modelo de Justicia, donde se respetan las garantías constitucionales y penales del régimen de adultos, y
- Un modelo de Defensa Social, en el que se separa a los menores “anormales”, “desviados” y se les imponen medidas de seguridad con fines educativos y con el afán de proteger al grupo social.³

De acuerdo con el modelo de intervención adoptado, sabremos si alcanza los fines buscados. Si el sistema legal de menores declara estar en la búsqueda del Bienestar Social, algunos señalan protección, apoyo, tutela del menor: su éxito será la mejoría en las condiciones de vida de los menores.

Si declara que su búsqueda es la Defensa Social, entonces su éxito será la prevención de conductos antisociales que logre.

Si declara que su modelo es de Justicia, entonces su éxito se medirá en el tipo de garantías de que dispone el menor para enfrentarse a la fuerza del Estado, y las condiciones de esta intervención.

El sistema mexicano ha pasado por tres modelos:

- La Ley Villa Michel, la Ley de los Tribunales de 1941 y la Tutelar de 1947 declarando que buscaban el bienestar de los menores.

³ *Ibid.*, p. 3.

- El código de 1929 y el de 1931 con una gran carga positivista establecieron las medidas de seguridad invadiendo las leyes de menores.
- La ley en vigor declara un modelo de justicia y si bien apunta a él, no lo logra.

En el derecho de menores, continuamente se da un enfrentamiento entre las funciones del Estado: Estado Protector vs Estado Sancionador; es decir, el Estado como *parens patriae* o como instancia sancionadora.

Sea cual fuere su función declarada y su función real, estamos evidentemente frente a un conjunto de normas y en el derecho no hay secciones, sus partes tienden a integrar el todo. Por tanto, no podemos afirmar que el derecho de menores sea autónomo, debe enriquecerse y apoyarse de los demás. Por ello, el tronco común del derecho penal debe contener la rama del Derecho Penal de Menores.

Y así se reconoce ya en las legislaciones de muchos países, dividiendo claramente la acción tutelar o de asistencia social; tal es el caso del Nuevo Estatuto del Niño en Brasil; la legislación argentina en su Ley 22.278; la Ley Juvenil Alemana (J.G.G.). Y parece innecesario insistir en que si las leyes de referencia definen conductas e imponen penas, estamos en presencia de la acción represiva del Estado, es decir, del Derecho Penal.

Para Raúl Horacio Viñas, el concepto de *delincuencia juvenil* ha adquirido connotaciones diferentes según la disciplina que lo utiliza, ya sea Psicología, Pedagogía, Criminología, Psiquiatría o Sociología.

Define el Derecho Penal de Menores como “El conjunto de normas y principios jurídicos que ante la comisión de un delito por un menor, prevén y regulan la aplicación de distintas formas de reacciones típicas: educativas, reeducativas, terapéuticas, curativas, correccionales o punitivas, todas pedagógicamente orientadas a la reinserción social del mismo”.⁴

Tanto el Derecho Penal de Adultos como el Derecho Penal de Menores surgen a raíz “o en ocasión” de la realización de una conducta que el legislador ha tipificado como delito.

El Derecho Penal, como objeto de conocimiento, está integrado por tres materias: las normas jurídico-penales, los delitos, las puniciones, las penas y las medidas de seguridad.

Las normas jurídico penales comparten desde luego las características de cualquier norma jurídica: generalidad, abstracción y permanencia.

Los elementos de la norma jurídico-penal son: tipo y punibilidad. El tipo es la figura elaborada por el legislador, descriptiva de una clase de eventos antisociales, con un contenido necesario y suficiente para garantizar uno o más bienes jurídicos.

La punibilidad es una combinación de privación o restricción de bienes del autor del delito, formulada por el legislador para la prevención general y determinada cualitativamente por la clase de bien tutelado y

⁴ VIÑAS, RAÚL HORACIO. *Delincuencia juvenil y derecho penal de menores*, Ediar, México, 1983, p. 47.

cuantitativamente por la magnitud del bien y del ataque a éste.⁵

No podemos negar que las normas que analizamos tienen tipo y punibilidad; su construcción nos describe una conducta y a cada una le corresponde una conminación de sanción.

La misma Ley para el Tratamiento del Menor Infactor en vigor lo establece en su artículo 1º al señalar que será aplicable en los casos de conductas tipificadas en el Código Penal y cometidas por menores de 18 años.

La norma jurídico-penal corresponde al mundo normativo, al deber ser; su concreción en el mundo fáctico es el delito. A diferencia de la norma, el delito es particular, concreto y temporal.

Dentro de la escuela alemana, destacan la construcción de la teoría de la acción causal y la de la acción finalista.

Para los causalistas aparecen como elementos:

- a) La acción
- b) La antijuridicidad
- c) La culpabilidad

Los finalistas modifican la sistemática de la siguiente forma:

⁵ ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, OLGA. *Análisis lógico de los delitos contra la vida e integridad de las personas*, Trillas, México, 1982, pp. 12, 18 y 42.

- a) La acción
- b) El tipo
- c) La antijuridicidad
- d) La culpabilidad

Si hemos aceptado que la ley vigente remite al Código Penal para definir cuáles conductas llevadas a cabo por menores de edad son contrarias al orden social, luego entonces, la ley analizada contiene normas jurídico-penales, su actualización genera un delito, se actualiza a través de una acción; coincide con el contenido de un tipo penal; al concretarse va contra el derecho y su autor merece un reproche por la conducta violatoria del deber jurídico-penal dado el conocimiento que tiene de que acción u omisión no va a salvar bien jurídico alguno o de que existe otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva.

No olvidar que si bien estamos en presencia de un autor con una cualidad específica menor de 18 años, éste reúne todas las características del sujeto activo, bajo la perspectiva de la propia definición de autor material: toda persona que normativamente tiene la posibilidad de concretizar el contenido semántico de los elementos incluidos en el particular tipo legal. El propio artículo primero da esa posibilidad normativa a los menores de 18 años.

Esta persona requiere de “capacidad psíquica de delito”. Esta capacidad se manifiesta en dos aspectos: a) voluntabilidad; b) imputabilidad. La primera es capacidad de voluntad; por tanto es una capacidad de conocer y querer la concreción de la parte objetiva no valorativa del particular tipo legal. La imputabilidad es la capacidad de culpabilidad, es la capacidad de comprender

la concreción de la parte objetiva valorativa del particular, es decir, capacidad de comprender la específica ilicitud.⁶

Es aquí donde se ha centrado la discusión sobre si los menores son o no imputables y, por lo tanto, si tienen capacidad de culpabilidad.

⁶ *Ibid.*, p. 24.