

308709

18
29.



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

ESCUELA DE DERECHO

Con Estudios Incorporados a la U.N.A.M.



DELINCUENCIA DE MENORES
CAUSAS Y TRATAMIENTO

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
RICARDO LOPEZ CRUZ

TEJIS CON
FALLA DE ORIGEN

MEXICO, D. F.

1989



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

I. CONCEPTO Y GENERALIDADES.

Aunque el término delincuencia (del latín *delinquentia*) tiene una larga vida, su divulgación pertenece al siglo XX por influjo de la voz inglesa *delinquency* y de la importancia de los estudios realizados en diversos países sobre este tema.

Delincuencia viene a sustituir, en el uso general, y parcialmente en el técnico, a criminalidad, sobre todo desde que la Psicología, la Pedagogía y la Sociología han colocado en primer término las notas de *inadaptación*, *prevención* y *reeducción* frente a las de *culpabilidad*, *lucha* y *castigo*.

Avanzando en esta línea, el II Congreso de la ONU sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente (Londres 1960) recomendó que el significado de la expresión "delincuencia de menores" se limitase, en lo posible, a transgresiones del Derecho Penal.

Su materia abarca no sólo la acción punible y la corrupción moral, sino todo cuanto pueda ser causa o remedio del problema.

La tesis de que la delincuencia juvenil es algo aparte del Derecho Penal, con una esfera criminológica propia, se haya aún tesoneramente mantenida por la mayoría de los especialistas, profesionales y autoridades, conforme a razonamientos y actitudes que no se justifican sociopolíticamente.

En lo científico, la abundancia de la investigación muestra justamente lo contrario de lo que se desea demostrar: la imposibilidad del carácter "sui generis" de la delincuencia de menores. A lo máximo que puede aspirarse es a establecer una serie de correlaciones que, cuando son afirmadas por sus proponentes, son inmediatamente negadas por otros, lo que explica en parte las vicisitudes de la política y programas concebidos contra dicha delincuencia y la pobreza de los resultados obtenidos.

La resistencia se apoya en que no se ha demostrado la relación de causalidad apetecida por los partidarios de una criminología obstinada aún en imitar las disciplinas naturales.

Ciertamente, al decir, como hacen múltiples estudios, que entre urbanización y delincuencia juvenil existe una correlación, o que esta también se da entre ausencia de amor maternal o paternal, o ambos, o a la existencia de un hogar deshecho, no es mucho decir, aunque ello se apoye en una impresionante manipulación de datos, con coeficientes, índices, porcentajes, etc., que suelen variar en los diversos estudios.

A poco que rebuscásemos en autores del pasado, hallaríamos análogas conclusiones, claro es que sin coeficientes, porcentajes, etc., que, por otra parte, hoy día son difíciles de utilizar en la práctica. Así, cuando alguien nos dice que éste o aquél es el coeficiente de hogares deshechos o de ausencia de amor maternal, cabe preguntarse si

el mismo debe tenerse en cuenta por sí solo o en conjunción con otros referidos a diferentes factores, cuál sería el número de éstos que habría que tener en cuenta y si los tomados, pese a ser los más altos, son los más altos causalmente hablando.

Lo cierto es, y sobre ello se dirá lo necesario en el capítulo en que trataremos de la causalidad, como todavía se empeñan en entenderla los criminólogos, que es indemostrable en el fenómeno criminalidad y más todavía en el de delincuencia juvenil, dada la extensión de este concepto.

En realidad, lo que queda como soporte de la todavía subsistente criminalidad general, es una actitud cuya permanencia se explica más por sus consideraciones humanitarias y sentimentales que científicas y sociopolíticas. Sin duda, humanidad y sentimentalismo se justifican dentro de ciertos límites y siempre más la primera que el segundo.

Con todo, aquella no puede ser unilateral y basada en la constante repetición de expresiones como las de la "infancia y juventud en peligro" y "el mundo distinto de la juventud", que han sido y son constantemente desmentidas por la realidad histórica y que no tienen en cuenta que, justamente a causa de esa juventud, otros grupos sociales no menos indefensos, tal vez el de la vejez, se hallan también amenazados y son menos atendidos.⁽¹⁾

En cuanto al sentimentalismo, aceptable en pequeñas dosis, no es aconsejable exagerarlo cuando de problemas sociales se trata, pues agrava la condición de aquellos. Ello no significa que la dureza sea más conveniente. La solución, dentro de lo posible, requiere un enfoque de la teoría y práctica de la delincuencia juvenil bastante diferente al que hoy predomina.(2)

Los hechos delictivos varían según los países y aún las regiones, pudiendo considerarse delito desde la ausencia habitual a clase, la presencia dolosa en salas de juego, la aceptación de trabajos ilegales, etc., hasta los crímenes universalmente aceptados como tales.

Variable es también la edad comprendida dentro del calificativo "juvenil", sustituido muchas veces por el de "infantil" y "de menores", a los cuales abarcará el presente artículo.

Aunque los límites de edad varían en los distintos países, en la mayoría de estos se sitúan entre los catorce y los dieciocho años. Chile, algunos Estados de Norteamérica, y las islas inglesas de Salomón habían elevado el límite superior hasta los veintidós años, ya a mediados de este siglo, coincidiendo con una corriente que propugnaba el establecimiento de la edad límite en la mayoría de edad.

2 GUTIERREZ GARCIA, JOSE LUIS, Conceptos Fundamentales de la Doctrina Social de la Iglesia, Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, Madrid, 1971, T. I, pág. 393.

En España, los delincuentes dependen del Tribunal de Menores hasta los dieciséis años; de los dieciséis a los dieciocho se benefician con la atenuación de pena, pero pasan a los tribunales ordinarios.⁽³⁾

En 1952 (I Congreso hispano-luso-americano y filipino penal y penitenciario, Madrid), Cuello Calón defendió que hasta los veinte o veintidós años, el joven delincuente "no puede ser tratado de igual manera que el adulto", basándose en los estudios de la Psicología y la Biología, que demuestran que hasta esa edad no se alcanza el desarrollo físico y psicológico de un adulto, ni la madurez espiritual necesaria para poder exigirse una responsabilidad penal plena.

En esta última línea, la ONU, en su II Congreso antes citado, se definió unánimemente en lo referente a la materia y a la edad de la delincuencia juvenil, recomendando que no se considerasen infracciones específicas las pequeñas irregularidades o acciones relativas a conducta inadaptada de menores, las cuales, en caso de provenir de adultos, no serían perseguidas; por otra parte sugirió que, siguiendo una corriente muy extendida, se tratase de la delincuencia de los jóvenes comprendidos entre los dieciséis y veintidós años con criterios distintos a los empleados con adultos, dada la peculiaridad de su desarrollo psicológico y de su adaptación social.

3 W. MIDDEENDORFF, Criminología de la Juventud, Reus, Barcelona, 1966.

El concepto de delincuencia como algo distinto a criminalidad tiene como protagonista un niño o un muchacho con sus correspondientes feunidos, que no existe hoy más que en escasa medida en los países altamente industrializados y que desaparecerá paulatinamente en los demás. Sin duda, la explotación del mismo se da en ciertos países, aunque raramente en toda la extensión de ellos, pero aún relacionada con ciertas formas de delincuencia juvenil; dicha explotación constituye hoy día un problema diferente.

Delincuencia juvenil como algo distinto a crimen se afirma conceptualmente en 1899, cuando se restableció el primer Tribunal de menores en Chicago. El acontecimiento constituyó un logro del movimiento humanitario entonces existente, que, con un evidente contenido político, se manifiesta en favor, no sólo del menor, sino de la familia, de más facilidades educacionales, mejores condiciones de trabajo y vida, y mayor libertad individual.

Si bien la consecución de tales fines da lugar a movimientos distintos, la contemplación de la situación histórica del siglo XIX, que aquí nos interesa más directamente, muestra que se hallaban íntimamente conectados y que esta conexión se ha perdido de vista hoy día al pretender que el menor vive en un mundo aparte del que no lo es. Entonces el término "niño" tenía un sentido más restringido del que hoy tiene.

Si se examinan las legislaciones sobre menores de nuestros días,

se verá que el término incluye toda persona menor de catorce, a diecisiete y aún veintidós años, según los diversos países.

En la República Federal Alemana, una de las razones dadas en favor de los veintidós años es la forma en que se conducen los tribunales de justicia penal. Con tal trasposición se cree evitar la injusticia que el actuar de aquellos provoca en no pocos casos. Se olvida, sin embargo, que los tribunales de menores ignoran con frecuencia lo que es justicia al sustituir esta con el bienestar del menor.

La expresión delincuencia juvenil, que se usa por primera vez en Inglaterra en 1815, no tiene un significado uniforme en todos los países.

En EE.UU. se consideran delincuencia juvenil todos los hechos antisociales cometidos por personas que no han alcanzado la edad penal. En Europa, comprende los hechos, realizados por estas mismas personas, que están considerados delitos o crímenes por la ley penal y las conductas que la ley asimila a la delincuencia. En la URSS solo se considera delincuencia juvenil la realización por menores de crímenes graves. Estas diferencias se dejan sentir en las estadísticas, por lo que en el campo internacional se trata de encontrar un criterio unánime.

Aumenta la equivocidad del término el hecho de que la menor edad penal sea distinta en las diversas legislaciones y que el ámbito de la

expresión delincuencia juvenil se extiende en la doctrina tanto a los menores como a los jóvenes delincuentes.

En España, dado el sistema positivo existente (Código Penal y Ley de Tribunales Tutelares) debe entenderse por delincuencia juvenil los delitos y faltas y los comportamientos antisociales (fenómenos de corrupción y conductas paradélictivas) realizadas por menores de dieciocho años (en cuanto las medidas de tutela y reforma puedan extenderse hasta esa edad, según el artículo 65 del Código Penal).

Aunque la realización de delitos por jóvenes y menores es un fenómeno tan antiguo como la humanidad, puede decirse que la delincuencia juvenil es un problema de nuestro tiempo. Aparece con la revolución industrial del siglo XIX, y su crecimiento está unido al desarrollo rápido y desordenado de ciudades e industrias, a la desintegración progresiva de la familia y a la disolución de muchas creencias ético-religiosas impuesta por las estructuras sociales que se configuraron en la segunda mitad del novecientos.

Sobre los años cincuenta de nuestro siglo el fenómeno se agrava, no tanto por los índices cuantitativos que las estadísticas marcan, sino por la aparición de un nuevo estilo en la fenomenología, novedad que reside sobre todo en la motivación que impulsa al delito, en la violencia empleada en su realización, en el carácter gratuito e inútil de la misma, y en la tendencia a la agrupación que para la comisión de

los hechos delictivos se advierte.(4)

La fenomenología de la delincuencia juvenil llena en realidad todos los tipos de Código Penal, pero hay algunos delitos que con mayor frecuencia son realizados por jóvenes y menores, especialmente los atentados contra la propiedad (hurtos y daños sobre todo), delitos sexuales, lesiones e infracciones de circulación.

En la actualidad, como esquemas delictivos peculiares de la delincuencia juvenil se señalan los hurtos en los grandes almacenes, hurtos y robos de vehículos de motor, el vandalismo y, en algunos países, el uso de estupefacientes.

La etiología de la delincuencia juvenil es una de las cuestiones que más preocupa a la actual Criminología. Los factores que impulsan al joven a la realización de hechos delictivos suelen dividirse en endógenos y exógenos, según se trata de causas atribuibles a las condiciones biológicas o psíquicas del sujeto o de factores procedentes del medio ambiente en que vive. Sobre la importancia de estos factores no es unánime la opinión doctrinal, estando, sin embargo, de acuerdo los autores en que no puede atribuirse a una sola causa el carácter de

4 KVARACEUS, WILLIAM C., Delincuencia Juvenil, Librería del Coleto, Buenos Aires, 1970, págs. 5 y ss.

factor determinante de la delincuencia juvenil, sino a un conjunto de ellas. No obstante, las últimas investigaciones destacan el buen o mal ambiente familiar como elemento de gran relieve.(5)

En cuanto a la profilaxis y tratamiento de la delincuencia juvenil, el Derecho Penal ha experimentado la más grande transformación de sus concepciones; ostiende esta clase de delincuencia del Derecho Penal común, de carácter represivo, y la ha encuadrado en un Derecho protector y reformador. El gózne sobre el que gira este tratamiento tutelar son los tribunales de menores.(6)

- 5 VAZ, E.W., Clases Medias y Delincuencia Juvenil, New York, 1967.
(Citado en: Gran Enciclopedia Rialp, Madrid, T. VII).
- 6 HORAGAS, J., Psicología del Niño y el Adolescente, Barcelona, 1963.
(Citado en: Gran Enciclopedia Rialp, Madrid, T. VII).

Conclusiones al primer capítulo.

Con la necesaria e inevitable intervención de otras ciencias de carácter humanitario en la aplicación de la materia criminal, ésta ha venido derivando, con el paso del tiempo, en una ciencia de carácter cada vez más científico, inclusive en su mera terminología. Hoy en día se utilizan fórmulas y definiciones de mejor aceptación general, pasando el antiguo menor delincuente, de eterno irredento, a persona digna de este nombre, aunque socialmente inadaptado y requerido de re-educación y ayuda especializada.

En tal sentido, el anteriormente conocido como menor delincuente, hoy es ubicado, en su beneficio, como infractor de las disposiciones de bien común, y tratado, ya no como criminal, sino como educando.

Al menos estas resultan ser las tendencias actuales de las políticas para el tratamiento de menores cuyas actitudes y acciones hostilizan y ponen en peligro a la sociedad en la que conviven.

De ahí también, probablemente, la razón de que algunos tratadistas de la materia penal se inclinen a apartar del Derecho General el Derecho de los Menores, aunque, para el gusto del que esto escribe, no hay razón suficiente en ello, ya que bastaría con una lógica adecuación de las partes correspondientes de la rama jurídica y de sus ciencias auxiliares para descubrir sus grandes similitudes, tal como analizamos en el presente estudio.

Aunque pudiera parecer contradictorio, utilizamos como título de nuestro trabajo el de Delincuencia juvenil, por resultar tradicional, aunque de incorrecta aplicación actual.

Por último, basta decir en conclusión que, no existiendo uniformidad ni entre los autores, ni entre diversas legislaciones, respecto de lo que debemos entender por delincuencia juvenil (o si se prefiere infracción de menores), proponemos que la tal queja constituida por "aquellas actitudes o acciones libres y conscientes, (incluyéndose la omisión) que dañen o pongan en peligro el bienestar de la sociedad, o aún del mismo menor infractor".

Lo anterior, sin considerar por el momento la cuestión relativa a la edad del mencionado menor.

II. ETIOLOGIA DE LA DELINCUENCIA JUVENIL.

En la literatura científica son tratados de manera preferente dos campos del conjunto de problemas "edad y criminalidad": la criminalidad de los jóvenes (en sentido amplio) y la de los adultos. Ello responde al conocimiento de los procesos biológicos y a la comprobación de que existen conexiones entre las transformaciones biológicas y la criminalidad. Pero en una contemplación semejante se da el peligro de que el conjunto de los restantes delincuentes quede descuidado en favor del grupo respectivo, p. ej., la juventud de un lado o el hombre de edad por el otro, es decir, de que se actúe como si el aislamiento sistemático de un grupo determinado equivaliera también a una delimitación real de su criminalidad.

Toda consideración de la delincuencia juvenil debe basarse en el contexto más amplio de las realidades sociales, políticas, económicas y culturales, aunque ello plantee la complejidad de un estudio, y es necesario reunir información para desarrollar una política criminal y social sobre un fundamento sólido. (7)

7 Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Mayo de 1984. Informe del Secretario General.

El que alguna exposición relativa a lo anterior haya sucumbido a este peligro lo demuestran ciertas teorías, en parte bastante ambiciosas, sobre todo en el terreno de la criminalidad juvenil, cuyo débil apoyo empírico es ya apreciable en una exacta permanencia estadística.

Por tal motivo, se esbozará a continuación, en primer lugar, la evolución de la criminalidad a través de los grupos de edad en una forma simplificada, intentando con ello proporcionar un marco de orientación relevante para la subsiguiente exposición de la llamada criminalidad juvenil o adulta.

Dentro del objeto (de investigación) criminal y edad cabe distinguir dos círculos de problemas distintos: por un lado, la criminalidad de una personalidad individual en una edad determinada. No debe olvidarse que toda generalización, ya para el caso concreto, ya del promedio (estadístico), comporta el peligro de no prestar atención o de ignorar datos particularmente importantes, que quizá sean incluso los únicos relevantes para el caso concreto.

Para aprehender el desarrollo hacia el crimen de un delincuente individual o comprender el delito, tal vez incomprendible a primera vista, surgido a modo de irrupción en la vida hasta entonces llevada, es necesaria una dedicación sutil al conocimiento del autor concreto en sus interdependencias sociales.

Precisamente el análisis del caso concreto, al que, como base de comparación sirven los conocimientos sobre las posibilidades de la conducta humana en el ámbito social, puede aportar unos conocimientos científicos suplementarios, a pesar de la amplitud de las variantes de la conducta criminal o de actitudes vitales y personalidades criminales o no criminales, tanto respecto a su índole y volumen como relativas a su comienzo y duración. Los puntos en común estadísticamente elaborados no deben ocultar el hecho de que los violadores de la ley no difieren entre sí menos que los demás grupos determinados de personas, que siguen siendo socialmente regulares.⁽⁸⁾

En este sentido, la edad que la persona individual tiene en el momento de cometer el delito no constituye ningún factor fundamental del que resulte posible deducir directamente, de antemano, una conexión regular.

Así, p. ej., cabe que los "años" de la personalidad difieran considerablemente de su verdadera edad, ya que los procesos biológicos de crecimiento y de desintegración del hombre transcurren de manera distinta en cada individuo. Conocemos a personas de cincuenta años, prematuramente envejecidas, que por su conjunto psíquico han de ser

8 LASA-DIAZ, GLADIS, *Las Modernas Orientaciones de la Legislación*, Puerto Rico, 1971.

equiparadas, más bien, a una persona media de sesenta años, y a chicos de dieciséis años perfectamente equiparables con los de doce o -en otros casos- con personas que hace tiempo son adultas. Estas diferencias biológicas podrían tener como consecuencia dificultades relativas a la evolución en determinadas esferas sociales, y también a la adaptación de los "modelos del rol" esperados.

Si se observa la imagen total de las irregularidades sociales prescindiendo de las circunstancias individuales, es posible exponer ciertas relaciones entre la evolución de la curva vital biológica y el volumen y clase de criminalidad, utilizando los métodos de la estadística descriptiva y basándose en las tablas oficiales. Así, por ejemplo, existen afirmaciones sobre la tasa criminal de cada grupo de edad de la población, sobre su respectiva participación en el total de la criminalidad, sobre los procesos de desplazamiento en el transcurso de los decontos y sobre los campos predilectos de un determinado grupo de edad. Mediante ello resulta posible en ocasiones decir también algo -de forma indirecta- sobre la particular irregularidad de un delincuente que difiera excesivamente de esta regla.

Dado que la delincuencia se encuentra estrechamente ligada al desarrollo físico y psíquico, por encima de los hechos sociales, no es extraño el hecho de que las irregularidades correspondientes muestren rasgos específicos de la edad desde la temprana infancia.

En muchas sociedades contemporáneas existe un desempleo o subem-

pleo estructural muy generalizado y los jóvenes son particularmente vulnerables a esos factores económicos adversos. Esto tanto en países desarrollados como en países en desarrollo. En las zonas urbanas de los países industriales se producen una alienación social cada vez mayor de la juventud y un cinismo cada vez más acusado en relación con las instituciones políticas y económicas, mientras que en los países en desarrollo se sigue dando la migración en masa de los jóvenes de las zonas rurales a las urbanas y secciones substanciales de la población juvenil se hayan por debajo de la línea que señala el comienzo de la pobreza o, incluso, a niveles de hambre.(9)

Las irregularidades "criminales", vistas en su conjunto, son menores antes de la pubertad que en el joven que se va acercando a su cúspide biológica o en el adulto joven. La pubertad, con su transformación (biológica) representa una irrupción considerable en el desarrollo más o menos lineal de la evolución corporal y de la capacidad de rendimiento.(10)

9 Guía para los debates de las reuniones preparatorias regionales e interregionales para el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente.

10 HERNÁNDEZ OSES, LUIS, La Delincuencia Juvenil, Frontera y Desafío a la Responsabilidad Reformadora de la Sociedad Actual, Pirámide, Madrid, 1977, pág. 171.

Por eso no asombra el que en este período aumente también, particularmente la actividad criminal. Si, por otra parte, se tiene en cuenta que en el deporte de competición de un hombre de treinta años es muchas veces considerado ya como viejo, en esta edad habría que contar, correspondiendo al incidente declive de la capacidad biológica de rendimiento corporal, con una correlativa disminución en la curva de criminalidad, al menos respecto a los delitos unidos en una actividad física.

La literatura relativa a los jóvenes que han llegado a delinquir ha tomado en los últimos años un incremento considerable y resulta ya inabarcable, incluso aún cuando únicamente se presta atención a la delincuencia europea.

En la República Federal Alemana, el lugar más destacado lo ocupan los tratados teóricos y los trabajos estadísticos, entre los que figuran numerosas tesis doctorales sobre temas de la delincuencia juvenil (aproximadamente cien).

Le ahí resulta comprensible un dilema básico de esta problemática: en cuanto a su volumen, la atención prestada a los problemas de la juventud delincuente se ha multiplicado, y poco a poco ha quedado computado y registrado un gran número de datos parciales. Pero no existe una penetración científica de semejante material que arroje unos resultados seguros acerca de las conexiones de la criminalidad juve-

nil.(11)

Algunas de las teorías sobre las conexiones de esta criminalidad, propuestas algo prematuramente y sin una suficiente investigación empírica, basadas, por ejemplo, en cifras de criminalidad que aumentan o disminuyen en un plazo breve, son, hoy, por lo general, contempladas de forma harto crítica en el campo científico.

Como las distintas investigaciones no han sido casi nunca realizadas sobre bases metodológicas iguales o similares, sólo con grandes dificultades es posible emplear sus datos en una síntesis.

El concepto de joven debe ser entendido, en sentido amplio, es decir, abarcando las edades comprendidas entre los catorce y los veintidós años.

Junto a la tendencia global de la criminalidad juvenil, están las tendencias relativas a un aumento o una disminución de la delincuencia dentro de los distintos grupos de delitos.

Apenas podrá contestarse a la pregunta, al menos en su sentido positivo, de si existen delitos específicos de los jóvenes. Pero si se

11 CANIVELL, JOAQUIN MARTIN, Aspectos Problemáticos de la Prevención y la Predicción de la Delincuencia Juvenil, Reus, Madrid, 1968 (Citado por Kvaraceus, W. C., Op. cit.).

analizase sistemáticamente la delincuencia de los jóvenes que se hallan en el proceso de la maduración de la personalidad respecto a la forma de ejecución, a la motivación y a su ubicación dentro de la esfera total del joven, es probable que resultasen algunas diferencias con la delincuencia de los adultos. De todas formas, algunos análisis de casos concretos de jóvenes, (en sus interdependencias sociales) dan la impresión de que existen claras diferencias entre los jóvenes cuya criminalidad es expresión de «inseguridad general dentro de una nueva orientación durante el proceso de maduración de su personalidad, y aquellos que evolucionan hacia la criminalidad.

También en el terreno de jurisdicción de menores resulta relevante una problemática semejante. Se trata sobre todo del enjuiciamiento de la llamada madurez suficiente para ser responsable en delincuentes jóvenes de catorce a diecisiete años, así como de la cuestión de si el delincuente semiadulto de dieciocho a veintidós años podía todavía con su desarrollo moral y mental, ser equiparado, en el momento del hecho, a un joven o si su hecho representó una llamada infracción típica de la juventud.(12)

Las diferentes legislaciones promulgadas en el continente ameri-

12 DE YARRA Y BERGE, JAVIER, Apéndices a la obra Temas del Centro de Estudios del Reformatorio de Asurrio, Madrid, 1954.

cano contemplan mayoritariamente la rúbrica de la situación irregular, de una forma realmente incoherente y carente de todo rigor científico, al considerar idénticos supuestos que, por su naturaleza, son radicalmente diferentes. En efecto, al establecerse una serie de disposiciones de protección correccional, se considera a los menores en situación irregular, tanto a los que se encuentran en estado de abandono moral o material, como a los que se consideran en situación de peligro.(13)

Esta estimación únicamente puede justificarse desde una estricta perspectiva de defensa social, porque es evidente que, en todo caso, el estado de abandono y la situación de peligro entrañan un riesgo indiscutible para la paz social. La diferencia entre ambas radica en que en aquél el menor es víctima o sujeto pasivo de una situación preexistente que le viene impuesta por el tercero obligado a defenderle y a acogerle o por una mera circunstancia fortuita, de lo cual resulta del hecho natural de la orfandad, y en ésta el menor es sujeto activo de una acción antijurídica.

Discrepamos, por tanto, de la opinión que sustenta un sector muy cualificado de la doctrina que considera en situación irregular los supuestos de conducta antisocial, de abandono material y moral, de si-

13 SAJON, RAFAEL, JOSE PEDRO ACHARD y UBALDINO CALVENTO, Menores en Situación Irregular, Montevideo, 1973.

tuaciones de peligro y de deficiencia física y mental. Y ello porque ante una realidad fáctica distinta debe adecuarse una regulación jurídica que sea también diferente, con el fin de que responda eficazmente a las exigencias de la justicia tutelar en cada caso concreto. Exigencias que en modo alguno encuentran la respuesta adecuada a través de una misma protección correccional.

Las severas críticas contenidas en las sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, en los casos Kent (385 NS. 541, 1966), Gault (387 NS. 1, 1967), Winship (397 NS. 358, 1969) y Mc Keiver (21 de junio de 1971), pueden generalizarse, sin excepción alguna, a los sistemas legislativos vigentes, porque legalmente los menores se ven privados de la más mínima garantías constitucionales, especialmente de aquellas que a los mayores se les reconocen, en orden a su libertad y seguridad.

Quiebra en su misma raíz el principio de seguridad jurídica que proyecta al ámbito penal y que se recoge en el axioma nullum crimen, nulla poena sine lege, cuando sin la comisión de ningún crimen, la ley determina la protección correccional del menor y establece la posibilidad arbitraria de que se le imponga una medida de carácter correccional o de índole reductiva. De donde resulta muy poco convincente el interés jurídico que se tutela, que no parece ser otro que el que la defensa social impone, pero con absoluto desconocimiento de cuanto la personalidad evolutiva del menor entraña y un total desprecio al res-

peto que a la dignidad personal de éste se debe.(14)

Del mismo modo que la medida que se impone a causa de un estado peligroso predelictivo se diferencia claramente de las sanciones que son consecuencia jurídica del delito, resulta que las medidas correccionales que se impongan a un menor en situación irregular han de diferenciarse claramente de aquellas otras que derivan de una situación preirregular, ya que el régimen y método a seguir en su aplicación no pueden homologarse.

La idea de la defensa social frente al riesgo potencial que entrañan ciertas actitudes rebeldes e inconformistas de las nuevas generaciones encontró amplio eco en las legislaciones de menores y de ahí ese carácter preventivo con que se las viene calificando indebidamente y de lo que resulta que pase a un plano muy secundario el concepto de lo tutelar.

Podrá resultar muy cómodo medir con una vara deformada de la justicia a todos los menores, sin excepción alguna, para protegerlos correccionalmente y poder así, sin ninguna base científica ni técnica, evaluar satisfactoriamente unos resultados que responden a unas circunstancias no homologables. Será evidente y muchísimo más fácil tratar de corregir a unos menores que no precisan de corrección alguna

que instrumentar las medidas pertinentes para prevenir o superar esas situaciones de abandono moral y material o de deficiencia física o mental que padecen los menores.

Cuando se intenta, aunque lo haya sido con muy escasas fortunas, establecer el tratamiento correccional de los menores sobre una base científica, resulta totalmente incongruente la estimación legal. Ya no se trata de afrontar esta problemática de una manera empírica y sentimental desde el ámbito jurídico, sino que como consecuencia de la misma científicidad del Derecho de Menores es preciso sistematizar la realidad normativa de manera que responda fielmente a los principios que le informan y en un respeto absoluto a la personalidad evolutiva que se tutela.

Tomar conciencia del problema que plantea la situación irregular, medirla y contemplarla en su auténtica verdad para relacionarla con el modo de vida social, con los cambios sufridos en el país en que se produce, generalmente en rápida evolución de sus estructuras, así como establecer la responsabilidad de los adultos, de la familia y del Estado, significa dar un primer paso para intentar comprender que el encontrar a un menor en situación irregular es, esencialmente, un síntoma del sistema de vida que hacemos seguir a los menores. Por esto, sin tratar de superar las causas será muy difícil prevenir sus efectos. (15)

15 YOUNG, ROBERT K., y R. W. MARK, *Sociología y Vida Social*, New York, 1949.

En la misma lucha social contra la situación irregular debe formarse previamente un estado de conciencia surgido de una necesidad, ante un hecho de inaplazable solución que deberá, a toda costa, prevenirse primero y corregirse después.

Analizar las causas determinantes de la situación irregular para plantear el problema en toda su dimensión, será el momento en que podrá ponerse a punto una acción coordinada y jurídicamente exigible, capaz de poner en práctica aquellas medidas que sean precisas en adecuación de los medios disponibles a las necesidades fundamentales de esos menores que, desgraciadamente, nada tienen que agradecer a una sociedad que sólo mediante la coacción hace que prevalezca sobre el bien común la defensa de la paz social.

Ante la diversidad de motivaciones sociales e individuales que condicionan la lógica rebeldía inconformista, el desamparo y la situación irregular de los menores, emplear el castigo -por muy paternalmente que se disfrace- como única terapia, no es conveniente ni justo. Hay que reconocer que en ciertos ambientes sociales la deficiente adaptación de los menores al entorno convivencial de los otros es una lógica consecuencia de la forma habitual de vida, y los menores que en tal situación yacen, al ser corregidos por encontrarse en situación irregular, comprobarán la veracidad de un sentimiento hondamente arraigado: que la sociedad está organizada en su perjuicio y que deben luchar contra ella.

En algunos supuestos y como consecuencia directa del desajuste de la personalidad del menor, éste habrá de enfrentarse a profundos e indeterminados impulsos que, a su vez, provocan esos hábitos incontrolables de su conducta que la sociedad reprueba y condena. Las medidas que inexorablemente se les aplique, no transformarán esos impulsos básicos y, en el caso de que se les privara de libertad o se les restringiera, al recobrarla sin limitación alguna, aquellos hábitos se repetirán. De otra parte, cuando la situación irregular evidencia un problema de carácter, un déficit de controles morales internos que puede derivar, tanto de causas endógenas como exógenas y en ese caso posiblemente surgidas de la propia irresponsabilidad familiar, únicamente una terapia dirigida a reestructurar a fondo la personalidad evolutiva del menor, podrá conseguir cierto resultado a un plazo que no puede determinarse apriorísticamente.

Si, como hemos expuesto, nos encontramos ante supuestos que son perturbadores de la convivencia social, aquella diversidad de causas y motivaciones exige para poder ser superadas que, desde diferentes ángulos, se contemplen todas las matizaciones que perfilan en cada caso concreto la situación irregular en que el menor se encuentra, para que los medios instrumentados por el Estado, así como aquellos otros que sean de factible disponibilidad, entren en juego en forma eficaz. No obstante, debemos destacar que la situación irregular es, desde una perspectiva esencialmente jurídica, la posición o el estado en que un menor se encuentra frente a la ley, pero no una concepción amplia y general de la ley, genéricamente referida a la penal, sino a la ley

propia de los menores, porque la esencia de la situación irregular radica en la posición del menor en su derecho.

La situación irregular se nos representa así como un ente jurídico que tiene existencia autónoma frente a la concepción penal del delito. Es decir, que nos encontramos ante una antijuricidad específica, radicalmente diferente a la antijuricidad penal con la que no se puede identificar ni confundir. De ahí el grave error reiteradamente mantenido por el legislador cuando, incluso al hacer explícita referencia a la situación irregular, la reenvía al ordenamiento jurídico-punitivo para explicarla, produciéndose así un grave defecto de técnica jurídica al extender por analogía la Ley Penal a un ordenamiento que, por su propia naturaleza, nada de común tiene con él.

Presupuesta la inimputabilidad penal de los menores, su exclusión del ordenamiento penal es absoluta y con todas sus consecuencias, tanto teóricas como prácticas. De aquí resulta que la Ley Penal, en modo alguno, puede tomarse en consideración, ni aún para intentar responder a las exigencias del principio de legalidad en orden a definir las conductas antijurídicas de los menores, como constitutivas de una situación irregular que deberá ser corregida.

Tratar de abrir nuevas vías al conocimiento científico, con el fin de dar una respuesta adecuada a las exigencias que el deber ser, referido a los menores, nos plantea en el ámbito correccional de su Derecho, constituye una exigencia insoslayable de nuestro tiempo. De

aquí que al tomar conciencia de la cuestión desde una perspectiva esencialmente tutelar, habremos de armonizar, bajo el imperio de la Justicia tutelar, el bien particular -referido al menor- con el bien general que ostenta la sociedad para que se alcance en toda su integridad el bien común.

El ser humano, esencialmente durante las fases evolutivas de su desarrollo personal, es un producto de la herencia y del medio en que vive. La herencia es un factor de carácter permanente generalmente inmodificable, pero sobre el que es posible incidir favorable o desfavorablemente a través de la acción que sobre la personalidad que se está forjando ejerza el medio ambiente social que la circunda.(16)

La situación irregular en cuanto que constituye un hecho social se genera por una serie de factores interdependientes. Unos de carácter individual y otros de carácter social que pueden ser determinantes o simplemente accesorios, pero para que objetivamente se produzca una situación irregular concreta han de completarse diversos factores.

En cada sociedad organizada surgen una serie de situaciones irregulares que podríamos calificar de endémicas. Estas situaciones irregulares pueden aumentar o disminuir, adquirir mayor o menor riesgo y virulencia y ser realizadas por diferentes sectores sociales. Es po-

16 CHAZAL, J., La Infancia Delincuente, Paidós, Buenos Aires, 1958
(Citado por William C. Paraceus, Op. Cit.).

sible comprobar que algunas figuras de situación irregular van desapareciendo poco a poco y como, por el contrario, al compás de la evolución, surgen otras nuevas. La situación irregular en que pueden encontrarse los menores, se puede afirmar que cambia en el tiempo y en el espacio, ya que si algunas de sus causas desaparecen o quedan en estado de latencia, en este último supuesto podrán manifestarse, después, en otras regiones o épocas, al compás de aquella evolución social.

Cuando se producen rápidos cambios económicos y sociales, surgen nuevos y distintos factores etiológicos de situaciones irregulares en los menores que presentan unas características inéditas.

Frente a quienes opinan que existe una íntima e innegable relación entre el desarrollo socio-económico y los irregulares comportamientos de los menores y que durante estos períodos de transición tales conductas irregulares proliferan adquiriendo mayor peligrosidad, es evidente que si la sociedad asumiera conscientemente las responsabilidades de las que hoy se inhibe, en orden a la formación que debe impartir a las nuevas generaciones, por confiar excesivamente en el providencialismo estatal, el fuerte problema social que, en nuestros días, plantean las generaciones que se están forjando no alcanzaría las dimensiones que hoy, desgraciadamente, presenta.

Al tener muy en cuenta las consecuencias que del desarrollo proceden, como son la industrialización, las migraciones hacia los centros más poblados, la urbanización concentrada y masificada, el des-

plazamiento de una vida agraria por la urbana, la más conflictiva y angustiosa lucha por la vida, la desorganización social, la quiebra de principios éticos fundamentales y la crisis de la familia, parece una utopía el creer que tan sólo por el hecho de aplicarse una medida de carácter correccional a los menores que se encuentran en situación irregular, vamos a solucionar el problema. De otra parte, resulta también una utopía el reproche que con carácter global se haga a la sociedad, porque nadie se considerará aludido. Por esto es imprescindible concretar el grado de responsabilidad que a cada sector social corresponde, con el fin de ir mentalizando individual y colectivamente a quienes forjan la sociedad para que asuman sus respectivas obligaciones y coadyuven de forma activa a la prevención de las conductas irregulares de los menores, colaborando, después, cuando sea necesario, en la corrección de éstos. En este punto resalta la función reordenadora del todo social que debe cumplir el Derecho correccional de Menores, imponiendo coactivamente, no tan sólo a los menores aquellas medidas que se encaminan a su reeducación, sino las que, con carácter complementario, deben obligar a los adultos a superar aquellas condiciones de vida que negativamente influyeron en la conducta del menor que se reeduca por haberle encaminado hacia una situación irregular.(17)

Desde los campos psicológico y sociológico se ha escrito mucho sobre conductas desviadas y las inadaptaciones de los menores, ofre-

17 DUNQUEN, EMILIO, El Socialismo, Editora Nacional, Madrid, año (??), pág. 113.

ciendo unas conclusiones muy limitadas y particularizadas que son directa consecuencia de la perspectiva disciplinar de su enfoque, que no resultan, en la práctica, de utilidad, porque únicamente tratan de explicar el fenómeno sin ofrecer ninguna solución para tratar de evitarlo.

Los sociólogos han venido utilizando el término subcultura con la finalidad de diferenciar ciertos aspectos del comportamiento que difieren del usual, en el seno de cada sociedad, pero aún siendo evidente que existen ciertas diferencias en relación a los valores o a la conducta entre los adolescentes y algunos otros grupos de edades, ya no resulta tan claro cuando nos encontramos ante un patrón subcultural, porque resulta muy difícil precisar de un modo exacto qué hemos de entender por esa cultura universal y total de la que se separa u opond.

Si sostuviéramos la hipótesis de que una cultura es verdadera o falsa según el grado de diferencias que se observen entre los adolescentes y el resto de los grupos de mayor edad, con el fin de constatar una serie de desviaciones a unos niveles determinados de normas y valores, tendríamos que aceptar la teoría subcultural, pero cuando tal desviación no se encuentra claramente delimitada, la hipótesis cae por su base. En uno u otro caso, el supuesto subcultural deja mucho que desear, ya que sus resultados son manifiestamente predecibles, de acuerdo con la muestra de adolescentes y con los valores o las normas básicas que se investiguen. Además, y en todo caso, se desconoce previa-

mente lo que queremos indicar con diferencias, por tratarse de un concepto relativo que inexorablemente se encuentra predeterminado por el modelo que se escoja. Aún suponiendo que se pudiera superar esta dificultad con rigurosa seriedad, al intentar deslindar los valores o la conducta de uno y otro grupo, nos encontraríamos ante otra nueva dificultad.

A nuestro juicio, y desde esta perspectiva sociológica, la cuestión esencial no radica en tratar de explicar cómo se produce la desviación de una norma establecida, sino cómo y por qué constituyen los adolescentes ciertos tipos de asociaciones y de qué forma influye el grupo así constituido en las creencias y la conducta del participante.

Del mismo modo, la influencia de los factores ambientales, aún cuando puedan condicionar la conducta del adolescente, no nos llevarán más allá de una descripción de su conducta, que aunque muy dramática a veces, nos dice muy poco acerca de cómo aquél se ve a sí mismo, cómo le juzgan sus iguales en edad, cómo los adultos y cómo el mundo en que vive. Por esto, no es posible concebir la situación irregular desde una perspectiva sociológica, aún cuando pueda ser estimada como una manifestación patológica de la sociedad y de ahí que debamos referir el término irregular, necesariamente, al ámbito jurídico y como situación de tal naturaleza, a aquella que no sólo ofende los estados firmes y definidos de la conciencia colectiva o que está en contradicción con el orden moral del pueblo, sino que además quebranta una prohibición objetivamente establecida por el Derecho, pero no por cualquier

Derecho, sino precisamente por el Derecho correccional de Menores.

De otra parte, el término inadaptación utilizado por la psicología al pretender interpretar el comportamiento de los menores, conduce inevitablemente al planteamiento de un interrogante que debe resolverse. Es decir, que se debe dar una respuesta a por qué está el menor inadaptado, ya que esta inadaptación puede serlo frente a una familia insegura, a condiciones sociales o económicas intolerables, a una escuela deficiente o frustrante, a unas inexistentes distracciones o a una sociedad en crisis.

Padres, centros escolares, instituciones o las personas que los tienen a su cargo, presentan a estos menores como inestables, como incontrolados. La identificación psicológica con los padres o su rechazo, puede presentar idénticos resultados, tanto de carácter positivo como negativo, porque en uno u otro supuesto la actitud del menor estará motivada por las actitudes de aquellos.

Los actos ejecutados por los menores nunca son producto del acaso, ya que siempre se encuentran motivados para que su voluntad se manifieste, pero su psiquismo, aún siendo tan normal como el del adulto, es desemejante al de éste. El menor posee una peculiar concepción de cuanto le rodea. Vive en un mundo que únicamente a él le pertenece y que muy poco se parece al de los mayores. Es natural, entonces, que sus reacciones ante idénticos fenómenos sean del todo desiguales a las que ya alcanzaron su total desarrollo, y de ahí que sienta, piense y actúe de forma original, peculiar y propia.

La inadaptación aplicada a la conducta de los menores que violan las normas de una sana convivencia, lesionando, además, derechos e intereses ajenos, incluso, propios, lleva a referir tal inadaptación al ámbito social. Y este persistente fenómeno que hunde sus raíces en los múltiples factores que conforman la personalidad evolutiva de los menores, no se puede considerar exclusivamente en un simplista aspecto subjetivo -de estricto carácter psicológico- por muy importante que éste sea, con el fin de intentar solucionar el conflicto que se ha interiorizado en el propio sujeto y que puede ser una lógica reacción ante posibles frustraciones.

La hipótesis de la inadaptación social de los menores está muy lejos de ser una teoría de la personalidad. En todo caso, representará la introducción de una variable de la personalidad que pueda ofrecer un importante lazo de unión entre la estructura social -socialización más o menos tardía- y la conducta.

Es posible que la inadaptación social sea un factor que incida en la situación irregular, pero son términos que, por responder a un significado diferente, no se pueden homologar.

Desde una perspectiva esencialmente jurídico-cultiva, la situación irregular es la posición o el estado en que se encuentra un menor frente a la ley.

Mediante la generalización de los elementos que en el Derecho

positivo han de conformar la situación irregular, deberá, conceptualmente, concretarse lo que, en definitiva, ha de conllevar esa singular anti-juricidad que la matiza en función de la propia personalidad del menor.

Al afirmar, frente a la teoría del delito, la teoría de la situación irregular, pretendemos superar una concepción tradicional que tras su causa del Derecho penal, para establecer las bases de un sistema tuitivo-correccional de nueva planta, fundamentado no en el ordenamiento jurídico penal, sino en esa otra normativa propia de los menores y que rige todas las relaciones de su universo característico, que aún cuando coexiste con el mundo adulto, presenta unas evidentes notas diferenciadoras.

La esencia de la situación irregular radica en la oposición que un menor manifiesta a su Derecho. Por ello, nos encontramos ante una anti-juricidad específica, que nada tiene de común con la anti-juricidad penal, pero que, no obstante, requerirá la imposición de una medida correccional de carácter reeducativo, que deberá estar condicionada por la personalidad del agente menor de edad.

De cuanto antecede nos será posible deducir los elementos que, integrados, comportan la situación irregular. Es decir, que nos será posible establecer que la situación irregular es un ente jurídico que tiene existencia con plena autonomía frente a otras figuras jurídicas. Y ello porque los elementos que la singularizan son de carácter

material y moral, personalísimos (referidos a la personalidad evolutiva del menor), de antijuricidad y reeducativos, y todos ellos conjuntados constituyen una unidad como hemos señalado en el capítulo anterior.

Como frente a la postura que sustentamos, tradicionalmente se basó la corrección de los menores en el sofisticado principio de su protección integral, creyéndose en una especie de tutela educativa totalmente ayuna de contenido jurídico, fruto de un paternalismo romántico, absolutamente atentatorio a todo principio de justicia, resultó que para reparar el orden jurídico que el agente menor de edad vulneró con su comportamiento, se le infringió a éste el agravio de no otorgarle lo que en justicia le era debido. Es decir, que al desconocerse la situación irregular se constituye un todo indivisible, en donde la acción externa o elemento material, y acción interna o motivaciones (entiéndase elemento psicológico o moral) están siempre referidos a la personalidad evolutiva del agente, y que debe distinguirse siempre la acción externa, como tal, de la antijuricidad, para que pueda imponerse la correspondiente medida reeducativa, por aquél absurdo significado educativo-tutelar derivado de la referida protección integral, se produjo el contrasentido de que se prescindiera absolutamente de considerar la naturaleza jurídica del hecho, vulnerándose el principio de legalidad, para imponerse coactivamente, por una inadecuada vía tutelar, la educación del agente.

Por el contrario, desde una concepción clara de lo que es toda

situación irregular, deberán considerarse, sin excepción, todas aquellas circunstancias justificativas que excluyan la anti-juricidad, así como aquellas otras que pudieran determinar un mayor riesgo o peligro en tales situaciones, porque únicamente así será posible comprender las diferentes modalidades que puedan presentarse.

Ha de concebirse la sociedad como un ente coherente y vertebrado, en el que las actividades humanas se desenvuelven libremente y de forma coordinada y cuyo fin es el de procurar la perfección individual, combinando armónicamente los intereses de cada uno mediante una progresiva síntesis social. De ahí que constituya un claro fin jurídico la educación social de las nuevas generaciones, haciendo posible su integración participante en el quehacer social, favoreciendo la coexistencia generacional sin cortapisa alguna.

Para la realización de tan elevado fin, han de sumarse las energías del cuerpo social bajo una ley de armonía, que debe mantenerlos a todos en la común aspiración del bien, también común. Consecuentemente, según esta ley de armonía, ha de reconocerse que los seres humanos, durante las etapas cronológicas de su menor edad, no se encuentran en condiciones de entender ni de comprender, del mismo modo que los mayores, el mundo que les rodea. Y de aquí se deriva la necesidad de que debemos enjuiciar su conducta, no desde una perspectiva adulta, sino desde las propias coordenadas de su existencia que no es otra que la de su propia ley, pero sí, como hasta ahora vino aconteciendo y por nuestra propia ignorancia, persistimos en negarles la realidad sustan-

tiva y objetiva de su vigencia, seremos los mayores quienes vulneraremos aquella ley de armonía social, poniendo trabas a la necesaria solidaridad intergeneracional y no nos será posible alcanzar jamás el bien común, ni hacer realidad las exigencias de la justicia.(18)

Las teorías explicativas de las causas y factores de la delincuencia en una persona humana, pasaron, desde afirmar la existencia de naturalezas criminales congénitas (Lombroso), hasta colocar en primer plano el factor medio ambiente (Muesmann). Von List calificó el delito como resultado conjunto de la naturaleza personal del individuo y de las circunstancias ambientales.

Cyril Burt ha creado la teoría de las causas múltiples, hallando los denominadores comunes de debilidad en la estructura de las personalidades de los delincuentes examinados, y de deficiencia en las circunstancias del ambiente. Por tanto, las causas podrían clasificarse en endógenas y exógenas, pero aquellas suelen ser producto de éstas o pueden reducirse a ellas. No todas tienen la misma importancia, e incluso algunas se agrimen de modo convencional sin que la intensidad de su influjo esté científicamente comprobada.

Biológicas:

Taras, enfermedades congénitas o adquiridas. En la actualidad se

les concede menor importancia; los avances de la higiene, de la medicina y la psicología clínica han reducido a su justo medio el poder que se les atribuía.

Psicológicas:

Perturbaciones psíquicas hereditarias; perturbaciones adquiridas (psicosis, neurosis, complejos) y que ordinariamente provienen de fallos afectivos en la evolución de la emotividad infantil (frustraciones, carencias, excesos). En realidad, estos factores psicológicos han sido desencadenados por causas o circunstancias de orden social y, específicamente, familiar.

Otras:

El alcoholismo, que además de constituir un hecho delictivo en sí (moralmente hablando), suele ser una causa frecuente de infracciones.

Familiares:

Ausencia de uno o los dos padres, dominio excesivo de la madre o debilidad del padre, situación económica no aceptada, abandono o trabajo precario, deficiencias notorias en las relaciones matrimoniales, castigos corporales, ambiente familiar negativo, mal ejemplo de los padres y, en general, cuanto pueda ocasionar una carencia en la vida

afectiva del niño.

Escolares:

Ausencias injustificadas (causa muy frecuente del origen de delitos o del camino hacia la delincuencia), ambiente moral negativo, métodos educativos o instructivos demoleedores, especialmente los que alejan de la vida real y los que imponen una disciplina unilateral, creando personalidades aptas para la desilusión y caracteres dependientes o rebeldes.

Profesionales:

Inadaptación al trabajo, originada, a su vez, por deformación emotiva o disciplinaria en el hogar o en la escuela; desedificación de los compañeros adultos; inestabilidad del trabajo; etc.

Sociales:

Vecindario, amistades, medios de información social. Estos últimos, especialmente el cine, se han aceptado ciegamente como causas eficacísimas, pero las estadísticas demuestran que la influencia negativa de la pantalla es pequeña en los delitos examinados, aceptándose, por otro lado, un poder catárquico en el séptimo arte.

El lugar resulta asimismo un factor notable: La criminalidad es

mayor en las grandes ciudades que en las pequeñas, y en éstas más aún que en el campo, en el cual predominan los delitos contra la honestidad.

Existen las llamadas "zonas delictivas" (delinquency areas), donde se da una criminalidad particularmente grande, localizadas por lo general en barrios que circundan el centro de las ciudades, y cuyo ambiente tara a sus moradores.

Políticas y económicas:

Las guerras siempre han producido una secuela delictiva provocada por el hambre, los sufrimientos, la promiscuidad, el desarraigo y la angustia destructiva.

Las épocas de depresión económica, con la pobreza, el paro, etc., son propicias al aumento de la delincuencia, pero existe asimismo una criminalidad "del bienestar" (Suecia, Suiza, clase media norteamericana), causada por una buena situación socioeconómica en una atmósfera de hastío o de codicia.

La migración suele ser causa indirecta, pero frecuente, por la necesidad de adaptación que requiere y no siempre se consigue, especialmente cuando las nuevas generaciones se aclimatan y notan el abismo entre ellas y la precedente.

n Otro tanto ocurre por la falta de trabajo o de vivienda que va aparejada al cambio de país o de ambiente (del campo a la ciudad, primordialmente).

A estas causas ya tradicionales se añaden otras con carácter de novedad, por haber adquirido una fuerza criminógena desconocida hasta el presente, o por haber nacido con nuestro siglo: toxicomanía, inseguridad juvenil, pérdida de principios religioso-morales, falta de normas (estado de "anomia"), etc., y que dan un matiz propio a la delincuencia de hoy.⁽¹⁹⁾

En muchas sociedades la mayoría de los jóvenes se estiman al margen de las decisiones políticas que se adoptan sobre cuestiones jurídicas, económicas y sociales. Es más, muchos jóvenes se dan cuenta que funcionarios con los que parecía haber escaso contacto y ningún medio directo de exigencia de responsabilidad o de control adoptan decisiones sobre asuntos que afectan a sus vidas diarias. Los jóvenes forman un amplio segmento de la sociedad contemporánea y constituirán los futuros ciudadanos y dirigentes de la sociedad. Es imprescindible que tengan oportunidad de participar en la vida económica y social de la comunidad. Importa reconocer que en la juventud se hayan los recur-

19 GUPPINGER, HANS, Criminología, Reus, Madrid, 1975, págs. 147 y ss.

nos latentes para la revitalización de la sociedad.(20)

20 DE THIEVKNARD, YVES, "General report of the International Society of Social Defence".

Conclusiones al segundo capítulo.

Tratar de la etiología de la delincuencia juvenil, en sus dos aspectos, por lo que hace a los factores exógenos y por lo que hace a los endógenos es imprescindible un concienzudo estudio socio-político, ya que no es fácil llegar a una adecuada conclusión en base a razonamientos aislados. Por ejemplo, es preciso estudiar a fondo las condiciones específicas de culpabilidad o responsabilidad en cada caso concreto, como pueden serlo las múltiples influencias que se pueden recibir del ambiente que rodea al tenor, la inadecuada formación que la sociedad le ha proporcionado, además de los factores personales negativos que determinan su conducta.

Frecuentemente sale a relucir entre dichas causas, la falta de una adecuada orientación familiar.

Hoy en día, a los factores biológicos que llegan a determinar la delincuencia juvenil, se les da cada vez menos importancia, en razón de los constantes avances en la ciencia, por lo que hace a la higiene y a la profilaxis. Y, por el contrario, causas de fuerza criminógena desconocidas vienen a ser tratadas con el carácter de nuevas, en virtud del auge que van adquiriendo.

Otras causas son así mismo generadas por el acontecer histórico del momento, como es el caso de las derivadas de la crisis socioeconómica de una región o incluso nacionales.

III.- CLASIFICACION DE LAS SITUACIONES IRREGULARES.

Al pretender clasificar las situaciones irregulares desde su objeto jurídico, lo que en definitiva se realiza es hacer referencia a su naturaleza, ya que ésta ha de ser consecuencia de la especie de bienes jurídicos que se encuentran vulnerados por la conducta del menor. Conducta que requiere, por tanto, ser corregida, mediante una específica medida jurídico-tuitiva mediatamente dirigida también a la restauración del derecho.

Para definir situaciones irregulares concretas tendremos que proceder a deducir su concepto mediante la abstracción de una serie de hechos reales que, efectivamente, formen parte del mundo de los menores. Para llevar a feliz término este proceso han de emplearse dos elementos sintetizadores que, a nuestro juicio, son esenciales: de una parte, los bienes jurídicos vulnerados, y de otra, la condición personalísima del sujeto menor de edad.

La variedad de figuras que puedan comprenderse como situaciones irregulares, han de venir impuestas, necesariamente, por el estado jurídico-social en que se desenvuelve la vida humana durante los primeros estadios evolutivos del desarrollo de la personalidad.⁽²¹⁾

21 R. COUSINET, La Vida Social de los Niños. (Ensayo de Sociología Infantil), Buenos Aires, 1956.

De otra parte, cada situación irretular nos ha de venir dada en función de la ley de armonía social que comporta, en cada menor, la existencia de un orden jurídico-social que perciba, desde los primeros años infantiles y subsiguientes de la adolescencia, como algo consustancial a su propio mundo y del que derivan determinadas relaciones jurídicas que, desde su perspectiva personal, percibe nítidamente. Es decir, que desde una posición institucionalista o de los órdenes concretos, ha de constatarse la forma en que emerge ese Derecho que rige y se desenvuelve en el propio mundo de los menores. (22)

En base a las precedentes consideraciones se deberá comenzar por analizar esa amplia gama de relaciones jurídicas fundamentales y de carácter constitutivo que para los menores comportan, de forma innata y consustancial a su propia circunstancia personal, un sentimiento de seguridad. Nos referimos, claro está, al orden familiar.

Para que la evolución de la personalidad infantil pueda alcanzar la necesaria madurez en la edad adulta, ha de producirse en tres planos paralelos -el físico, el intelectual y el afectivo- profundamente entremezclados y en función del libre juego funcional de las necesidades orgánicas que pautan el desarrollo psico-somático en cada individuo. El menor, ser imperfecto e indefenso, precisa primordialmente seguridad y es el ambiente familiar el que naturalmente ha de proporcio-

nársela, de forma esencial, cuando por su estado heterónomo ha de sentir la presencia de los miembros de su familia y la protección que de tal convivencia se deriva.⁽²³⁾

Ese medio familiar que por naturaleza sitúa al menor en el mundo de su ley, fiel expresión de la seguridad que necesita, entraña, además, para que tal seguridad exista, que ésta esté integrada por tres elementos esenciales: amor, aceptación y estabilidad. Y este medio natural, así concebido, comporta una realidad jurídica que al derecho corresponde salvaguardar expresamente, pero además se formaliza mediante un orden del que surgen determinadas relaciones jurídicas que directamente nos indican la posición que el menor ostenta, en su condición de sujeto, dentro de aquel orden.⁽²⁴⁾

Es el orden familiar el que al formalizarse jurídicamente va a reflejar la sustantividad natural del medio ambiente en el que se produce la evolución de la personalidad del menor en él integrado. Orden que es necesario defender en interés del menor, cuando con su conducta atenta gravemente contra el bien que para él constituye su propia familia, quedando consecuentemente en un estado de indefensión.

23 Ferre, A., El Niño y el Ambiente Escolar, Buenos Aires, 1959.

24 Preston, C. H., La Sustancia de la Salud Mental, New York, 1943.

Los atentados que deberán configurar una situación irregular podrán ser: a) Contra la autoridad familiar y b) Contra la convivencia familiar.

Pese a su carácter complementario, pero necesario, el orden escolar comporta también para los menores -cuando alcanzan la edad exigida por la ley y durante el período establecido como obligatorio para recibir las enseñanzas básicas o primarias -una serie de relaciones jurídicas fundamentales, en función de la cualidad que como titulares de las mismas ostentan. Si el estudio constituye para los alumnos un deber social, este deber exige, por parte del alumno, además de observar las necesarias notas de disciplina y de respeto a sus educadores el aprovechamiento en sus estudios y su asiduidad al centro escolar.

El medio escolar, aún cuando sirve para iniciar y desarrollar la institución personal de los menores, desempeña una función esencial, cual es posibilitar que, cada uno de éstos, realice el aprendizaje de la vida social en el seno de un nuevo ambiente, muy diferente del familiar e indudablemente mejor que éste, para proporcionar una imagen real de la sociedad en la que habrá de ocupar un lugar. El medio escolar así concebido y tal como lo perciben los menores, es un medio social, una comunidad de seres semejantes entre sí, en la que despuntan caracteres diferentes a los de cada uno de los individuos que le integran. Comunidad que ejerce una indudable influencia sobre los menores que en ella conviven y en la que pasan una buena parte de su minoría de edad, participando de las condiciones del desarrollo de cada uno.

con la exigencia de que se adapten a tal convivencia.

El bien jurídico protegido, cuyo quebrantamiento por parte del menor ha de originar otra situación irregular, es evidente, y el motivo determinante de su antijuricidad reside en el riesgo que para la formación del menor entraña su conducta.

La situación irregular en el orden escolar puede manifestarse:

a) Contra la disciplina escolar y b) Contra el deber de aprender.

El medio social, del mismo modo que acontece en los ámbitos familiar y escolar, ejerce sobre todos y cada uno de sus miembros múltiples influencias. De entre éstas, para nosotros y por su estimativa más positiva, destacan las que se orientan fundamentalmente a fomentar el desarrollo de la personalidad, a promover y defender los valores humanos y culturales y a facilitar, en lo posible, la consecución de la felicidad.

La sociedad representa para los menores -niños y adolescentes- ese otro mundo en el que han de convivir entre sí y con los que son mayores que ellos. Esta convivencia que es necesaria para forjar y desarrollar su personalidad, les exige enfrentarse con la realidad, chocar y penetrar paulatinamente en ella, para convertirse en un miembro constitutivo, en un ser social.⁽²⁵⁾

25 GREEN, A., Contribución al estudio de los Mecanismos de Identificación, 1951.

Desde su más temprana edad los menores se ven forzados, como miembros que son de una comunidad social, a llevar colectivamente una vida y simultáneamente otra vida individual. La estructura social, en consecuencia, ha de facilitar a aquellos el clima adecuado para el desenvolvimiento progresivo de sus personalidades y que éste sea acompañado a su incorporación social, en calidad de miembros de la misma, sin que se produzca una pugna entre las exigencias de la vida comunitaria y las de su vida individual.

Las vivencias de los menores adolecen de una falta de sentido realista que es necesario reconocer, para enmarcarlas dentro de su originalidad y poderlas comprender mejor. Es necesario que reconozcamos que precisamente lo inconoscible en el posible devenir y en el ser diferentes es en lo que se fundamenta la libertad y dignidad humana en los niños y adolescentes. Esquemas y normas encaminados a regular desde la perspectiva adulta las relaciones de los menores en la sociedad para constatar el grado de su adaptación o desajuste, con el fin de corregir este último, resulta una mera abstracción si no se intenta comprender ese haz de problemas que el niño de la propia existencia humana origina, esencialmente, cuando esta realidad existencial humana aún inmadura, al entrar en conflicto con la realidad social, tal y como la percibe y entiende, va a colocar al menor en situación irregular.

La antijuricidad que deriva de la situación irregular contra el orden social reside en el riesgo que para el desarrollo de la faceta

social de la personalidad exista para el menor y que objetivamente se manifiesta por su conducta.

Especies de esta situación irregular son las que se manifiestan: a) Contra su propia realidad vital; b) Contra el significado de lo tuyo y de lo mío, y c) Contra el respeto que merecen los demás.

Por último, la situación irregular puede manifestarse en el orden laboral o profesional, cuando el menor por sus condiciones y actitudes está capacitado para ello y con su conducta puede dar motivo a un actuar antijurídico que puede derivar de unas relaciones jurídicas muy claras.

Especies de situación irregular en este ámbito pueden serlo aquellas que atentan: a) Contra los hábitos personales de laboriosidad, y b) Contra la disciplina y usos laborales.

Sujeto activo en toda situación irregular sólo puede serlo el menor, individualmente considerado y en función del proceso evolutivo de su personalidad. Para llegar a comprender el sentido integral de una conducta que da origen a una situación irregular, es necesario analizar previamente su contenido orgánico-esquemático, con el fin de conocer cómo tal conducta se integra como un todo, como resultante de una serie o yuxtaposición de actos de comportamiento que, sucediéndose en cadena, hilan una continuidad fenomenológica cuya consecuencia será una situación irregular, que se nos representa como el exponente obje-

tivo de una conducta. Lo realmente importante no es ese hecho final que determina la existencia de la situación irregular, sino la causa primaria que la motivará para intentar prevenirla en el futuro.

Toda situación irregular, como venimos señalando, es, constitutivamente, antijurídica. Antijuricidad que nos viene dada por la infracción de unas normas de Derecho que comportan para los menores un orden que les es propio. Orden jurídico que les es privativo y a través del cual se desenvuelve su existencia. Y ha de ser a través de este orden que les es consustancial, como deberá valorarse aquella situación, y al relacionar con ellas su estado, éste se nos presenta y deberá declararse conforme a su derecho, o ilícito.⁽²⁶⁾

Una situación será antijurídica desde el punto de vista del Derecho de Menores, cuando está tipificada de irregular y, para determinar así, han de entrar en juego únicamente las causas objetivas que la determinen.

La antijuricidad implica, por tanto, una contradicción al orden propio de los menores. No obstante, y aún produciéndose la situación irregular, puede quedar justificada cuando el sujeto reacciona, precisamente así, para salvaguardar, como último recurso, su derecho. Este supuesto se produce con bastante frecuencia y de la misma forma que

26 BINTZER, LUCIEN, El Juicio de la Adolescencia, París, 1956.

entre los mayores, con la diferencia que a éstos les servirá como causa exculpatoria o de justificación y a los menores, hasta ahora, no, precisamente por el exceso de paternalismo protector imperante. Resulta injusto, por tanto, al que sin atender a la verdadera causa que motiva una conducta concreta, objetivamente calificada de situación irregular, se le aplicara a su autor, sin más ni más, la medida correccional pertinente. Es decir, que inexcusablemente habrá de inquirirse la naturaleza del hecho para comprobar si éste se encuentra justificado. En este supuesto y en estrictos principios de Justicia tutelar, lo que procedería no sería la corrección de su conducta, sino su protección, y la medida no sería reeducativa o de carácter correccional, sino aquella otra que diera cumplida satisfacción a la posible indefensión del agente ante el incumplimiento, por parte del tercero obligado a ello, de dar satisfacción a sus necesidades subjetivas.

De otra parte, y ante la insuficiencia que entraña cualquier ordenación racional de la conducta antijurídica de un menor, imposible de lograrse de forma exhaustiva a través de su formulación jurídica, ya que siempre quedaría desbordada por el causativo que presenta la realidad de la vida, y siendo preciso, además, superar tales lagunas de carácter constitutivo que comportan cada situación irregular, no queda otra alternativa, y sin que por ello se elimine el necesario principio de legalidad, que la de facultar al Juez de Menores para que instrumentalmente pueda hacer uso de una razonada libertad de criterio, al enjuiciar, en cada caso, la conducta de un menor.

Esta acción de enjuiciar la conducta del menor debe realizarse en función, además, de su personalidad. Es decir, que reviste mayor importancia, si cabe, conocer al menor como persona, que encajillarse en una categoría jurídica determinada.

Calificada de irregular la situación en que el menor se encuentra, es necesario descubrir las causas que le llevaron a realizar la acción o la omisión que comportan la existencia de una situación de tal naturaleza. Y es necesario tener muy en cuenta que la categoría es una forma de alienación que impide ir hacia los demás. Por ello, es imprescindible no categorizar al menor para evitar, a través del proceso reeducativo que se le imponga, que de sujeto se transforme en objeto del sistema reeducativo.

Los elementos biológicos, psicológicos y sociológicos que comportan la situación irregular aparecen sin ninguna relación entre sí. De aquí la necesidad de acometer seriamente una investigación que a través de un esquema válido, permita delimitar a aquellos elementos e interrelacionarlos.

De innumerables maneras puede llegar a encontrarse un menor en situación irregular. La identificación de tales maneras podría orientarse hacia el establecimiento de una vía de investigación y en una concepción realista y práctica de tratamiento multidisciplinario.

Para comprender en su significado jurídico real toda situación

irregular, es necesario hacer referencia a la unidad o pluralidad de conductas que convergen de forma simultánea o sucesiva para configurarla de forma diferenciada y singularizada o, incluso, como un haz de situaciones distintas entre sí: Criterio objetivo. Y, por otra parte, también es preciso estimar la unidad o pluralidad de sujeto ante toda conducta antijurídica: Criterio subjetivo.

Siquiendo el criterio objetivo, y en función de la personalidad del menor, derivamos hacia las tendencias o hábitos que en él se manifiestan y que reflejan, en su mayor parte, una personalidad no integrada.

La integración, referida a la personalidad del menor, presenta dos aspectos: interno y externo; el primero de los cuales está referido a una serie de componentes somáticos que se encuentran íntimamente relacionados con los factores psicológico, intelectual, moral y afectivo, a nivel consciente e inconsciente; el segundo es el que conecta cada personalidad con ese entorno ambiental o social en el que cada individuo ha de desenvolver su existencia y en el que se produce una forma intercambiable de integración muy compleja entre lo interno y lo externo, que es fiel reflejo de la armonía o desarmonía intrapersonal que se corresponde con el ajuste o desajuste de la persona en la sociedad.

Cuando los menores con deficiencias psíquicas pretenden, sin conseguirlo, superar los condicionantes que fijaron en un determinado

estadio evolutivo su capacidad intelectual y con su conducta, fiel reflejo de su desarmonía intrapersonal, se colocan en situación irregular, no por ello su conducta deja de ser antijurídica. Y estos menores que desgraciadamente constituyen un importante colectivo y en cuanto que entrañan, para sí mismos y para los demás, un riesgo, requieren que se les imparta el tratamiento y la protección adecuados que en Justicia les corresponde.⁽²⁷⁾

Es evidente que no podrán ser medidos con idéntico rasero que aquellos otros menores que no presentan ninguna anomalía en su evolución personal y que, por tanto, la medida que se les aplique, aún cuando vaya encaminada a su educabilidad, habrá de ser esencialmente clínica. Su fin esencial será el de integrar la personalidad, en la medida que esto sea posible, procurando superar los condicionantes que determinaron ese comportamiento incoherente que trae su causa en las deficiencias internas o endógenas que configuran la personalidad del agente.

Con arreglo al criterio objetivo y en función de la personalidad del menor, derivamos hacia las tendencias o hábitos que deben ser objeto de especial tratamiento reeducativo. Por el contrario, siguiendo el criterio subjetivo nos encaminamos a constatar la existencia de ese espíritu gregario, propio de la edad adolescente, en el que el líder

27 CARRALLO, J. ROF, Cerebro Interno y Sociedad, Madrid, 1952.

razgo juega un papel esencial.

Entendemos que existe una conducta habitual cuando se produce de forma idéntica, dando origen y de forma espaciada a una misma situación irregular. En tal supuesto, la naturaleza de esta conducta implica un evidente riesgo para el propio menor, por cuanto que puede llegar a constituir un hábito difícil de desarraigar que deforma y condiciona negativamente el desarrollo armonioso e integral de su personalidad. Desde este prisma, la referida conducta atenta un orden concreto que al menor es consustancial y, por tanto, se encuentra comprendida en una misma situación irregular.

Una situación irregular que se produce en última instancia puede ser consecuencia de otras que sirvieron de medio al menor para llegar a ella. En este supuesto nos encontramos ante una pluralidad de situaciones irregulares que ponen de manifiesto, al ser valoradas en función de la personalidad del agente, una desarmonía interna que al proyectarse al exterior entraña una evidente peligrosidad, por cuanto que una misma conducta, en su manifestación, provoca, en sucesión continua y por su antijuridicidad plural, un concurso de situaciones irregulares.

Desde el punto de vista subjetivo, nos encontramos ante una conducta que puede estar originada, tanto por el actuar de un menor aislado como el actuar de varios. En el primer supuesto no existe problema, por cuanto que la reforma de la conducta del agente vendrá dada

por la individualización del tratamiento reeducativo, pero en el segundo es necesario conocer la composición del grupo de menores para que la reeducación de sus miembros responda fielmente a los presupuestos que le condicionaron, a fin de que puedan ser suerados por cada uno de sus componentes, en función del papel que, en el seno de dicho grupo, desempeñaron.

Este actuar en grupo, por parte de los menores, reviste una indudable peligrosidad, tanto por la gravedad de los hechos que usualmente realizan como por la agresividad que la fuerza de su número origina. El fortalecimiento interno del grupo, correlativamente, provoca un desprecio del orden en que se debiera regularizar normalmente su existencia.

La medida a aplicar en tales supuestos ha de ir encaminada a evitar que, entre los miembros de un mismo grupo, continúen las relaciones que entre sí mantenían. Con tal fin es imprescindible la separación de estos menores, adoptándose cuantas cautelas sean precisas para conseguirlo, previniendo, en cuanto que sea posible, su reorganización y ulteriores actividades antijurídicas.

En todo caso, es obligado el conocimiento previo de la personalidad de cada uno de los integrantes del grupo, para que la medida que se aplique responda a las características de cada menor, ya que la medida reeducativa, para que sea realmente eficaz, ha de venir impuesta en función de los intereses y de la vida íntima de cada agente menor

de edad.

Sin excepción, deberá mantenerse a ultranza el principio de legalidad, porque él constituye la más firme garantía de las necesidades subjetivas que ostenta el menor, ya que sin la segura afirmación de esta garantía en su misma esencia, quedaría frustrada la pretensión de protegerle.

A) LA JUVENTUD, EL USO INDEBIDO DE DROGAS Y LA DELINCUENCIA.

Hay que destacar la gravedad de la participación de los jóvenes en delitos relacionados con la droga que se observa en muchos países. El problema presenta dos aspectos relacionados: a) los proveedores y b) los jóvenes consumidores. El suministro de estupefacientes es un delito económico que involucra redes organizadas. La prevención y fiscalización de esa actividad exige esfuerzos considerables de parte de los organismos de represión. Las condenas severas para los jóvenes delincuentes de la droga no han producido resultados satisfactorios; se presentan diversas alternativas que van desde la continuación, la complementariedad y hasta la oposición de servicios tradicionales, fundamentando dentro de la última perspectiva la caída de los valores propuestos a los jóvenes en los que se funda la sociedad tradicional.

Diversos autores han situado la idea de una cultura nueva en donde una parte de la juventud sería su principal promotor. Sólo la juventud es capaz de otorgar vida a los valores y a un modo de vida

liberado del utilitarismo.⁽²⁸⁾

El consumo de drogas por parte de los jóvenes puede ser un síntoma del problema más amplio de la juventud en la moderna sociedad urbana. Sólo se puede enfrentar el problema con eficacia mediante cambios estructurales en la situación económica y social de los jóvenes en la sociedad contemporánea. Es de destacarse la necesidad de una mejor educación acerca de los efectos y peligros de las drogas. Debe reconocerse que el consumo de drogas con fines recreativos varía de una cultura a otra: el alcohol y el tabaco son aceptados en algunas, mientras el cannabis lo es en otras. Ninguna droga es inocua si se consume en grandes cantidades.

Primera noción de base a precisar es la de delincuencia. Es necesario precisar el fenómeno. La ley cambia, las costumbres cambian, se trata de puntos enunciados reiteradamente y de los que ninguna persona cuestiona su exactitud. Pero, es también un hecho que existen actos: el homicidio, el robo, la violación, que considerados como infracciones a todo lo largo de la historia del Derecho Penal, son hasta nuestros días definidos como delictivos y son vividos como tales por sus autores. Esas infracciones forman el cuerpo delincencial fundamental. Por consiguiente, el delito no es siempre un fenómeno reitera-

28 Revista Criminalia, 50 años, de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, año L, números 7-12, julio-diciembre de 1994.

do, contingente y variable.

Según la noción de base, el rol de la sociedad determina la etiología y la dinámica del delito. En otros términos, la delincuencia es ella únicamente un fenómeno de la sociedad, como lo sostiene la sociología. (29)

29 LEJEUNS, Dr. PETER P., El Problema de la Delincuencia Juvenil en los E.U., en Revista Criminalia, Onus. Cit.

Conclusiones al capítulo tercero.

A fin de determinar cuando una situación es irregular, esto es, cuando un menor ha incurrido en alguna infracción, es necesario precisar, por un lado, qué valores han sido vulnerados y, por otro, la condición personalísima del menor.

Por otra parte, cada situación irregular nos es dada en relación con la necesaria armonía que el menor debe observar en el círculo social en el que conviva: el familiar, el escolar, o en su caso, el laboral.

Es preciso concientizarnos de que cualquiera de las estructuras citadas debe de proporcionar al menor un ambiente adecuado de seguridad y desarrollo de sus cualidades personales, a fin de que le pueda ser exigido el respeto de las normas disciplinarias impuestas.

El calificativo de "irregular" habrá de otorgarse a la conducta que siga un menor, independientemente de sus aptitudes o deficiencias psicológicas.

Cuando la situación irregular se origina dentro de un grupo de menores, es preciso determinar la composición del mismo, a efecto de poder proveer a su adecuada reeducación como tal e individualmente.

También es indispensable tomar en cuenta la peligrosidad que ac-

tuar en grupo trae consigo, tanto por el número de hechos que se originan, como por su gravedad, además de que el fortalecimiento del conjunto delincuente va en proporción al desprecio del orden público.

El problema fundamental de la lucha contra las drogas radica esencialmente en el enfrentamiento que deben hacer las autoridades represoras en contra de organizaciones difícilmente detectables pero sí muy poderosas.

Y resulta un buen cuestionamiento el de si el incremento actual de la drogadicción de menores es o no un reflejo de la pobreza de valores en que vive la moderna sociedad urbana.

IV.- LA PROBLEMATICA DE LA EDAD.

Desde el punto de vista penal 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 analizados mirando a la imputabilidad de los sujetos.

Entre los púberes e impúberes distinguís ya el derecho romano; para los últimos solamente medidas policiales (castigatio, verberatio); la incapacidad penal tuvo por límite los siete años en el derecho justineano; la pena de muerte fue excluida para los menores de catorce años. En el derecho germánico se fijó en los doce años la plenitud de capacidad que hacía penalmente responsable, considerándose como involuntaria la acción ejecutada por un sujeto carente de discernimiento. En el derecho canónico el menor de siete años era ininputable; doli capaces non sunt; la pubertad comenzaba a los catorce años en los varones, a los doce en las mujeres, y entre estas edades y los siete años, si se había sido capaz de dolo, la pena procedía, aunque atenuada.

Para la Escuela Clásica deben señalarse cuatro períodos: infancia (irresponsabilidad condicional) mayor edad (responsabilidad penal) y vejez (responsabilidad modificable en sus resultados). Para la Escuela Positivista el número de años no responde a la realidad humana y debe subordinarse al criterio básico de la personalidad del delincuente menor; la edad es un simple dato de hecho que debe ser conjugado

con el de la gravedad del delito y con la diversa personalidad del delincuente, no como criterio de responsabilidad sino como valuación de la mayor o menor peligrosidad y reeducabilidad; no debe establecerse, por tanto, una presunción absoluta de irresponsabilidad, sino tan sólo que pueda ser destruida por la prueba de responsabilidad del sujeto (Ferri).

Por cuanto a la vejez, generalmente se admite que no excluye la imputabilidad porque, si es verdad que las facultades mentales se desvigorizan y menguan, con la senectud, en cambio, las pasiones más arrebatadoras se atentan o la experiencia las atempera, sólo que si el anciano se transforma en un demente, su caso es el de un enfermo mental. A lo sumo se admite que la vejez puede ser causa de atenuación (Prins), criterio del que también participa la Escuela Positivista: la vejez debe tomarse en cuenta; un hombre viejo puede ser menos temible y por tanto podrían resultar oportunas en relación con él medidas diferentes a las empleadas con adultos tanto más cuanto que puede presentar debilidad de sus facultades intelectuales y volitivas sin ser verdaderamente un enfermo mental (Florian).

La carencia de madurez ha sido ampliamente explotada para explicar la delincuencia juvenil tras una serie de críticas, no siempre justificadas, al concepto de discernimiento.

Más que la madurez no se mueve, como al parecer se pretende, en una dirección única, la madurez no está muy bien elegida como factor

causal. En realidad, no existe edad en que pueda decirse que la misma ha tenido lugar en sus manifestaciones más importantes. ¿Cuál es la edad en que la misma se alcanza?

Uno de los culpables de la relativa uniformidad que reina sobre el límite de edad que debe estimarse como índice de madurez es el Seminario Europeo de las Naciones Unidas sobre el Bienestar Social, celebrado en París en 1949, donde la falta de madurez como factor justificativo de la tesis de la delincuencia recibió la consagración de los expertos congregados, en su mayoría trabajadores o asistentes sociales.

Después de negar, un tanto frívolamente, la existencia de niños normales y afirmar que la adaptación era el mejor medio para prevenir la delincuencia, se decidió que "en los países europeos, o al menos en países de civilización occidental, es deseable que, a efectos penales, la edad de responsabilidad no sea fijada por bajo de los dieciocho años de edad". Se agregó que el término delincuencia juvenil desafiaba toda definición y que, debido a la desadaptación, no existe diferencia entre el menor delincuente y el desadaptado y que el mismo tipo de tratamiento es aplicable a todos los menores. Difícilmente puede encontrarse tanta superficialidad reunida. Sin embargo, este cúmulo de simplificaciones fue estimado, y lo es aún, como progresivo, y ha sido ampliamente aceptado por numerosos países, en buena parte ansiosos de no ser excluidos de la llamada civilización occidental. Mu tarde la edad de veintidós años fué estimada por algunos más progresiva e in-

troducida en la legislación. Como este tipo de progreso es difícil de detener, la de veinticinco años fué propuesta, entre otros, por la Société des Prisons et de Législation Comparée de Francia. Un escritor belga sugirió la de treinta años como síntoma de madurez plena, y por tanto, de responsabilidad penal.

La de dieciocho años ha sido aceptada por muchos países, entre ellos México, Suecia, Finlandia, Francia, Colombia, Austria, Jordania, Suiza, Turquía y Tailandia.

Sin duda, reglas generales son convenientes en no pocos casos, pero si algo cabe esperar de una criminología realmente progresiva no es un criterio de madurez, anclado en una determinada edad, conforme a criterios biopsicológicos que, en realidad, tienen escaso fundamento. La verdadera criminología recomienda pura y sencillamente la individualización en cada caso concreto, a partir de una edad mínima representativa de la infancia. La individualización muestra que no pocos adultos, con su esqueleto plenamente desarrollado, poseen menos madurez que los jóvenes y, sin embargo, como consecuencia del límite de edad establecido, son considerados "prima facie" imputables. Sin duda, tienen a su favor el principio de que, salvo prueba en contrario toda persona es presumida inocente; pero dejando aparte el distinto entre imputabilidad y culpabilidad, que no en todos los países aparece claramente entendido, el hecho es que el límite de edad establecido afirma que, a menos que se pruebe lo contrario, la persona es imputable, lo que parece seguir un criterio opuesto al seguido con la culpabili

dad. En cuanto a la aserción, igualmente hecha en el seminario antecitado, de que los menores, para ser responsables "deben primero adquirir el modo de pensar y conducirse de los adultos", la misma carece de sentido, primero, porque no es fácil determinar cuáles son esos modos de actuar y pensar que, al parecer, se estiman más o menos uniformes, lo que es más que dudoso, y segundo, porque entonces, y más ahora, el distanciamiento entre los modos de pensar y de conducirse de hombres menores y adultos -y entre éstos- es evidente.

Hay un concepto exclusivamente penal de la menor edad, que difiere en amplitud de otras nociones asimismo jurídicas de idéntica expresión. Además de una menor edad con valor para el Derecho privado, dentro ya del ámbito de nuestra ciencia, poseemos esta forma propia de minoridad: la minoría penal, de más angostos límites que aquella.

La estricta minoría penal está constituida por el período de edad correspondiente a la primera etapa de la vida del hombre y en el que, por falta de los elementos sustanciales sobre los que se sustenta la imputabilidad, no es considerado sujeto capaz de Derecho penal. La menor edad, pues, constituye una causa de imputabilidad, por falta de desarrollo mental, o de exclusión del dolo, una causa física o fisiológica que priva de la facultad intelectual, una causa natural que excluye la personalidad de Derecho Penal, una circunstancia "excusante", una incapacidad de pena.

La imputabilidad requiere una madurez espiritual basada en los

elementos inteligencia y voluntad, que no se alcanza, dentro de ciertos límites, hasta una época más o menos determinada de la vida. Este momento de plenitud intelectual no se presenta en todos los individuos a la misma edad; pero la pragmática legal exige ineludiblemente una fijación de valor general. Hasta ese instante el menor se encuentra, por así decirlo, fuera del Derecho penal. Las leyes criminales pierden su imperio, aunque se produzca el elemento objetivo que determina comúnmente su aplicación. Falta el elemento esencial de la culpabilidad, y, por tanto, la acción, por mayor gravedad que represente, no acarrea consecuencia penal alguna. El menor no es capaz de dolo, como se decía en el antiguo derecho, el menor no delinque, carece, en una palabra, de capacidad penal. Su actividad cae fuera de los hordos de los códigos.

Además de esta minoría penal estricta, de esta menor edad plena, caracterizada por la ausencia de imputabilidad, es preciso distinguir, todavía, una menor edad relativa, una minoría penal no absoluta, constituida por un período -la edad juvenil- en el que si bien se reconoce la existencia de la responsabilidad criminal, es forzoso considerar que el menor no ha alcanzado todavía la total madurez espiritual, base inexcusable de la mayoría penal. Y así como la menor edad -causa de inimputabilidad- engendra la excención de responsabilidad, la edad juvenil origina meramente una atenuación de la misma.

Salvado ya este segundo período, se entra de lleno en la mayoría penal, en la que la edad no ejerce ya influencia alguna sobre la res-

ponsabilidad del agente. Nos encontramos entonces dentro del derecho penal de los adultos en contraposición a un importante llamado derecho penal de los menores; expresión que, en realidad, sólo puede admitirse para aquellos que, hallándose sometidos a la norma criminal, se hacen acreedores de una sanción mitigada a consecuencia de su no pleno desarrollo intelectual -delinquentes jóvenes-; pero no para los que, declarados inimputables, están exentos de responsabilidad y son sometidos, no a sanciones punitivas, sino a simples medidas de carácter correctivo. Estos, como hemos indicado, escapan al Derecho estrictamente penal.³⁰⁾

Extensión de la minoría penal.

La edad límite de la absoluta minoría penal señalada por los códigos vacila generalmente entre nueve y dieciseis años; si bien, en estos últimos tiempos, gran número de ellos han aceptado más concretamente el tope de los catorce, quince o dieciseis, a partir de los cuales se inicia, en unas legislaciones el periodo sujeto a la investigación del discernimiento, en otras el de responsabilidad atenuada. En general se observa hoy en día una tendencia a ampliar el límite inicial de la madurez penal. Así, en Suiza, la Comisión parlamentaria de Derecho penal ha decidido ascenderlo de catorce a dieciseis años. Sin embargo, en la propia doctrina, no dejan de manifestarse opiniones fa-

30 UNESCO, Derechos y Deberes de los Jóvenes, París, 1972.

vorables a mantenerlo bajo. Luther, en Alemania, es partidario de rebajarlo de catorce a doce años. Sandulli, en Italia, desapruueba la elevación hasta los catorce años de la inimputabilidad de los menores. Saltelli y Romano Di Falco creen excesivos los dieciséis años, señalados por algunas legislaciones, ya que en general los catorce coinciden con el fenómeno de la pubertad, decisivo en la formación física y psíquica del individuo.

En cuanto a los periodos de edad, en relación con la responsabilidad, los códigos han seguido diversos sistemas. Un buen número de ellos sigue el principio clásico de los tres periodos sucesivos de: irresponsabilidad absoluta, responsabilidad dudosa o condicionada, (investigación del discernimiento), y, por último, responsabilidad atenuada, (códigos alemán, portugués, italiano, etc.). Otros, por el contrario, reducen a dos estos periodos, estableciendo solamente el de responsabilidad absoluta, sometiendo a todos los menores hasta cierta edad a la práctica del discernimiento, aún en el caso de contar con escasísimos años, (código francés, antes de ser modificado por la ley de 1912; antiguos códigos belga y mexicano). Por último, nos encontramos con las leyes en que ha desaparecido el periodo de responsabilidad condicionada, eliminándose la cuestión del discernimiento, y en las que se pasa de la irresponsabilidad absoluta a la responsabilidad atenuada (Austria, Finlandia, Suecia, Noruega, España).

El Código Penal de 1871 declaró al menor de nueve años exento de responsabilidad penal e igualente al mayor de esa edad, pero no menor

de catorce, si no probare el acusador que el acusado obró con el discernimiento necesario para conocer la ilicitud de la infracción (artículo 34, fracciones V y VI). La mayoría de la edad penal comenzaba a los catorce años, como se ve. Por lo que hace a la vejez, se la consideró como atenuante de cuarta clase: ser el acusado decrepito y no tener por ello el discernimiento necesario para conocer la ilicitud de la infracción (artículo 42, fracción II). Se declaró procedente la reclusión preventiva en establecimiento de educación correccional para los acusados de menos de nueve años, cuando se creyera necesaria esa medida, ya fuera por no ser idóneos para darles educación las personas que lo tuvieran a su cargo, o ya por la gravedad de la infracción misma en que incurrieran; y otro tanto, para los mayores de nueve y menores de catorce que sin discernimiento infringieran alguna ley penal (artículo 519). En suma, el menor quedó de hecho considerado como responsable penalmente; sólo que su pena podía ser atenuada y siempre era especial.⁽³¹⁾

El Código Penal de 1929 consideró los dieciséis años como la mayoría de edad penal; a los menores responsables les fijó sanciones especiales: arrestos escolares, libertad vigilada, reclusión en colonia agrícola para menores y reclusión en navío-escuela (artículo 71), además de la amonestación, pérdida de los instrumentos del delito, publi-

31 CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL, Derecho Penal Mexicano, Porrúa, México, 1977, págs. 769 y s.

cación especial de sentencia, caución, vigilancia de la policía, suspensión o inhabilitación de derechos de empleo o profesión, prohibición de ir a determinado lugar, extrañamiento o apercibimiento (artículos 69 y 73). Las sanciones tendrían la duración que correspondiera a los delinquentes mayores (artículo 81); sólo tocaba al Consejo de Defensa y Prevención Social señalar el establecimiento en que debían sufrirlas.

El Código Procesal de 1929, organizó el Tribunal de Menores detalladamente (artículos 55 a 63 y 505 a 523). En resumen, los menores delinquentes quedaron considerados dentro de la ley penal y sujetos a formal prisión, intervención del Ministerio Público, etcétera, si bien se les señalaban penas y establecimientos especiales.

El Código Penal vigente, dando solución integral al problema jurídico de los menores infractores, los eliminó del ámbito de validez personal de la ley; los menores de dieciocho años que cometan infracción a las leyes penales serán internados por todo el tiempo que sea necesario para su corrección educativa (artículo 11º del Código y 109 del proyecto de 1946; a falta de acta del Registro Civil, la edad se fijará por dictámen pericial, pero en casos dudosos, por urgencia o por condiciones especiales de desarrollo precoz o retardado, los jueces podrán resolver según su criterio (artículo 122 del Código y 112 del proyecto de 1949). Como se advierte, en nuestro derecho quedó elevado el límite de la minoría de edad penal a la edad de dieciocho años; y esto porque, careciéndose en gran número de casos de certifi-

cado de acta de nacimiento, dada la ignorancia de los familiares de los infractores, la edad de dieciocho años permite fijar parcialmente con mayor certeza si se ha alcanzado esa edad, en vista del desarrollo dentario y sonáctico.

Consecuentemente con la doctrina en nuestro derecho se fijaron las medidas en que pueden ser aplicadas a los menores infractores: 1) Reclusión a domicilio; 2) Reclusión escolar; 3) Reclusión en un hogar honrado; 4) Reclusión en un establecimiento médico; 5) Reclusión en establecimiento especial de educación técnica; y 6) Reclusión en establecimiento de educación correccional (artículo 120 del Código y 110 del proyecto de 1949). La reclusión también puede serlo fuera del establecimiento de educación correccional; pero en este caso los jueces podrán, cuando lo estimen necesario, exigir fianza de los padres o encargados de la vigilancia del menor (artículos 121 del Código). Por lo anterior se ve que todas las medidas señaladas son educativas y correccionales, nunca expiatorias, por lo que es enteramente acertado el criterio sustentado por la Suprema Corte.

Menor delincuente es la persona que no ha alcanzado la edad exigida por la legislación penal para ser criminalmente responsable y realiza un hecho que la ley considera delictivo. El concepto de menor delincuente es, pues, en función del límite de edad señalado por la ley penal, entendiéndose esta que al sujeto que no ha llegado a ese límite le falta la madurez afectiva, intelectual y volitiva necesaria para comprender la situación antijurídica de su conducta y actuar con-

forme a ese conocimiento. La menor edad penal es, por eso, una causa de exención de responsabilidad criminal, basada en la inimputabilidad del sujeto. El menor que realiza un hecho que la ley penal considera delito, no es culpable, porque el juicio de reprochabilidad que la culpabilidad supone exige que el sujeto sea imputable, y al menor le falta la capacidad de entender y querer, en cuya capacidad se basa la imputabilidad. Por esto no puede ser castigado con una pena, ya que esta tiene por fundamento la culpabilidad, y debe estar en proporción a ella. Le son aplicables, sin embargo, medidas tutelares y de reforma. (32)

El límite a partir del cual se alcanza la mayor edad penal lo fija la ley atendiendo a la presunción de que el sujeto, al llegar a él, ha alcanzado la madurez afectiva, intelectual y volitiva necesaria para ser considerado imputable. Es obvio que esa madurez la alcanzan a la misma edad todos los individuos, pero la práctica legal exige la fijación de un límite de carácter general (criterio cronológico), el cual varía de unas legislaciones a otras. En la actualidad se advierte la tendencia a elevarlo, en relación con épocas anteriores. El límite de minoría penal absoluta (irresponsabilidad penal plena) más frecuente en las modernas legislaciones es el de dieciséis años, admitiéndose en la mayoría de ellas una ampliación, a efectos de enjuiciamiento y tratamiento, que en algunas llega hasta los veintidós años (Suecia,

32 PEREZ VITORIA, OCTAVIO, La Minoría Penal, Bosch, Barcelona, 1940, pág. 9.

Chile), pero que generalmente se establece en los dieciocho (Suiza, Francia).

Sin perjuicio de la fijación cronológica de la minoría penal, la legislación comparada muestra la existencia de otros periodos de edad, intermedios entre la absoluta irresponsabilidad (existente de menor edad) y la responsabilidad criminal plena. También en este aspecto se dan diversidad de orientaciones en el panorama legislativo. Algunos códigos penales siguen la distinción clásica de tres periodos (irresponsabilidad absoluta, responsabilidad condicionada por el discernimiento y responsabilidad atenuada. En muy pocos se mantiene ya el criterio del discernimiento aplicado a todos los menores, a partir de cierta edad.

La legislación española mantuvo la tradicional distinción de los tres periodos hasta el Código Penal de 1928, que rompió con el criterio del discernimiento y fijó como límite de la absoluta minoría penal los dieciséis años. El Código Penal vigente mantiene este límite (artículo 8, 2º), señalando que cuando el menor de esta edad ejecute un hecho castigado por la ley, será entregado a la jurisdicción especial de los Tribunales Titulares de Menores. Establece también la responsabilidad atenuada para los mayores de dieciséis que no hayan cumplido los dieciocho años (artículo 9, 3º). La mayor innovación introducida por la legalidad vigente es la prescripción del artículo 65, que autoriza discrecionalmente al Tribunal, en el caso de enjuiciamiento de un menor de dieciocho años y mayor de dieciséis, y en atención a las

circunstancias del sujeto y del hecho, a sustituir la pena impuesta por el internamiento en una institución especial de reforma, por tiempo indeterminado, hasta conseguir la corrección del culpable.

De lo apuntado resulta que en la actualidad el menor de edad delincuente está fuera del Derecho penal represivo y sometido "en cambio" a un Derecho protector, de carácter tutelar y reformador, aplicable por una jurisdicción especial, el cual se extiende en muchos países no solo a los comprendidos en la absoluta minoría de edad, sino también a los que, habiendo llegado al límite señalado para la plena irresponsabilidad criminal, no ha rebasado el fijado para la responsabilidad atenuada. La exención de responsabilidad del menor delincuente afecta sólo a la criminal. La responsabilidad civil derivada de delito la reconocen la mayoría de los códigos para el menor, al menos como subsidiaria. (33)

La época actual se significa por la precocidad de los delincuentes y el aumento de la criminalidad, según los hace notar Nicóforo. Mal de la época moderna, fuente inagotable de la reincidencia, sólo puede ser atacado examinando las causas de la delincuencia infantil y juvenil.

Mediante una completa clasificación de tales causas, Ceniceros y

33 I. BAVIERA, Derecho del Menor, Milán, 1957, (Citado en la Gran Enciclopedia Rialp, Madrid).

Cerrido las agrupo del siguiente modo: factor familiar (medio social, hogares regulares e irregulares, divorcio, concubinato, origen ilegal, hijos numerosos, condiciones de habitación) factor económico, profesión de los padres, alcoholismo y medio familiar, estado físico y mental de la familia; factor extrafamiliar (urbanismo, malas compañías, literatura malsana, lujo y juego); factor económico (pobreza e ignorancia, inaptitud social, trabajo prematuro) y factor personal (herencia morbosa, ascendencia neuropática y toxinfeciosa, alcoholismo, sífilis, transmisión de tendencias criminales, anomalías de carácter, etc.).

Con acierto escribió elocuentemente el comentarista del Código cubano Evelio Tabío, en su libro "El Menor Delincuente": la complejidad de la vida actual ha contribuido en no pequeña escala a la agravación del problema de los menores... El sentido de la responsabilidad individual se ha ido enervando, materializándose los seres humanos en aras de un egoísmo que todo lo corroe y destruye. Por eso no es extraño que en el orden familiar, el niño, indefenso, a la deriva muchas veces, sea la víctima propiciatoria de la concupiscencia, de los apetitos insaciables de sus progenitores, del egoísmo sin límites, en que se desenvuelve la humanidad. Y en esta vorágine los gobiernos en muchas partes... se olvidan de sus deberes y descuidan criminalmente la atención que merece la niñez abandonada o no, enferma, ancilenta, confundida, en la órbita fatal de sus mayores" (Montero, La Habana, 1945, págs. 7 y 8).

En vista de tan complejas causas, que es preciso atacar juntas en las personas de los infractores menores, modernamente ya no se discute la compleja eliminación de éstos de la ley penal, dedicándoseles tan solo medidas correctivas y educadoras, en una palabra, medidas tutelares. El Derecho Penal ha desaparecido con respecto a los niños y a los jóvenes delincuentes, y ha pasado a convertirse en obra benéfica y humanitaria, en un capítulo, si se quiere, de la Pedagogía, de la Psiquiatría y del arte de buen gobierno, juntamente (Dorado Montero). Pedagogía correctiva es lo que se emplea con los menores infractores, no penas.

Por ello es unánimemente sostenido que el menor no debe sufrir prisión preventiva ni hallarse recluido en los mismos establecimientos que los adultos, ni ser sometido a los procedimientos usuales para con éstos, ni ser juzgado por jueces comunes. Se discute si los tribunales de menores deben ser unipersonales (V. Gr. Inglaterra, Estados Unidos, Bélgica, Italia) o colegiados (Francia, Rusia, Alemania); si sus sesiones han de ser públicas o no y hasta cómo deben denominarse tales tribunales; pero la coincidencia es total tratándose de las medidas que deben imponer: medidas acaramente correctivas y educadoras.

La preocupación mundial por la prevención del delito en relación con los hombres de conducta antisocial ha quedado revelada al organizar las Naciones Unidas los Seminarios Regionales para el tratamiento del delincuente y la prevención del delito.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

Al plantearnos la necesidad de configurar con autonomía científica el estudio de un nuevo derecho, cual es el Derecho del Menor, en primer término nos hemos de enfrentar con el significado que tiene la idea de menor, ya que de ella se deriva la nota que califica a una rama específica del frondoso tronco del derecho.

La palabra menor proviene de la latina minor, adjetivo comparativo que, referido al ser humano, matiza, para diferenciarlos, una circunstancia que inexorablemente concurra en la persona individual durante las primeras etapas evolutivas de su desarrollo, diferenciado, de una parte, a la colectividad que aún no alcanzó el pleno desenvolvimiento de su personalidad, de aquella otra que ya logró su plenitud existencial. Etapas de la vida que están caracterizadas por una situación de heteronomía, frente a esa otra situación de autonomía que es consustancial a quienes, ya normalmente desarrollados, alcanzaron la necesaria madurez de su personalidad para regir su propio destino. Se es así menor en comparación con la persona que ya es mayor y, de este modo, nos hallamos ante un adjetivo comparativo que al ser recogido por el Derecho, determina una situación concreta de la vida humana a la que se denomina minoría de edad.

La minoría de edad comprende, por tanto, un período de la vida del hombre y este período no es, como pudiera deducirse del hecho cronológico que jurídicamente le ha servido de fundamento, exacto y absoluto, sino que varía según la clase de relaciones que puedan entrar en juego y está en función directa del ordenamiento positivo que las re-

gula.

Si bien el hombre, por el solo hecho de su existencia, es persona, y como tal, sujeto de derechos y obligaciones, hubo una época en la historia en la que también los hombres fueron cosas, objetos del tráfico jurídico, por desconocerse u olvidarse de su dignidad natural. El hombre, desde su nacimiento, tiene potencialmente capacidad jurídica, pero en los primeros estadios de su existencia, cuando ya desprendido del seno materno goza de vida propia -en la infancia, subsiguientes adolescencia y primera juventud-, carece de capacidad para obrar con plena trascendencia jurídica y es inimputable por los actos que pudiera ejecutar por no poseer aún conciencia, libertad, inteligencia y voluntad consciente. Y estos condicionantes, que en todo ser constituido normalmente se irán desarrollando con el mero transcurso del tiempo, acabarán por desarrollarse de forma progresiva y continuada hasta culminar en su plenitud. Plenitud que es consecuencia directa de aquél desarrollo de la personalidad y, de ahí, el principio de que la capacidad jurídica de obrar y la plena responsabilidad o imputabilidad del sujeto por los actos que ejecute, están directamente relacionada con el desarrollo físico, moral, emocional, intelectual y social de su personalidad.

Frente a esta noción genérica de la minoría de edad, existen otros criterios de mayor restricción sobre el significado de esta minoría, surgiendo como consecuencia de ello el problema de su apreciación por los sistemas jurídicos contemporáneos. En este punto, las so-

luciones adoptadas son dos: la primera, la que determina con carácter general y de forma objetiva la edad a partir de la cual, una vez cumplida, se alcanza la mayoría, y, por tanto, se adquiere la plena capacidad jurídica de obrar y el sujeto es plenamente responsable de todos sus actos, sin perjuicio de irse fijando periodos precedentes, para conceder a cada persona una cierta capacidad o exigirle una responsabilidad atenuada por sus actos. La segunda es la que aprecia con un matiz subjetivo el desarrollo de cada persona, para hacer depender de éste el grado de capacidad o incapacidad y, consiguientemente, el de su inimputabilidad.

En líneas generales, el derecho español sigue la primera solución, que ofrece la ventaja de evitar la indagación del grado de desarrollo de la personalidad en cada caso concreto, indagación que, por otra parte, complicaría la seguridad jurídica, podría atentar contra la dignidad natural de la persona y repugnaría al sentimiento moral.

La concepción clásica de la minoría de edad está siendo superada por los postulados de la nueva Ciencia jurídica de menores, en cuanto que propugna la instauración de una concepción radicalmente diferente, al concebir a la persona humana en las primeras fases del desarrollo, como un ser racional y potencialmente libre. Esta concepción se fundamenta en el sentido de la razón práctica, en el de la forja de la autodeterminación hacia lo justo y no en la imitación del arbitrio individual.

Consecuentemente, la concepción clásica de la capacidad jurídica y de obrar, en cuanto que establecía entre ambas una distinción tajante y que subdistinguía, asimismo la capacidad de obrar en capacidad contractual y delictual y capacidad para el ejercicio del derecho, se sustituye por una concepción unitaria del problema, ya que si el poder tener derechos es consecuencia del valor que la personalidad humana ostenta, incluso durante la minoría de edad, y la capacidad de obrar es el resultado de la capacidad jurídica, esta, a su vez, directamente deriva del valor que se atribuye a la personalidad.

Es cierto que la personalidad, en la minoría de edad, se nos presenta, con frecuencia, complementada y aún sustituida por otra, pero esto no supone su desaparición, ni siquiera una disminución en su significado, sino que entraña, en todo caso, el mantenimiento y reafirmación de tal personalidad. Reafirmación que, en última instancia, va dirigida a que la facultad de ostentar derechos encuentre el cauce adecuado para que el sujeto los pueda hacer valer, satisfaciendo así sus legítimos intereses.

Como quiera que durante la minoría de edad, generalmente el sujeto desconoce cuáles son sus intereses y es posible, además, que por su representante legal no se hagan valer, el Derecho objetivo puede determinarlos para que, sin excepción y al ser conocidos, se le puedan otorgar. Así, el significado de lo suyo adquiere una nueva dimensión, al quedar tutelados por la ley aquellos intereses privativos y darse, consecuentemente, una inédita significación al concepto tutelar

de la justicia y un auténtico carácter protector al Derecho que así lo establece.(34)

34 LOPEZ-REY Y ARROJO, MANUEL, Op. Cit.

Conclusiones al capítulo cuarto.

Menor delincuente es la persona que de acuerdo con la Ley aún no ha alcanzado la edad para ser considerado criminalmente responsable y que comete un hecho que la ley considera ilícito.

No existe, por razones de cultura, un límite de edad igual en todos los países para determinar el límite superior de la minoría de edad penal.

A lo largo de la historia, dicho límite se ha modificado en diversas ocasiones, sin una tendencia fija al cambio.

En nuestro país, como en muchos otros, la minoría de edad tiene como límite los dieciocho años. Sin embargo, es posible que una persona mayor a dicha edad, aún no haya alcanzado la madurez física y/o intelectual esperada a su edad. Igualmente, nos encontramos con los niños "precoces", que aún antes de alcanzar la mayoría de edad, ya piensan y actúan como adultos.

Con lo anterior se quiere decir que aunque hay que señalar como regla una edad fija para determinar la responsabilidad penal, su aplicación no siempre será la adecuada en algún caso concreto.

El concepto de menor delincuente citado al principio de esta conclusión, hace referencia pues a que el menor que ha incurrido en

alguna irregularidad, no ha alcanzado la madurez suficiente para comprender que con su conducta se ha colocado en una situación antijurídica.

La menor edad es por eso causa de exención de responsabilidad criminal, basada en la ininputabilidad del sujeto. Por esta razón al menor que incurra en irregularidad no se le castiga con una pena como a los mayores, sino que se le imponen medidas tutelares y de reeducabilidad o corrección de conducta.

V.- EL ORDENAMIENTO JURIDICO DE MENORES.

Naturaleza jurídica.

El proceso codificador que se inicia en Europa en el siglo XIX, indirectamente configurará a la menor edad como un estado jurídico diferenciado, debido a haberse implantado el tránsito de la menor a la mayoría de edad con indudables precisión, firmeza y automatismo.

El estado de la menor edad claramente deslindado en el Derecho positivo contemporáneo, no fué, de otra parte, regulado con la precisión y rigor necesarios, originándose, por tal motivo, indudables lagunas legislativas que la doctrina desconoció. El desconocimiento, por parte de la doctrina más generalizada, de instituciones tradicionales entre nosotros y su falta de sentido histórico, ha sido la causa de que en nuestros días la situación del menor ante el Derecho constituya una indudable nebulosa. No está muy clara la situación del menor, pues si ciertos sectores más progresistas estiman, ante todo, el carácter protector de las normas que regulan el estado de la menor edad, otros anteponen a toda consideración las limitaciones que la norma impone a su capacidad para que pueda obrar con cierta autonomía.

El conocimiento filosófico del ser humano de menor edad nos hace dirigir la razón hacia este único objeto, con el fin de llegar a saber lo que es realmente y poder así determinar su entidad propia. Y como

quiera que el fundamento de su existencia radica en la razón misma de su esencia, haciendo de él una realidad concreta y diferenciada, que puede distinguirse precisamente por la insuficiente evolución de su personalidad, es posible afirmar que la situación de la menor edad es una circunstancia que exige, ante todo, una singular protección jurídica.

La esencia, la verdad y el bien son una misma cosa, y, por eso, la filosofía, que es el conocimiento de la esencia de las cosas, para ser auténtica ha de investigar sus causas y principios. Causas y principios que al concretarse en el conocimiento de la personalidad humana, durante los estadios evolutivos que se producen mientras no alcanza su desarrollo integral, están señalando a la verdad de la naturaleza humana.

El ser humano -cada persona individual- es una realidad no creada por la razón, aún cuando pueda ser conocida por ésta. Cuando existe una adecuación entre el juicio de la razón y la realidad misma de lo que es la persona durante los estadios evolutivos del desarrollo, hemos alcanzado la verdad. Y esta verdad en función del bien, considerada desde la perspectiva jurídica, no es otra cosa que el bien de la propia persona cuando viene impuesto como fin del deber ser. La bondad de cualquier acción referida a la situación de la menor edad nos vendrá dada en función de lo que, en estas fases del desenvolvimiento de la personalidad, requiere la persona. Aspecto que habrá de recoger la norma objetiva de conducta, porque el deber-objeto del derecho no es

nás que un aspecto del propio ser evolutivo del hombre.

El orden jurídico referido a la situación de la menor edad no se puede desvincular de la realidad fáctica, de la realidad psico-biológica que ha de contemplar como un todo homogéneo. Y así como las fases evolutivas por las que atraviesa el hombre durante la menor edad entrañan un proceso dinámico, con el fin de ir posibilitando, de forma progresivamente acompañada, lo que la misma naturaleza humana ha de ir exigiendo al ritmo del propio desenvolvimiento de la personalidad.

El desenvolvimiento histórico de la convivencia social pone de manifiesto cómo, durante siglos, la minoría de edad fué una institución que careció absolutamente de importancia. Era la etapa en la que se encontraban quienes carecían de la aptitud individual necesaria para asumir las funciones del adulto.

Aún cuando la minoría de edad no trascendiera al ámbito jurídico, el periodo de la niñez siempre comportó una situación de desvalimiento a la que intuitivamente se otorgaba una protección genérica, directamente encaminada a salvaguardar la existencia de quienes, en un futuro más o menos próximo, afirmarían la presencia continuada de la especie, de la familia o del grupo social a que pertenecían.(35)

El progresivo fortalecimiento de los grupos sociales haría que aquellas concepciones ancestrales -circunscritas al estricto marco familiar, cuya estructura organizativa fué de régimen cerrado- se transformasen en nuevas formas de convivencia, ya de carácter supra-familiar. Tanto por su originalidad como por la influencia que ejerciera posteriormente, resalta, llegada la edad antigua, la concepción romana por su trascendental configuración jurídica.

La libertad, la ciudadanía y la familia fueron, en el Derecho Romano, el fundamento de la capacidad jurídica, civil y política, constituyendo, además, el estado propiamente dicho de las personas.

El Derecho Romano estableció ya desde su origen tres periodos de edad: la infancia, la impubertad y la pubertad, siguiendo así la realidad que nos presenta la evolución psico-biológica de cada individuo, pero el calificativo de menor no se aplicó a cualquier persona física que no hubiera cumplido los años que la ley exigiera para alcanzar la mayor edad, tal y como actualmente se estima, sino que, por el contrario, se aplicaba exclusivamente al pupilo y precisamente por su condición de sui iuris.⁽³⁶⁾

El hijo de familia, *liberi*, por su condición de *alieni iuris*,

36 PAULUS, De Capiti Minutis. Citado en Tratado Elemental de Derecho Romano, de Eugène Petit, Trad. de D. José Ferrández G., Editora Nacional, México, 1971.

encontrándose sometido a la autoridad del paterfamilias, carecía limitadamente de autonomía jurídica y su edad fue totalmente indiferente para el Derecho.

El pupilo durante su infancia carece de aptitud para entender las cosas serias. Por eso la ley le considerará privado de toda voluntad, y no le otorgará capacidad alguna de obrar. El período de la infancia dura hasta el séptimo año cumplido y, durante él, la persona no puede realizar actos jurídicos.(37)

La impubertad se extiende hasta la edad de doce o de catorce años, para las hembras o los varones. En esta fase, el sujeto no está por completo privado de capacidad de obrar. Únicamente la tienen limitada para todos aquellos negocios jurídicos que pudieran acarrearles algún perjuicio. De ahí que no puedan obligarse ni enajenar sus bienes, aún cuando sean capaces de adquirir y de obligar a los terceros que con ellos contraten. Como obligada consecuencia de estas limitaciones a su capacidad, los impúberes no sujetos a patria potestad, precisan contar con la asistencia de un tutor que, al interponer su autoridad, completará sus deficiencias personales y su capacidad. No obstante, continúan siendo incapaces para contraer matrimonio y otorgar testamento.

37 GAIUS, Institutionis, Libro II, 87. Citado en Tratado Elemental de Derecho Romano, de Eugene Petit, Trad. de D. José Ferrández G., Editora Nacional, México, 1971.

Al finalizar la impubertad comienza la pubertad, que comprende ya toda la vida, pero así como en el antiguo Derecho romano los púberes tenían plena capacidad de obrar, después, y a partir del siglo VI de Roma, la situación se modificará tras la promulgación de la Lex Plaetoria de circumscriptione adolescentium. Ley dictada para auxiliar a quienes no habían cumplido aún los veinticinco años de edad, como consecuencia de los fáciles y frecuentes engaños de que eran víctimas. Y es en este instante cuando aparece el concepto jurídico de la menor edad, al subdividirse la pubertad en mayor y menor edad.

Los menores -que reuniendo la condición de sui iuris, siendo púberes, no tenían cumplidos los veinticinco años de edad- tenían plena capacidad de obrar, pero en cuanto resultaran perjudicados se presumiría que la otra parte había abusado de su inexperiencia y ligereza, el magistrado, además de imponer las penas que estableciera la Lex Plaetoria, otorgaba a los menores la restitución por entero de lo que habían entregado, considerándose como no acaecido el acto dañoso. Esta consideración fué la que habría de motivar la institución de la curatela.

La influencia del cristianismo irá remodelando, con el transcurso del tiempo, la situación de la menor edad y hará desaparecer la distinción entre el alieni iuris y el sui iuris, uniformando el carácter tuitivo que irá homologando las instituciones referidas a quienes en tal situación se encuentran.

Tras el ocaso del imperio romano de occidente, ante la invasión germánica, se puede afirmar que careció de relevancia jurídica la consideración del menor *sui iuris*. La única mención que de esta situación se hizo, estuvo exclusivamente referida a determinar cuándo podía éste realizar actos *mortis causa*, y ello con la finalidad de determinar a qué rama -paterna o materna- de su familia habían de ir sus bienes. Los anglosajones rebajaron la mayoría de edad a los diez años. Los francos ripuarios, los burgones y los visigodos, por el contrario, la fijaron en los catorce años.

La razón por la cual la minoría de edad no merece consideración especial en esta época, reside en el hecho mismo de la función y estructura organizativa de la familia. No obstante se comprueba cómo el tránsito de la minoría a la mayoría de edad va a ser un efecto de la civilización. Durante un largo período subsistirá la primitiva edad precos para los plebeyos, mientras que en la nobleza la mayoría de edad se retrasa. Aún cuando en la España la situación se planteara desde diferente perspectiva, en Inglaterra y en el Oeste de Francia, hasta bien entrado el siglo XIII, la joven noble será mayor a los quince años y la plebeya a los doce. En el Este de Francia el gentilhomme será mayor de edad a los catorce o quince años y el plebeyo mucho antes.

Bajo el reinado visigodo y en tiempos de Chindasvinto aparece el Fuero Juzgo que tuvo, desde entonces, fuerza obligatoria. Rigió, con un carácter más o menos general, durante toda la época de la Recon-

quista y en su Libro IV, De origine naturali, contiene prescripciones encaminadas a proteger a los menores. A los efectos de la tutela, la menor edad duraba hasta los catorce años cumplidos o los quince iniciados.

Durante la invasión musulmana, en el territorio peninsular sometido al Islam, el Corán se constituyó en texto legislativo fundamental. La minoría de edad se extiende a los periodos de la lactancia y al de la impubertad. Alcanzada la pubertad deja la persona de estar sometida a tutela por considerar que tiene capacidad para bastarse a sí misma.

La consolidación paulatina de la Reconquista originará una gran multiplicidad legislativa que enervará la observancia generalizada del Fuero Juzgo, como consecuencia de la excesiva prodigalidad con que los monarcas otorgarán fueros nobiliarios y municipales. Aún cuando vino a ser ordinario el privilegio, y lo extraordinario el que los pueblos e individuos se rigiesen por la ley común, en general la legislación distinguió entre personas menores y mayores de edad.(38)

El Fuero Viejo de Castilla estableció que los huérfanos menores de dieciséis años estaban sometidos a tutela, pero es en las Leyes de Partida cuando de forma clara y precisa se diferencia a las personas

del Fuero la hizo más extensa, al hacer coincidir la mayoría de edad con la pubertad, esto es, al cumplir los catorce años. Asimismo, se establecieron algunas limitaciones respecto de los que no habían cumplido los veinticinco años, con objeto de que no celebraran actos o contratos que les fueran perjudiciales, resultando, en la práctica, que la minoría de edad duraba hasta los veinticinco años. También se estableció el principio de la restitutio in integrum.

En Cataluña, las primitivas costumbres transformadas por el Derecho Romano y por los principios del Fuero Juzgo, constituyeron el factor más importante de la vida jurídica. Se adoptaron las instituciones romanas en orden a la minoría de edad, si bien los nobles estaban siempre, cualquiera que fuese su edad, capacitados para comparecer en juicio.

En el reino de Valencia rigió fundamentalmente el Derecho Romano, si bien los hijos salen de la patria potestad por emancipación y por contraer matrimonio.

La Legislación Foral de Alava y de Vizcaya permitía habilitar a los que habían cumplido los dieciocho años para gobernarse por sí mismos. No existió la patria potestad a la romana, a pesar de lo cual se reconoció el derecho que ostentaban los padres sobre los hijos. En general, rigió el Derecho común.

La Ley 18, Título XI, Libro X de la Novísima Recopilación, esta-

Las Leyes de Partida, pese a su inaplicación, ejercerán una influencia decisiva en la evolución del Derecho de Castilla y, por esta vía, indirectamente el Derecho Romano irá desplazando al Derecho Germánico.³⁹⁾

En el reino de Aragón la minoría de edad se extendía a quienes no habían cumplido los catorce años, y aún en cierto sentido y para determinados casos, podía afirmarse que la minoría de edad finalizaba al cumplir los siete años. No obstante, y como tanto uno como otro período eran cortos, resultaba que, de no existir motivos de orden público, se extendía la minoría de edad hasta que la persona cumpliera los veinte años, puesto que hasta dicha edad se producían ciertas restricciones al libre ejercicio de los derechos, principalmente en aquellos actos que se referían a bienes inmuebles o a la adquisición de ciertas obligaciones y compromisos. Así como las Leyes de Partida motivarían que en Castilla se concediera a los menores el beneficio de la restitución por entero, en Aragón se les otorgó el derecho de lesión. Ambas instituciones cumplían idéntica finalidad, la de declarar nulo todo acto por el que resultara perjudicado un menor.

En el reino de Navarra, su Fuero General señaló la menor edad hasta que se cumplieran los siete años. Posteriormente el Aaejoramiento

39 CLEMENTE DE DIEGO, FELIPE, Fuentes del Derecho Civil Español, Residencia de Estudiantes, Madrid, 1922, pág. 153.

sales, y cumplidos los doce o catorce, según fuera hembra o varón, salir de la tutela, si fuese huérfano, entrar en la curatela y tener aptitud para celebrar matrimonio, a tenor de lo que establecieron las Leyes 6a., Título I, Partida 4a. y 21a., Título XVI, Partida 4a.

El mayor de diez años y medio si fuese menor de catorce años, exceptuándose los yerros de adulterio y de lujuria, dezimos, que bien lo pueden ende acusar, según la Ley 4a., Título I, Partida 7a.

La Ley 8a., Título XXXI, Partida 7a., establecía: e si por aventura, el que ouiesse assei errado fuese menor de diez años e medio, no le deuen dar ninguna pena. E si fuesse mayor desta edad e menor de diez e siete años, devenle menguar la pena que daría a otros mayores de tal yerro.

En líneas generales, se puede afirmar que los Fueros reconocieron la patria potestad no solo del padre, sino también de la madre; ambos podían castigar a sus hijos, encerrarles, tenerles atados, si eran rebeldes. El matrimonio del hijo ponía fin a la patria potestad y lo que adquiriese el hijo sometido a potestad paterna correspondía al padre.

La Ley 13, Título I, Partida 6a., concedía capacidad legal para otorgar disposiciones mortis causa a quienes por su edad podían contraer matrimonio.

en razón de la edad. Con arreglo a la Ley 2a., Título XIX, Partida 6a. se denominaban menores los que no han cumplido los veinticinco años, y como no todos ellos gozaban de idénticos derechos se subdividieron en infantes, pupilos y simplemente menores.

La Ley 3a., Título XIX, Partida 6a., establecía el tope de los tres años de edad que comprendía el periodo legal de lactancia. En modo alguno el hijo podía ser separado de la madre a quien correspondía alimentarle.

Las Leyes 1a., Título VII, Partida 2a; 4a., Título XVI, Partida 4a., y el Título XI, Partida 5a., determinaban la edad de siete años estableciendo que el tutor absorbía por completo la personalidad del impúber, al que se denominaba infante. Asimismo el infante y el que no hubiera cumplido los diez años y medio de edad, no podía ser acusado de ningún yerro que fiziesse.

Desde los siete años cumplidos hasta los doce o catorce, el tutor interponía su autoridad y concurría con el pupilo a los actos jurídicos en que éste hubiera de intervenir a fin de que fuesen eficaces, sin perjuicio de restitución in integrum. También podía realizar por sí actos eficaces para la adquisición de derechos, pero no para contraer obligaciones en su persona o bienes, según la Ley 4a., Título XI, Partida 5a.

Además, una vez cumplidos los siete años, podía contraer espon-

bleció la necesidad de contar con el consentimiento paterno para poder contraer matrimonio los varones que no habían cumplido los veinticinco años y las hembras menores de veintitres.

La minoría de edad penal venía dada en función del delito cometido, según lo establecía la Novísima Recopilación y, asimismo, la atenuación de la pena que no respondía a un criterio fijo, oscilando entre los doce, quince, dieciséis, diecisiete o veinte años. Carlos I dictó una pragmática eximiendo de la pena de galeras a los menores de veinte años condenados por robo y estableció un trato especial para los vagos y gitanos menores de dicha edad.⁽⁴⁰⁾

En el siglo XVIII la única fuente del Derecho común lo constituirá el Derecho de Castilla, como consecuencia de la entronización de la nueva dinastía. La preponderancia del Derecho castellano se verá postergada al iniciarse el movimiento codificador en el siglo XIX. La influencia francesa motivará el olvido más absoluto de la antigua doctrina referida a la capacidad que vino disfrutando el mayor de siete y menor de catorce años para consentir en la adquisición de sus derechos, al impedirles radicalmente que hicieran uso de la facultad de prestar consentimiento a todos los menores mientras no estén emancipados. Pese a ello, se dará el contrasentido de establecer el límite de la exención de responsabilidad penal en los siete años, aún cuando no

dieve unos años después a los nueve.

La pragmática de Carlos III, dictada en 1788, por la que se establecía el internamiento de los menores de dieciseis años en un establecimiento, a fin de que aprendiesen un oficio y se les educase, había caído en el olvido. El movimiento pietista que se inicia en el siglo XIX hará que en la segunda década del siglo XX, se vuelva a establecer para los menores de dieciseis años la minoría de edad penal, considerándose como misión redentora, totalmente innovadora y progresista, la puesta a punto de un sistema que había regido siglos atrás.⁽⁴¹⁾

La tesis de que los menores se encuentran totalmente incapacitados de obrar por sí mismos, ha hecho que por la doctrina se sustente el criterio de que, en efecto, la incapacidad de los menores constituye la regla general, así como el de que únicamente en los supuestos excepcionales que la ley lo establece están facultados para obrar, equiparándose así todos los periodos evolutivos de la personalidad que se producen durante la minoría legal, con un manifiesto desconocimiento, no sólo de la doctrina tradicional, sino de la misma realidad personal del hombre.

La menor edad, desde la perspectiva penal, está constituida por

41 SANCHEZ ROMAN, FELIPE, Estudios de Derecho Civil, Madrid, 1897, T. I, pág. 17.

el periodo de edad que corresponde a los primeros estadios evolutivos de la personalidad, en los que, ante la inexistencia de los elementos sustanciales que constituyen el fundamento de la imputabilidad, se le considera incapaz para hacerle responsable de sus actos.

Puede afirmarse que la menor edad constituye un estado jurídico diferenciado que presenta características propias, si la circunscribimos al límite cronológico de no haberse cumplido los dieciséis años de edad, pero al cumplirse esta edad, ya no existe un criterio uniforme, por extenderse hasta que la persona cumpla los dieciocho o los veintidós años de edad, según el ordenamiento jurídico que la establezca.

La condición del menor, frente a quienes estiman que se ve afectado de una incapacidad absoluta de obrar, con carácter general, y que es totalmente inimputable de los actos que pueda realizar, oponemos que es, ante todo, una situación esencialmente tutelada por el Derecho. Situación que por estar esencialmente tutelada, le ha de otorgar una capacidad de obrar limitada, directamente relacionada con las posibilidades personalísimas que tenga el sujeto para ejercerla, y que, asimismo, aquella absoluta inimputabilidad queda matizada en función de reeducación del agente.

Al examinar la función que desempeña el Derecho, es necesario considerar los mandatos jurídicos diversos según las fuentes de que emanan, para constatar cómo se combinan entre sí y dan origen a ese ordenamiento jurídico de menores que es el resultado del Derecho.

Evidente es, como señala Carnelutti, que no pueden confundirse el ordenamiento jurídico y el Derecho: El Derecho no es el mandato, ni el conjunto de mandatos, sino aquello de que uno y otro son el resultado. La distinción, y al mismo tiempo la consecuencia, están bien expresadas en las dos palabras latinas: "ius sum" y "ius".(42)

Si nos paramos a considerar cuál es la función del Derecho de Menores, conocida ya su esencia, se deduce que es el más perfecto instrumento creado por el hombre para resolver el problema de dar a cada menor lo que le corresponde, dentro de un orden previamente conocido que, si contribuye a disipar tensiones, aporta, además, los medios necesarios para resolver a nivel individual y colectivo y de forma pacífica los conflictos de carácter intergeneracional.

En cada individuo menor de edad late una especie de pretensión a no ser interferido en el desarrollo evolutivo de su personalidad, aún cuando en infinitas circunstancias no pase de ahí. Pero el conflicto surge cuando trasciende aquella interferencia al plano social, de una forma o de otra. Cuando el conflicto se origina como consecuencia inmediata de pretensiones entre terceros que con el menor están relacionados, el derecho se manifiesta a través del órgano jurisdiccional que al resolver el conflicto entre las partes, incidentalmente también se manifiesta al resolver las repercusiones que para el menor tiene tal

42 CARNELUTTI, FRANCESCO, Teoría General del Derecho, Madrid, 1955.

conflicto. En otras ocasiones, por el contrario, el conflicto se produce de forma típica, y entonces aparece el derecho que se manifiesta normativamente, pero en un mayor número de veces las pretensiones, las facultades jurídicas, las normas legales y las decisiones jurisdiccionales no concuerdan entre sí. Y es en este supuesto cuando toda esa complejidad de datos empíricos ha de analizarse teóricamente de forma muy especializada. El Derecho así elaborado es de carácter doctrinal y se manifiesta con la finalidad de superar el caos de experiencias jurídicas de forma ordenada. No obstante, ante la complejidad de las experiencias y de las teorías jurídicas, es explicable el hecho de que los juristas, cuando tratan de resolver la problemática de los menores, pierdan el rumbo y el Derecho se desoriente, llegándose a un confusionismo extremo que en nada clarifica cuál pueda ser realmente la función del Derecho de Menores.

La función del Derecho de Menores es constituir el instrumento por el que se pueda otorgar lo suyo a cada menor, del modo más ordenado, económico, seguro y tranquilo posible. Pese a ello, el Derecho de Menores no siempre cumple debidamente, en la práctica, tal función de forma satisfactoria. Esto, hasta cierto punto, es lógico y natural, porque el Derecho de Menores, producto humano, nunca será extremadamente perfecto ni rematadamente nocivo, funcionará mejor o peor, con mayores o menores posibilidades de acierto, pero en todo caso tenderá

hacia la realización de la justicia.(43)

Es cierto que los ordenamientos jurídicos, en toda circunstancia, tiempo y lugar, respondieron a unos presupuestos egoístas y de carácter discriminatorio, cuyas reminiscencias aún subsisten. Los menores se han visto jurídicamente oprimidos por los mayores y fueron desconocidos sus derechos. El siglo XX denominado por Ellen Key el siglo de los niños, va a marcar un cambio de actitud en la estimación jurídica de la problemática de los menores que cada vez, con mayor pujanza, se manifiesta, tanto a nivel interno como a nivel internacional.

El fenómeno, fácilmente comprobable, que se ha producido, ha hecho que un nuevo Derecho de Menores dejara de ser instrumento de injusticia y de opresión de una colectividad indefensa y desvalida, para constituirse en un nuevo ordenamiento que es barrera y causa de equidad y de libertad, a través del cual el Derecho referido a los menores recobró su funcionalidad.(44)

43 MENDIZABAL OSÉS, LUIS, Op. cit. pág. 397.

44 Iden., pág. 403.

La auténtica función del Derecho de Menores es la de asparar y asegurar el desarrollo integral del proceso evolutivo de la personalidad de cada menor. Función que deriva esencialmente en el plano positivo, de esa pretensión que, directa e inmediatamente, asumió el Estado en los países que cuentan con una legislación de menores más progresiva, al colocar a los menores bajo esa tutela genérica que se denomina tutela del Estado.

El Derecho de Menores, en cuanto ordena la convivencia verticalmente en el plano intergeneracional, consolida la cohesión social; efecto que podría expresarse bien con el verbo *constituit*, por cuanto que lo que constituye realmente es el devenir histórico-jurídico de esa misma sociedad.

En razón a que el mandato tiende a determinar la protección que la persona del menor demanda, dicho mandato se encamina a fijar la conducta de un hombre ya adulto y plenamente capaz respecto a otro que no reúne tales circunstancias por su minoría de edad. Al ser, necesariamente, de carácter integral esta protección, el mandato ha de tender, además, a determinar la conducta que, entre sí, han de mantener los menores y la que han de observar respecto de los mayores.

La determinación de estas conductas no puede quedar reducida al marco estricto e íntimo de las conciencias, sino que ha de obligar con el fuero externo de la convivencia y venir impuesto, imperativamente, por la ley positiva. Así, al carácter intersubjetivo de la relación se

le añade la nota de su imperatividad.

La necesidad de seguir una sistemática para que el conjunto de mandatos o de normas jurídicas pueda constituirse, en cuanto que regulan la situación y estado de la minoría de edad, en un ordenamiento diferenciado es incuestionable, si lo que se pretende es que este ordenamiento jurídico sea fiel expresión de esa estabilidad normativa que es el antecedente inmediato de esa seguridad jurídica que postula todo Estado de Derecho.

El ordenamiento jurídico de menores forma parte integrante de ese orden jurídico que cada Estado hace suyo para organizar pacíficamente la convivencia social. Al regular las relaciones referidas a proteger una colectividad heterónoma desde la perspectiva de su propio universo, se extiende al campo del Derecho en una dimensión nueva. En efecto, si a la nota de alteridad horizontal le sumamos el de la verticalidad de aquellas relaciones, podemos imaginar dos ejes de coordenadas con una ordenada común, en el que una abscisa determinaría el carácter horizontal de las relaciones que mantienen los menores entre sí, y la ordenada concretará la verticalidad de las relaciones entre menores y mayores. En el punto de intersección de estas coordenadas se nos presenta el Estado quien, al no dejar el libre juego de las partes e intervenir imperativamente, equilibra o previene posibles situaciones conflictivas mediante el ordenamiento jurídico de menores, asegurando, en todo caso, equitativamente, el equilibrio entre las partes.

El ordenamiento jurídico de menores conlleva la nota de universalidad. Nota esencial más que característica, toda vez que es la consecuencia que inexorablemente debe cumplir. Esta universalidad referida al ordenamiento nos lleva directamente al orden. A ese orden que a imagen del que existe en el universo, trasciende, a través del Derecho, a la sociedad. Orden que no contempla únicamente al presente histórico, sino que encauza el devenir previsivamente. El devenir de quienes han de ser capaces de ejercer su rectoría sobre la sociedad que es suya para hacerla mejor y más justa.

De esta nota de universalidad del ordenamiento jurídico de menores, es posible deducir los elementos que lo integran y que están referidos a la existencia, a la evidencia o certidumbre y a la justicia de los mandatos que lo completan.

a) Al hacer mención al primero de estos elementos, nos referimos a la plenitud de este ordenamiento jurídico. Es decir, a esa exigencia que determina el que cualquier situación conflictiva referida a un menor pueda resolverse al amparo de la disposición idónea que contenga el ordenamiento jurídico.

Como de hecho es lógico que se produzcan situaciones conflictivas no previstas en disposición alguna, y también es posible que una misma situación sea contemplada por varias disposiciones diferentes, es necesario arbitrar los remedios precisos para que aquellas situaciones puedan superarse.

Por su carácter atrayente, el ordenamiento jurídico de menores ha de excluir la aplicación de mandatos que no estén recogidos en su propio ámbito, cualquiera que sea el ordenamiento jurídico en que se contengan.

Del mismo modo, las posibles lagunas existentes habrán de resolverse en función de los principios informadores del ordenamiento jurídico de menores y con exclusión de cualesquiera otros ajenos a él.

Siendo posible, además, la antinomia entre dos o más mandatos provenientes de la misma fuerza, será necesario determinar su respectivo alcance para que prevalezca la más concreta o específica. Cuando esta antinomia es más aparente que real por corresponder a dos mandatos que, aún siendo de la misma fuente, fueron promulgados en tiempo diferente, el más moderno excluye al más antiguo. Si dentro del ordenamiento jurídico de menores los mandatos antinómicos son de diferente rango, prevalecerá siempre el de mayor jerarquía formal.

Con cuanto se lleva exponiendo queda bien claro que, en el terreno lógico, el ordenamiento jurídico de menores se autointegra. De ahí que sea inadmisibles a la interpretación analógica, en cuanto que mediante ella se establece la heterointegración de la ley. Heterointegración que no es posible con el carácter singular y privilegiado que ostenta el ordenamiento jurídico de menores.

b) De la nota de universalidad del ordenamiento jurídico de me-

nores deriva, como señaláhamos, su evidencia o certidumbre. Es decir que no exista la menor incertidumbre del Derecho y que ante el carácter abstracto del mandato hipotético sea posible, en cada caso, concretarlo ante la situación que pueda plantearse.

c) Por último, de esta nota de universalidad que estamos analizando, también deriva el carácter de lo justo. Lo justo en este caso, matizado de tutelar, nos señala taxativamente que este ordenamiento ha de tender, inexcusablemente, a la realización de la Justicia tutelar.

En la fase actual en que se encuentra el Derecho de Menores y ante la variedad de ordenamientos jurídicos que en el mundo contemporáneo regulan, a nivel interno de cada país, la situación de los menores, es poco menos que imposible utilizar todo el material normativo disponible, si con él lo que se pretende es orientar fundamentalmente el conocimiento hacia finalidades teóricas o histórico-filosóficas, ya que lo único posible será marcar orientaciones esencialmente conservadoras que, cuando más, podrán dirigirse hacia finalidades prácticas que se encaminen a la aplicación del Derecho.

La doctrina, salvo contadas excepciones, no vislumbró aún la esencia del Derecho de Menores, y siguiendo el precedente legislativo norteamericano, en estos estrechos límites conceptuales se desenvuelve. Lógicamente, los ordenamientos jurídicos de menores responden a idénticos presupuestos y consiguientes limitaciones. El estudio comparativo de esta legislación ha de referirse, para estimar su bondad o

malicia respectiva, a algo superior que sea común a las que en dicha legislación se consideren, para después tratar de determinar y deslindar las instituciones jurídicas que las mismas comprendan. Es decir, que es imprescindible conocer previamente los elementos que esencialmente constituyen cada institución, para después relacionarlos entre sí y establecer las debidas comparaciones. Así es como es posible caracterizar cada una de sus manifestaciones, tanto en el ámbito temporal en que se manifiestan como en el territorio en el que se producen.

Si presuponemos como ideas rectoras, de una parte, la variedad de ordenamientos jurídicos, y, de otra, la universalidad y permanente unidad de la naturaleza humana durante los estadios cronológicos de la minoría de edad, contaremos con un elemento cambiante y otro de carácter fijo que nos permitirá analizar el contenido de aquellos ordenamientos. Análisis que habrá de encaminarse a superar aquella variedad con el propósito de deducir de ella los elementos comunes. De este modo el conocimiento científico de esta variedad y el sistema seguido para superarla constituye, en definitiva, el contenido científico del Derecho comparado de Menores.(45)

El Derecho comparado de Menores, en cuanto que constituye un indispensable complemento de la Filofofía jurídica de menores, coadyuva eficazmente a la implantación de un orden justo y progresivo de convivencia intergeneracional.

45 Unesco, DERECHOS Y DEBERES DE LOS JOVENES, París, 1972, Op. cit.

El objeto de la comparación jurídica reside en la determinación de causas y efectos, tanto de las semejanzas como de las diferencias, cotejándolos en relación con las variedades histórico-sociales en que se originan los respectivos ordenamientos.

Con carácter general puede afirmarse que existe una tendencia creciente, a nivel universal, a reconocer, ampliar y consolidar los derechos de los menores en la actualidad. Tendencia fácilmente comprobable si se analizan las medidas que legalmente adoptan la mayoría de los países para proteger a los menores; pero al mismo tiempo y ante la realidad normativa se constata que esa misma realidad normativa disimula, en gran medida, aquél carácter protector.

En líneas generales pueden establecerse los siguientes criterios legislativos:⁽⁴⁶⁾

a) Se tiende hacia la modificación de los diferentes límites de edad, para anticipar el disfrute de ciertos derechos que tradicionalmente no se les concedían, en los ámbitos civil y político, sin perjuicio de elevar o mantener aquellos límites de edad respecto a cuestiones estrictamente protectoras, ya lo sean en función de la inimpugnabilidad penal o por razones de asistencia y de seguridad sociales, incluso, también de índole laboral.

46 DE YBARRA Y DE LA REVILLA, GABRIEL M., Op. cit.

b) Se tiende a reconocer ciertos derechos en orden a la participación de los escolares -en los niveles medio y superior- en el ámbito de la gestión escolar.

c) Se tiende a crear, fortalecer o reformar los múltiples servicios o instituciones referidos a la juventud, ante la toma de conciencia de la existencia de una política de la juventud que exige la integración participante de los jóvenes en los quehaceres comunitarios de la sociedad.

Las interferencias que se producen entre el Derecho de familia y el Derecho de menores contribuyen a dificultar el deslinde de sus respectivos campos y, consecuentemente, entorpecer la posibilidad histórica de llegar a determinar el estatuto jurídico de los menores.

Leyes civiles, penales y administrativas aseguran, en los diferentes países, la protección de los menores abandonados, descuidados, inadaptados, retrasados, en peligro moral o en situación irregular,

así como su reinserción familiar y social, pero esa protección específica no aparece generalizada ni se extiende a aquellos menores que no se encuentran en una situación de las señaladas. También existen leyes especiales referidas a los menores que coexisten con leyes de carácter general, centradas en estas mismas cuestiones.

Entre estas últimas, en el continente europeo, se ha producido una escisión o, mejor dicho, un enfoque diferente: los países escandinavos han arbitrado un sistema que se separa del tradicional, circunscrito en el organismo jurisdiccional de menores, al dar entrada a sus comisiones de protección de menores de índole esencialmente administrativa, aún cuando sus decisiones pueden ser revisadas en vía jurisdiccional.

La mayor parte de los países reconocen la responsabilidad que tiene contraída la sociedad ante la problemática de los menores y, consecuentemente, el Derecho se hace eco de esta responsabilidad, aún cuando los sea con gran timidez. De ahí deriva el papel judicial y social que asignan al Consejo de menores en la comunidad y que parece de hecho casi imposible la concepción de un Derecho sustantivo de Menores al margen de este Consejo.

Conclusiones al capítulo quinto.

Al estudiar la historia del Derecho de menores se deben tomar en cuenta aquellos ordenamientos de los que emana, constatando cómo se combinan entre sí para dar origen al actual ordenamiento.

La función más pura del derecho de menores debe de ser la de propiciar un sano e integral desarrollo de la personalidad de cada menor, dentro de un marco de armonía y de la mayor justicia social posible, olvidándose de las marcadas discriminaciones de que eran objeto los menores en tiempos pasados, por parte de los adultos.

El ordenamiento jurídico de menores debe de ser pleno, en el sentido de que ha de determinar que cualquier situación conflictiva en la que se coloque un menor pueda resolverse al amparo de una disposición idónea contenida en aquél. Y si alguna situación conflictiva no se encontrare prevista, sino en varias disposiciones a la vez, será necesario mediar con precisión, para que la situación sea superable.

Igualmente habrán de prevenirse las posibles lagunas existentes y que éstas han de resolverse con base en los principios reguladores del ordenamiento jurídico de menores, con exclusión de otros ajenos a él.

En el ámbito del Derecho comparado de menores, cuyo objeto será la comparación jurídica de las causas y efectos con sus variedades

históricas y sociales, la tendencia es a la modificación de los límites de edad, con el objeto de anticipar a los menores en el goce de ciertos derechos civiles y políticos. También se busca cierta participación de aquellos en las gestiones escolares, y crear y fortalecer o reformar los servicios e instituciones destinados a la juventud.

VI.- PREVENCIÓN DE LAS INFRACCIONES DE MENORES.

A.- EL SISTEMA.

En el último tercio del siglo XIX, con la aparición de la Escuela positivista se produjo el error de desnaturalizar el fenómeno criminal, con la consiguiente confusión respecto a sus causas; ¿por qué?, por el éxito de la aplicación del método experimental en las ciencias naturales. Como escuela inevitable, vino el fracaso de todos los remedios inspirados en una teoría que parte de un error.

Se podrá objetar que ya nadie cree en la existencia del criminal nato, que la Escuela positivista tuvo el acierto de fijar la atención en el hombre delincuente, pero que a partir de ella se han realizado tantos progresos, y con técnicas tan diversas, que se han convertido en un remoto antecedente, sin más consecuencias.

Todo eso es verdad; pero también lo es que, superado en gran parte el error inicial, persisten, por inercia muchos de sus defectos. Como en la imprenta las erratas, en la investigación científica se filtran duendes cuyo origen se ignora.

Aparte de esto, y tomando ya en consideración las valiosas aportaciones de la criminología moderna, una revisión teórica es imprescindible. Del resultado de ella depende la posición que se adopte: lo práctico se nos dará por añadidura.

Si un sistema está bien pensado y construido, si se funda en teorías acertadas y utiliza los métodos adecuados, él será capaz de producir los más eficaces. Si no lo está, es inútil la aportación de medidas concretas. Fracassará inevitablemente.

Un repertorio de medidas concretas es necesario para la formación del personal. Si no las conoce y ensaya como punto de partida, es difícil que se habitúe a pensar en otras nuevas. Pero el sistema tiene que ser fecundo, creador; no receptor de repertorios.

Es frecuente comenzar dramatizando el aumento de las infracciones de menores y presentando estadísticas. Lo primero es contraproducente; lo segundo no es necesario. No sólo por la escasa fiabilidad de las estadísticas que se utilizan, sino porque la evidencia no necesita demostración.

Respecto al concepto de menor infractor es conveniente, reconociendo sus limitaciones, aceptar el estrictamente jurídico: menores de dieciséis años que realizan un injusto típico.

B.- LA NATURALEZA DE LAS INFRACCIONES DE MENORES.

Primeramente hemos de conocer la naturaleza de este fenómeno y tratar de estudiarlo en su integridad, ya que uno de los mayores males de que adolece es lo mucho que sobre él se escribe, faltar casi siempre

de una información veraz: Miles de artículos de periódicos y revistas, folletos y monografías. Por otra parte, se repiten hasta el infinito las mismas ideas, los mismos argumentos; casi nunca seriamente analizados o experimentados para verificar su validez.

Otros trabajos se hayan inspirados en sentimientos más que en razones; producto de una piadosa consideración que nos obliga a pensar en los malhechores del bien. La lectura de los primeros nos hace perder un tiempo precioso -sería un perjuicio injusto calificarlos de trabajos al uso sin haberlos leído-, y los segundos producen una peligrosa desorientación de la opinión pública.

No se pueden sostener teorías ni opiniones basadas en visitas a centros de internamiento, más o menos preparadas y organizadas, ni encerrando al menor en un laboratorio, para someterlo a una serie de pruebas, tan objetivas, que nada tiene que ver con el sujeto a quién corresponden.

Así pues, se trata de un fenómeno humano y vivo, que sólo puede ser investigado a partir de una humana convivencia.

Sin embargo, la humana convivencia no basta. En primer lugar porque alcanza sólo a una parte del fenómeno, aunque sea la más importante: al sujeto, su naturaleza y formas de comportamiento. En segundo lugar porque conduciría al empirismo.

La necesidad de estudiar el fenómeno completo, ha sido advertida recientemente por Pierre Spitzéri: El crimen -dice-, es a la vez un acto individual y un fenómeno social que comprende tres elementos: el acto mismo, el criminal y frecuentemente una víctima. Una ley curiosa de la historia del crimen quiere que este conjunto no haya sido jamás percibido globalmente.⁽⁴⁷⁾

Pero el estudio global requiere algo más que los elementos tradicionales y a la víctima, como última dimensión de la criminología moderna.

La pura convivencia conduce al empirismo. Efectivamente, mientras no establezca una cordial relación humana con el menor, nada podemos saber de él. Pero, a partir de ella, es necesario verificar un proceso de inducción que permita establecer una serie de principios generales, capaces de explicar este doloroso fenómeno y de proporcionar los medios para combatirlo.

Sobre las ciencias competentes para realizar este estudio, y los métodos apropiados, no se ha llegado a un acuerdo.

47 Ensayo sobre algunos aspectos de las grandes corrientes criminológicas. En Anales de la Facultad de Derecho y de Ciencias económicas de Toulouse, Tomo XVIII, 1970, Pág. 139.

Así pues, la humana convivencia es, ni más ni menos, el ambiente necesario para verificar el estudio científico de la parte más importante del fenómeno, el sujeto, sin alterar su naturaleza.

C.- COMPETENCIA CIENTIFICA.

El Derecho Penal, no supo realizar dicho estudio científico, y por ello nació la criminología. Así tenemos una ciencia que en vez de ocuparse de castigar al delincuente va a explicarnos por qué se produce el delito.

Lombroso decía que era necesario dejar de lado todas las teorías filosóficas y estudiar, en suma, más que el crimen, los criminales (48), Ferri, que no se debe hacer derecho penal doctrinario, sino sociología criminal positiva, (49)

Vista la bibliografía referente a las infracciones de menores (50), y la dedicada a los delincuentes en la parte que también nos

48 L'uomo delinquente. Ed. franc. Paris, 1895, T.I. Pág. 6.

49 Sociología criminal. Madrid, s/a. T.I. Pág. 47.

50 Una selección bastante aceptable nos ofrece el Compendio Bibliográfico Internacional.

afecta, encontramos que procede de varias ciencias, cada una de las cuales interpreta el fenómeno de manera distinta: la dualidad de su origen -antropología, sociología-, se transforma en pluralidad por el natural fraccionamiento de la primera en una serie de ciencias autónomas antes absorbidas -psicología y psiquiatría, principalmente-, que mediante el fácil recurso de agregar el adjetivo, un tanto impropio, de criminales, se convierten en partes de una nueva: la criminología.

De Roger Benjamin son las siguientes palabras: Pero los psiquiatras, psicólogos y sociólogos, que se interesan por el fenómeno de la delincuencia la conciben, ellos mismos, diferentemente; y en el interior de una misma disciplina no faltan las oposiciones,⁵¹.

La consecuencia es que la criminología, que como ciencia interdisciplinaria las comprende a todas, se fracciona en capítulos independientes.

Esto explica -según Benjamin-, que a través del tiempo se vayan imponiendo distintos conceptos del menor infractor, todos ellos parciales. Cita en su apoyo un texto de Heuyer: A la noción de menor delincuente, después menor constitucionalmente anormal, ha subsistido la

51 BENJAMIN, ROGER, Delincuencia Juvenile y Sociedad, Paris, 1971, pág. 7.

de menor inadaptado a los valores vigentes en la sociedad donde él vive. (52)

D.- EL METODO.

La criminología es una ciencia que adolece de un método propio, por lo que Thorsten Sellin la denominó el rey sin reino.

Por la época en que nace y por los fines que persigue, adoptó, como es natural, los propios de las ciencias naturales. Es muy significativo este párrafo de Spiteri: Como toda disciplina que quiere aproximarse lo más posible a la realidad, la criminología tiende en la hora actual a expresarse por las técnicas de las ciencias exactas (53).

El método no es patrimonio de cada ciencia. Depende del objeto y del punto de vista o aspecto que se quieran estudiar, e incluso es lícito, y a veces necesario, el empleo de distintos métodos en una misma ciencia.

52 HEUYER, La evolución en el plano científico. Las ciencias medicas y psicológicas, en la evolución de una noción: la delincuencia juvenil, Bruselas, 1958, pág. 40.

53 SPITERI, Op. cit., pág. 11.

La criminología emplea métodos experimentales y matemáticos hasta donde la naturaleza del hombre lo permita. Esto puede ser muy útil pero lo que no puede hacer con esta limitación de método, es monopolizar el estudio del delincuente, ni pretender que dejemos de lado todas las teorías filosóficas, ni que dejemos de hacer derecho penal doctrinario, ni que rechacemos la cooperación de otras ciencias procedentes del campo de las humanidades. Basta pensar en la pedagogía, esencial en el caso de las infracciones de menores.

Si ha de ser útil, la criminología tiene que armonizar e integrar sus resultados, por que no es posible homogeneizarlos. Y si se reduce al método experimental, debe renunciar al monopolio en el estudio del fenómeno delictivo.

E.- LAS CIENCIAS EXCLUIDAS Y LAS OLVIDADAS.

Dada la inicial pretensión monopolizadora de la criminología, se preconizó la desaparición del Derecho Penal.

Según la Escuela positivista, la investigación corresponde exclusivamente a la sociología y antropología criminales. Es más, sólo estas ciencias pueden adoptar las oportunas medidas, en vista de las causas o factores determinantes del delito. El Derecho Penal debe desaparecer.

Esta posición radical se suaviza enseguida: el propio Ferri escribe un derecho penal, pero persiste un enfrentamiento, una especie de oposición que sitúa a ambas ciencias en distintos mundos.

El propio Spicéri, que según hemos visto lamenta que el crimen no haya sido jamás percibido globalmente, y pretende lograrlo con la inclusión de la víctima, parece que quiere excluir al derecho penal de esa visión de conjunto: Ante una criminalidad tan diversificada —dice—, existe una reacción muy corriente entre los juristas: se trata para ellos, de hallar la ley lo suficientemente bien hecha para prevenir o reprimir estas conductas; es, como siempre, la investigación de lo que debe ser, en atención al orden social. El criminólogo ve las cosas desde un ángulo diferente: estudia lo que es; trata de comprender estas infracciones a través de las leyes que rigen el paso al acto del criminal y de precisar el estado peligroso de los delincuentes. Es por tanto la oposición clásica entre el deber ser y el ser. Se puede decir en este sentido que existe un estado de espíritu científico en el criminólogo (56).

La misma separación, el mismo enfrentamiento, propone desde el otro campo el positivismo jurídico, encarnado en la dirección técnico-jurídica de Rocco y sus sucesores. Al derecho penal corresponde solamente la interpretación, sistematización y aplicación a las normas

del derecho positivo, de la legislación vigente en cada país. Sin meterse en disquisiciones de naturaleza filosófica, antropológica o social, de la exclusiva competencia de otros profesionales (55)

La posición de los segundos también ha demostrado su ineficacia. El Derecho no puede contemplar, indiferente, el desarrollo paralelo de las otras ciencias penales, en una marcha hacia el vacío, sin contacto ni mutuas influencias. Desligado de la sociología, de la psicología, de la psiquiatría, corre el riesgo de crear una técnica tan fina como inoperante; incluso en muchos casos perjudicial. Tiene que oír, como ciencia normativa, a las naturales; pero también tiene que ser oído por ellas.

No se trata solamente del Derecho Penal. Hay una gran parte del hombre irreductible a experimento con formulación matemática. La moral, la pedagogía, la didáctica, también tienen algo que hacer en el estudio del hombre delincuente y en la prevención del delito.

Si se ha advertido la necesidad de relacionar las ciencias criminológicas, considerando como tales sólo las que renuncian a cualquier método que no sea experimental, también hay que hacerlo con las que no desprecian el método lógico-abstracto.

55 ROCCO, HUGO, El problema y el método de la ciencia del Derecho Penal. En Revista de Derecho y Procedimiento Penal, 1910, págs.

Unidas todas tienen que crear el instrumento capaz de reducir la criminalidad en cuanto sea humanamente posible. Sin utopías ni soluciones simplistas. El fenómeno es muy complejo y hay que abordarlo tal cual es, pero con una visión amplia; tratando de superar la inevitable deformación profesional de quien contempla un fenómeno como monopolio de su especialidad.

Alvaro d'Ors explica su clasificación tripartita de las ciencias -humanidades, empíricas y sociales-, utiliza con mucho acierto el siguiente ejemplo: -Es verdad que los fenómenos sociales -dice-, al tener como sujeto una masa y no una persona, no pueden ser considerados como libres, sino como determinados por leyes naturales bastante exactas. El acto de un delincuente, por ejemplo, debe ser considerado desde el punto de vista de la responsabilidad correlativa a la libertad humana, pero el total de la delincuencia de una determinada masa social es bastante constante dentro de un grupo, y aparece determinado por ciertos factores económicos, educacionales, de vivienda, de estímulos audiovisuales, etc. Esto es verdad, pero no es menos verdad que estos fenómenos, aunque no sean libres, tienen que ver con la libertad individual de los que integran la masa estudiada, y por eso deben proyectarse con una perspectiva de carácter moral. Por ejemplo, en el supuesto anterior, el estudio estadístico de la delincuencia no puede prescindir de la consideración de que cada uno de los delitos registrados es un acto libre, y que tal estudio debe conducir a modificar los factores, no tanto del resultado (como podría ocurrir, por ejemplo, si se tratara de combatir una epidemia), cuanto de la libertad

individual de la que dependen los actos registrados uno por uno. En otras palabras, aunque el objeto de estudio sea la conducta determinada de la masa humana, las consecuencias de ese estudio deben orientarse en referencia a la conducta propiamente libre de las personas que componen aquella masa. Así, si una consecuencia de ese estudio puede ser la de urgir el mejoramiento de las condiciones de vivienda, eso no va enderezado a impedir el delito, sino a mejorar las condiciones dentro de las cuales debe moverse el comportamiento libre de las personas individualmente consideradas (56).

Al poner en evidencia la doble perspectiva del fenómeno -individual y social-, se aclara la necesaria pluralidad de métodos; y, a su vez, la cautela y armonía con que han de ser utilizados si se quiere que sus resultados sean integrables.

Al entrar en función dos tipos de ciencias tan distintas como el derecho, la moral, la pedagogía -del grupo de las humanidades-, con las criminológicas- que por propia decisión quieren ser empíricas-, se hace necesaria una observación previa.

Estas últimas, favorecidas por el método experimental, debían ser más seguras y estables. Lo probado, probado queda y para siempre. La demostración garantiza su validez.

56 B'ORS, ALVARO, El Sistema de las Ciencias, Pamplona, 1969, pág.

Las primeras, manejando ideas no reducibles a fórmula matemática ni muchas veces a experimento, producto casi en su totalidad del pensamiento lógico-abstracto, debían ser más perecederas e inseguras. Sus conclusiones parecen en principio más mudables.

V.- UTILIDAD DE LA CRIMINOLOGIA.

Es preciso determinar las causas de que los factores de la criminalidad vayan perdiendo su inicial pretensión de explicar científicamente el origen del crimen, y cómo al evolucionar su concepto se origina a la vez una rápida evolución de la criminología, cada vez más modesta en sus ambiciones, pero más segura en sus afirmaciones, y hay que advertir que los propios criminólogos no están de acuerdo respecto a la naturaleza y contenido de la criminología.

Para la mayoría de los autores europeos, se trata de una ciencia dedicada exclusivamente a la investigación de la etiología de la conducta criminal. Mientras que, con criterio mucho más amplio, los americanos suelen incluir en ella toda cuestión que afecte al estudio de los delincuentes y a la selección de los métodos más apropiados para su tratamiento. Hoy, esta tendencia se va extendiendo a Europa.

De acuerdo con la primera tesis, que asigna a la criminología el estudio etiológico del delito, convirtiéndola en ciencia causal explicativa, no hay duda de que su más importante función es descubrir y combatir los factores del crimen. Ese es el pensamiento de von Liszt,

y en el mismo sentido dice Stephan Hurwitz: la criminología es: "Aquel-
la parte de la ciencia criminal que pone de relieve los factores de
la criminalidad mediante la investigación empírica, es decir los fac-
tores individuales y sociales que fundamentan la conducta
criminal"⁵⁷).

Descubrir, ilustrar los factores de la criminalidad. He aquí la
función de la criminología. Por supuesto mediante una investigación
empírica.

En consecuencia, es vital para la criminología determinar exac-
tamente lo que debemos entender por factores de la criminalidad. Y es-
to es lo curioso, que los autores emplean constantemente dicho término
sin ocuparse de explicar su alcance y significación. Cosa que hemos de
deducir del empleo que hacen del mismo.

Los factores de la criminalidad nacen en el mundo de las ciencias
penales, con el significado y ambición que hasta hoy han tenido, jus-
tamente en el año 1876, con L'uomo delinquente. Olvidamos deliberada-
mente a los magos y quiromantísticos, precursores de Lombroso según el
padre Montes, y a los fisonomistas y frenólogos, antecedente mucho más
directo. E incluso la crítica de Saldaña: El joven sabio -César Lon-

57 LOPEZ-REY Y ARROJO, MANUEL, Op. cit., páq. 23.

broso- es un médico judío, como los antiguos oculistas y adivinadores, que escribió un libro de historia natural, titulado L'uomo delinquente. ¿Qué contiene este libro? Son cuestiones viejas, lustradas que parecen nuevas; como los uniformes y las capas que venden sus hermanos de raza en los suburbios de París, de Berlín o de Londres".(58)

Lo cierto es que, con todas las críticas que puedan y quieran hacerse, es Lombroso quien incorpora la preocupación por los factores de la criminalidad. Precisamente poco antes de que Pirandello, con Uno, ninguno y cien mil, que aparece en 1917, universalizara una de las ideas más eficaces contra el simplismo lombrosiano: el mismo hombre, en el mismo ambiente, con las mismas taras y textura antropológica, reacciones de distinta forma, advertida o inadvertidamente, ante cualquier situación.

Ayer por palabras de Quevedo, hoy de Pirandello, es curioso observar cuántas veces procede de la filosofía o de la literatura la redención de los pecados de la credulidad que las ciencias naturales cometen, gracias a la colaboración del experimento no experimentado.

58 SALDANA, Los orígenes de la criminología, Madrid, 1915, págs. 347-348.

LA CAUSALIDAD.

Factor equivale a concausa, elemento. En efecto, según Lombroso, los factores son concausas. De tal forma que cuando son de naturaleza antropológica, su reunión en los llamados estigmas da lugar a la existencia del criminal nato.

Hay que tener en cuenta que Lombroso está influenciado por Von Buri, que desde 1860 venía defendiendo la teoría casual de la "conditio sine qua non", la cual, trasplantada al Derecho Penal, tan discutida ha sido en el capítulo de la conducta.

Pero, hay que advertirlo, en el sentido mecánico de relación entre la conducta y el resultado, y no en el del origen de la conducta.

Conocidos son los puntos de contacto que tiene esta teoría con el pensamiento de Stuart Mill, el cual parte de la base de que la causalidad, pilar de toda ciencia inductiva, dice que entre los fenómenos de un momento, y los siguientes, se da un orden de sucesión invariable. Esta sucesión no adviene de un sólo antecedente a un sólo consecuente, sino de un conjunto de antecedentes a un conjunto de consecuentes.

Pues bien, la causa real de cada advenimiento es el conjunto de todos estos antecedentes, y no se puede llamar causa a cada uno de ellos.

Este mismo sentido y significación da Ferri a los factores sociales. Sin embargo, se percibe una diferencia de matiz entre unas y otras concausas, entre unos y otros factores, muy digna de tenerse en cuenta, sobre todo cuando representa una evidente inconsecuencia dentro de la Escuela positivista, y de ésta con el concepto causal de Stuart Mill y Von Buri, en el que se apoyan.

Es esencial para ellos la identidad cualitativa de todas las condiciones o concausas. Las condiciones no se diferencian de la causa en que tengan distinta capacidad creadora, como ocurre en la Escolástica, sino en el sentido cuantitativo de que causa es la suma, el conjunto de las condiciones.

Sin embargo, Lombroso señala el atavismo y la epilepsia como factores, de tal forma que, según él, la naturaleza crea al delincuente, pero sólo la sociedad proporciona las condiciones necesarias para la ejecución del acto criminal. Según estas condiciones el criminal nato llegará, o no, a realizar la misión que sus estigmas le tienen señalada. Hay pues una gran diferencia entre los factores, que tienen capacidad genésica, y el ambiente, que cumple una función de circunstancia en las tesis lombrosiana.

La Escuela francesa, con Lascassagne y Tarde, y la Escuela sociológica alemana de Von Litz, dan mayor relieve a los factores sociales: las sociedades no tienen más delincuentes que los que se merecen; todos somos responsables menos el delincuente.

Por principio, tratan sin embargo de que aparezca indiferenciada la naturaleza esencial de los factores. Como tales, los antropológicos y los sociales se funden, sin que sea posible establecer una diferencia cualitativa, fuera de la reconocida por su origen.

Así, Von Listz dice que -La observación nos enseña que cada delito particular resulta de la cooperación de dos grupos de condiciones; de una parte, de la propia naturaleza individual del delincuente; de otra parte, de las condiciones exteriores, físicas y sociales, sobre todo económicas que lo rodean (⁵⁹).

Lo más que puede admitirse es una diferencia cuantitativa, desde el momento en que se sitúan sobre todo económicas.

De esta forma es imposible la existencia del criminal nato. Hay un proceso para cada delito particular, que resulta de la cooperación de dos grupos de condiciones. Si existiera un criminal nato o un ambiente criminal, cada uno de ellos constituiría la causa del delito, siendo los demás factores condiciones; diferencia esencial, cualitativa, opuesta a los principios de estas escuelas.

59 VON LISTZ, Tratado de Derecho Penal, trad. Jiménez de Asúa, T. II 3a edic., Madrid, S.A., págs. 14-15.

Por eso insiste Von Listz en la necesidad de integrar dichos factores, y dice refiriéndose a ambos: -Pero esta distinción sólo es admisible bajo un doble supuesto:

1.- Se debe sentar claramente, sobre este punto, que el objeto de examen es uno e idéntico y que tan sólo el método difiere: allí la observación sistemática del individuo, aquí la observación sistemática de la masa. Pues el crimen, como fenómeno de la vida social, está compuesto de un cierto número de crímenes particulares; y cada uno de éstos es tan solo una parte del fenómeno social.

2.- No se debe olvidar que sólo la reunión de los dos métodos, de modo que los resultados del uno sean recíprocamente examinados y completados por el otro, puede conducir a un conocimiento exacto del crimen ⁶⁰).

Von Listz cierra un largo período, durante el cual la criminología, que ha prometido una investigación causal explicativa, nos da una serie de factores deducidos de un método en el mejor de los casos puramente estadístico.

60 Id., pág. 13.

Tales factores, que se tiene la pretensión de que poseen capacidad creadora, se afirman por una simple frecuencia en la repetición de los hechos, cuya trabazón íntima se ignora. Y en contradicción con los fundamentos doctrinales de sus propias escuelas, que se oponen al razonamiento abstracto y se dicen experimentales, afirman como cierto lo que no se puede probar experimentalmente. Así aparece en primer plano la estadística criminal.

De su eficacia, hoy bien limitada, dice Kinberg: "Dado que la estadística pura no describe más que los síntomas de procesos desconocidos (W. J. Thomas), no presenta aquí más que un valor limitado para el conocimiento de las causas de la criminalidad. La estadística trata de masas, y no considera el análisis detallado del comportamiento de individuos particulares. Las relaciones de causa a efecto no pueden por tanto ser descubiertas por la estadística".⁽⁶¹⁾

LA POSICION CRITICA.

El positivismo, reduciendo toda posible formulación dogmática a la derivada del conocimiento empírico, ha tratado a toda costa de buscar un proceso causal que no ha podido ser establecido. Lo más que se presenta es un recuerdo estadístico y un conjunto de factores a los

61 KINBERG, Les problèmes fondamentaux de la criminologie, Paris, 1960, pág. 172.

que se atribuye un poder causal creador. Sólo una crédula aceptación de unos principios -auténticos prejuicios-, que se presentan como indiscutible conquista de una contemplación objetiva del fenómeno delictivo, como acontecimiento fatal en el fluir de los fenómenos de la naturaleza, hizo posible el éxito de estas escuelas.

Respecto a la concepción sociológica el delito lleva razón Mezger: "Toda responsabilidad por los actos buenos y malos pasa del individuo al medio, que forma al individuo y le sujeta. En lugar de la responsabilidad colectiva de la sociedad. Por ello, la concepción sociológica del delito, en sus últimas consecuencias de un materialismo económico, es el fin de la responsabilidad del individuo y de la independencia de la vida del espíritu; pero con ello también el fin de toda cultura. Lo creador en el hombre se ahoga en la infrahumanidad" (62).

Todo esto no quiere decir que se pueda prescindir del estudio y consideración de los factores de la criminalidad. Quiere decir, solamente, que hay que reducirlos a sus justos límites. Y pensar en ellos más como tema de investigación que como elemento principal y absorbente, al tratar de reducir las infracciones de menores.

En el primer aspecto, hay todavía mucho que estudiar para saber cuáles son y qué naturaleza tienen: es decir, para saber si son causas o simplemente condición u ocasión. Lo primero muy difícil, porque entre la presión de los factores de la ejecución de la conducta se interfiere esa especie de piñón, libre que llamamos libre albedrío. Lo segundo muy probable, porque el piñón libre que llamamos libre albedrío permite rechazar, pero también aceptar la presión de los mismos.

En el segundo aspecto, la aplicación práctica en el momento actual, no sólo queda limitada por la escasez e imprecisión de los conocimientos que sobre los factores tenemos, sino por la necesidad imperiosa de prestar atención a otros elementos que, hoy por hoy, pueden ser más fecundos en la función preventiva.

En el último extremo no podemos olvidar que muchos sujetos, con una disposición y un ambiente óptimos, delinquen; mientras que son infinitos los que, con graves deficiencias de disposición y ambiente, no delinquen jamás.

No podemos dar toda la preferencia a los factores, olvidando que hay otros caminos de prevención, ajenos totalmente al proceso genético del delito.

A ellos tenemos que dedicar la máxima atención, pero era preciso justificar por qué, y cómo, hay que reducir los factores, alma de la criminología, a sus justos límites.

LA SUBJETIVIZACION DEL DERECHO PENAL.

Puesto que la criminología nace, por obra de Lombroso, con la pretensión de estudiar, más que al crimen, al criminal, se ha convertido en lugar común que a ella se debe la subjetivización del Derecho Penal.

Se olvida que el Derecho Penal, por su propia cuenta, y con los límites que le imponía su propia finalidad, ya se había ocupado de subjetivizarse.

Basta pensar en la enorme distancia que hay desde el viejo derecho penal germánico, donde se respondía por el puro resultado dañoso, donde cabía una responsabilidad tribal, hasta el derecho penal clásico, donde sólo se responde de aquellos actos que se han realizado con cierta aportación psicológica del sujeto agente, de aquellos actos que son imputables a título de dolo o culpa; donde no se responde más que individualmente, y no existe la responsabilidad colectiva. Es evidente que esto supone ya un gran proceso de subjetivización.

LOS PRINCIPIOS DE LA LIBERTAD.

Ahora bien, no puede olvidarse que cuando llega el momento de la invasión lombrosiana, la Escuela clásica se establece sobre cuatro postulados principales:

Primero, la existencia del libre albedrío. El hombre es libre, y puede optar entre realizar o no realizar una conducta.

Segundo, la pena es retributiva, pena castigo. Al hombre que pudo optar y cometi6 la conducta delictiva, se le puede y se le debe castigar.

Tercero, el derecho penal está constituido por un repertorio de tipos penales objetivos, con la descripción de aquellas conductas que quiere evitar: -El que realice tal conducta sufrirá tal pena-. Descripción objetiva de tipos penales que está inspirada en un deseo de garantía de la libertad individual. Que el hombre sepa que puede realizar cualquier conducta salvo las descritas expresamente, prohibidas y penadas por el legislador.

Cuarto, la pena cumple una función de prevención general. La descripción del tipo penal, y la amenaza de la pena, están ejerciendo una coacción psicológica sobre todos los ciudadanos, para que se abs-

tengan de realizar hechos criminales. La prevención especial queda casi reducida a la segregación del delincuente.

LOS PRINCIPIOS DE LA CAUSALIDAD.

Contra estos cuatro postulados se lanza enérgicamente la Escuela positivista. Su pretensión ya la conocemos, estudiar al criminal, pero lo importante es saber cómo substituye los principios de la Escuela Clásica:

Primero, el hombre no es un ser libre; está fatal y necesariamente determinado. El libre albedrío no es más que un producto de la vanidad humana, que quiere verse libre de la cadena causal que liga a todos los seres del universo.

Segundo, por tanto, no cabe la pena retributiva, sino la medida de seguridad. No se puede castigar a un hombre que hace lo que fatal y necesariamente tiene que hacer. Lo único posible es tomar medidas de seguridad que contrarresten su peligrosidad.

Tercero, no se pueden describir tipos objetivos, sino sujetos criminales, hasta llegar al criminal nato lombrosiano.

Cuarto, debe predominar la prevención especial, adaptada a la naturaleza de cada sujeto.

Estos cuatro postulados, que intentan substituir a los de la Escuela clásica, se imponen, y es lo que ahora nos importa, en nombre del subjetivismo. Hay que dar preferencia al estudio del delincuente, más importante que la conducta.

Basta confrontar ambos grupos de principios para comprobar que la Escuela clásica piensa en sujetos y la positivista en objetos. Justo lo contrario de lo que comunmente se afirma.

Igual ocurre con la dirección freudiana. Con la radical diferencia que separa una posición de otra, viene caracterizada por el mismo deseo de subjetivizar el estudio del delito. Ahora con más agudeza psicológica, incluso si se quiere con más finura científica, pero bajo el mismo lema de subjetivización y con el mismo resultado. El determinismo psicológico predomina sobre el somatológico.

También los psicoanalistas Alexander y Staub siguen insistiendo en que el libre albedrío sólo es hijo de la vanidad humana, inventado por el hombre que quiere verse libre de la cadena causal fatalista que liga todo el cosmos: "Opinamos que el concepto del libre albedrío no significa más que el deseo narcisista, transformado hasta en un postulado ético, de que el Superyó domina ilimitadamente el aparato anímico humano" (63). Claro que éstos, más cautos, alteran para rebatirle el

63 Alexander y Staub, *El delincuente y sus jueces desde el punto de vista psicoanalítico*. Madrid, 1935, páq. 77.

verdadero significado del libre albedrío. Nadie ha pensado que domina ilicitadamente el aparato anímico humano, y por eso los límites son tomados en cuenta como circunstancia o incluso como causa de total inimputabilidad.

Es curiosa la posición de los negadores del libre albedrío. Concientes de que todos sus hermanos del género humano están fatalmente determinados en su conducta, y conocedores de los factores antropológicos y sociales que la determinan, parece que ellos quedan al margen de ese fatalismo, ya que se sienten capaces de alterar el proceso mediante la transformación de los factores. Y además en el sentido por ellos deseado. Original pieza de reloj, que un día advierte que todas sus compañeras actúan, mecánicamente y resuelve introducir una modificación en su marcha para adelantar un cuarto de hora.

CONVERTIR EL SUJETO EN OBJETO NO ES SUBJETIVIZAR.

Por tanto, con lo interesantes que fueron ambas aportaciones, la lombrosiana y la freudiana, con todo el sedimento que han dejado -tan útil en otros aspectos-, en el que aquí estamos estudiando, de subjetivización del delito, ocurrió lo siguiente: que bajo el lema subjetivizar, hicieron absolutamente imposible la subjetivización. Insisten en que hay que estudiar al delincuente, pero lo hacen en tal forma que lo convierten en objeto. Es un objeto más, encadenado a este fatalismo causalista. Un sujeto que deviene en objeto por estar incurrido en una

cadena causal necesaria. El sujeto ha desaparecido, es decir, que lo que pretendió ser subjetivización se ha convertido en la más absoluta objetivización. En cuanto estudiaban al sujeto pudieron considerarse subjetivistas, pero desde que convirtieron al sujeto en objeto no puede hablarse de subjetivismo.

Hora es ya de ver lo que inexplicablemente no ha visto la crítica. La Escuela positivista no introduce el estudio del delincuente. Lo elimina.

La Escuela clásica fue más subjetivista. Excluye a los inimputables, lo cual demuestra que está teniendo en cuenta elementos subjetivos. El imputable es capaz, es un sujeto a quien se puede reprochar su conducta; el inimputable no lo es, luego debemos prescindir de él, como posible delincuente, en el campo del derecho penal.

Además, los móviles y fines se tienen en cuenta en la Escuela clásica como circunstancias que van a alterar la responsabilidad, agravándola o atenuándola. Por tanto, también aquí se tiene en cuenta el sujeto. Por último se castiga la reincidencia, lo cual prueba que se tiene en cuenta la personalidad del delincuente; porque en lo objetivo comete un delito igual que todos los demás.

Ahora bien, es cierto que cuando la Escuela clásica tiene en cuenta los elementos subjetivos, lo hace solamente para realizar un más perfecto juicio de culpabilidad; pero no está juzgando al autor

como tal, por su propia personalidad, sino por el acto ejecutado, aunque la personalidad nos sirva para aclarar, para interpretar, para perfeccionar este juicio.

Un autor tan poco sospechoso de clasicismos como Jiménez de Asúa confirma esta postura: "En suma -dice-: proclamamos la necesidad de atender al elemento caracteriológico para ahondar y afirmar el juicio de culpabilidad, sin que ello suponga la vuelta a las concepciones positivistas, ni la consagración de la culpabilidad del carácter y menos todavía del entronizamiento de la "culpabilidad de autor". En los Códigos vigentes, basados en criterios individuales y defensores de la libertad, la culpabilidad surge en referencia al acto concreto injusto y no al carácter o personalidad del que obra".⁽⁶⁴⁾

LO SUBJETIVO EN LA PREVENCIÓN Y EN LA REPRESIÓN.

Eran precisas las anteriores puntualizaciones para purificar el sentido que a la subjetivización ha de darse. Estudio del sujeto sin desvirtuar su naturaleza. Pero ahora, como lo que nos importa es la prevención de las infracciones y no su represión, que respecto al menor carece de sentido, hay que diferenciar bien lo que la subjetivización significa para una y para otra finalidad.

64 JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado de Derecho penal, T. V. Buenos Aires, 1956, pág. 246.

Es en el campo de la prevención donde la personalidad del sujeto adquiere mayor relieve. Pero deslindando bien los campos de la represión y de la prevención, absolutamente necesario cuando vamos a hablar de la última; y cuando vamos a tener que dar una trascendencia extraordinaria a lo subjetivo, que no sería tan conveniente en el campo de la represión.

Simonin, el ilustre profesor de medicina legal, señala, junto a las funciones clásicas de la medicina legal la prevención. Así hace la siguiente enumeración de fines: Investigación y prueba del delito, investigación del agente, grados de la responsabilidad y determinación de la culpabilidad. Es decir los tradicionales. Pero junto a ellos, y de forma muy destacada, la prevención del delito, a la cual dedica algunas páginas de su libro.

Ahora bien, nos interesa -y por eso citamos esta obra y este autor-, destacar una frase. Dice Simonin: "Así, la represión se volvería ecléctica por la aplicación de una penalidad científica, dosificada, individualizada, que tendría en cuenta no solamente las circunstancias del crimen, sino también de la morbosidad, la nocividad, la intimidabilidad y la perfectabilidad del criminal: el delincuente sería castigado no tanto por lo que ha hecho, sino por lo que es; su futuro importa más que su pasado"(65).

Tenemos que advertir, -para eso está todo lo anterior- nuestra discrepancia con este criterio, producto de una confusión entre función preventiva y función represiva.

Es necesario distinguir perfectamente esto. Cuando dice que la represión individualizada tendrá en cuenta..., respondemos: la represión no. No se puede castigar a un sujeto por lo que es, por su propia personalidad. Sería una invasión intolerable del campo de la moral. Sólo a partir de lo que hace puede quedar justificada la intervención penal y la función represiva. Todo lo demás, muy importante y que necesariamente ha de ser tomado en cuenta, podrá ser estimado como circunstancia, y valorado sobre todo con fines de prevención.

Es deseable que la represión desaparezca. Es deseable dedicarse sólo a la prevención; pero, hoy por hoy, esto es imposible; y mientras haya prevención y represión tenemos que procurar a toda costa que la segunda lo sea por el hecho y con las mayores garantías posibles.

BUSCANDO LA PERFECCION.

Como es en la prevención, y de manera muy especial en la de menores, donde la subjetivización puede llevarse hasta el límite que permita el respeto a la persona y recabe la utilidad, no hay duda de que ofrece un campo muy amplio de posibilidades.

Pero la frase citada de Simonin nos va a servir para hacer otra observación. Subjetivizar no quiere decir penetrar en el alma del sujeto a la caza de lo malo que en ella exista: -morbosidad, nocividad, intimidabilidad-; puesto que interesa más el futuro que el pasado, y en eso todos estamos de acuerdo, será más fecundo buscar y estimular todo lo que haya de positivo. Sin olvidar todo lo que falta, y ha de ser puesto. Todo lo que colabore con su natural perfectibilidad.

G.- EL PROCESO DE HUMANIZACION DE LA CRIMINOLOGIA.

No hay duda de que la criminología, pasado el primer momento de euforia y ambición agresiva, ha entrado en un buen camino.

Una prudente frase del prudente Jacques Léauté lo confirma: "El IV Congreso francés de criminología ha tenido la modestia de limitarse al estudio del tratamiento de los criminales, sin intentar remontarse hasta las causas del crimen"⁶⁶).

La misma moderación se impone respecto a los menores: "La inadaptación social de los niños y de los adolescentes no es un terreno

66 El Tratamiento de los delincuentes. Cuarto Congreso Francés de Criminología, París, 1966, págs. XI.

donde la investigación se ejerza fácilmente, porque los factores que se pueden tener por responsables de este fenómeno son extremadamente diversos y cambiantes. Por eso no se puede desprender ningún principio universalmente válido⁽⁶⁷⁾.

La modestia y la autocrítica prometen ser más fecundas que la inicial vanidad. Se realizan verdaderos esfuerzos para asegurar la credibilidad de los experimentos; se insiste en la integración de los resultados y, lo que es más importante, se humaniza.

En efecto; incluso la vieja terminología de factores -referente a los antropológicos y sociales-, es substituida con frecuencia por la disposición y ambiente. Los términos son menos comprometedores y más exactos.

La disposición está constituida por la potencialidad heredada, que se desarrolla en un ambiente, dando lugar a la formación de la personalidad.

67 La infancia y la adolescencia en peligro (Medidas e instituciones). Tricésima Conferencia de Ministros Europeos encargados de asuntos familiares. Strasbourg, 1973, págs. 10.

Esta personalidad no es, por tanto, un simple fenómeno endógeno, sino el resultado de la disposición y del ambiente que ha influido en su formación.

LA PERSONA HUMANA AUTENTICA.

Es el hallazgo de una nueva dimensión que ya se vislumbra en Niceforo: "El ambiente, sin duda, es un sistema de fuerzas que continuamente opera sobre todo aquello -cosas y hombres-, que dentro del sistema se encuentra preso... En todo sistema de fuerzas ambientales, cada fuerza puede operar sobre las otras, de las cuales a su vez recibe el influjo. En tercer lugar, cada presión ambiental -cualquiera que sea- hace sentir su fuerza sólo como consiente la resistencia o receptividad de aquello sobre lo cual tal presión se ejercita"⁶⁸).

Kinberg, con más rigor científico, limita la influencia del medio: "A cada momento de nuestra vida, somos estimulados por excitantes mesógenos de los cuales la mayor parte son tan débiles y poco dramáticos que apenas son acompañados de sensaciones subjetivas... Si los impulsos mesógenos son lo suficientemente fuertes para encastrar un proceso psico-neurológico de cierta intensidad, se verá que los mismos

68 NICEFORO, Ambiente y criminalidad, Justicia Penal, 1946, I, cols.

impulsos son seguidos de reacciones muy diferentes por los diversos sujetos"(69). La relación entre el ambiente, considerado de esta forma relativa, y la disposición, es lo que da lugar a la formación de la individualidad, factor I de Kinberg.

También para Exner el ambiente es un concepto relativo, que varía según la capacidad de recepción del sujeto. Es un factor potencial: "depende de la disposición, qué ambiente y cómo éste ambiente actúa sobre las personas, dentro del margen concedido por las circunstancias externas"(70).

LA PERSONA HUMANA Y SU MEDIO AMBIENTE.

De la posición inicial de Nicéforo a las de Kinberg y Exner hay una gran diferencia. Allí el sistema es cárcel, una constelación de fuerzas que se contraponen, olvidando que es el natural acomodo del hombre. Es el mundo máquina regido por leyes potencia-resistencia. En Kinberg y en Exner se relativiza, al incluir un factor más humano: la capacidad de recepción.

69 Op. cit., pág. 140.

70 EXNER, Criminología. Trad. it. de Kalmar-Fischer, Milán, 1953, pág. 33.

De todas formas siempre se subestima la intervención creadora del hombre. Su participación eficaz en la transformación del ambiente.

Sólo falta agregar que no tiene capacidad creadora en la conducta individual, que su potencialidad no llega a ser suficiente para el tránsito del no ser al ser. Que constituye una condición o una ocasión, pero no la causa del delito.

En verdad el ambiente no es todo lo que circunda al sujeto. Nada más que una pequeña parte de lo que rodea al individuo pasa a formar parte de su ambiente, mientras que el resto permanece ajeno a su vida, extraño a su mundo vital. Algo que a lo sumo contempla, pero no asimila ni utiliza.

Prueba de que no es cárcel, sino cabal acomodo, es que trasladado el sujeto a otro lugar, busca inmediatamente el ambiente parecido posible al de su procedencia, y se siente incómodo si no lo encuentra. Por eso es bien conocido el peligro de las emigraciones.

UNA SOCIEDAD SIN NORMAS.

El estudio del ambiente se complica con una mejor comprensión de la vida social. La vieja tesis de Durkheim sobre la anomia, ha renacido con gran fuerza en modernos estudios criminológicos.

El interesante trabajo de Roger Benjamin da una explicación, al menos parcial, de su resurgimiento. Sin despreciar los factores individuales, es cierto que éstos no justifican el actual aumento de la criminalidad; lo que ha variado substancialmente, y a ello hay que atribuir dicho aumento, es la sociedad. "Por eso -dice-, preferimos subrayar la importancia de las hipótesis fundadas sobre el estado de anomía de la sociedad. Esta no impone ningún límite al desarrollo de las necesidades de sus miembros, mientras que un gran número de ellos no tiene la posibilidad de satisfacerlas"⁽⁷¹⁾.

Es cierto que el desequilibrio entre unas sugestivas ofertas de felicidad, y la imposibilidad de lograrlas, puede repercutir en la conducta criminal, pero nos parece una visión muy parcial. Reducir la vida social a un problema de oferta y demanda, puedan o no cumplirse las primeras y satisfacerse las segundas, es simplificar demasiado la cuestión.

Con un concepto mucho más amplio Spitzer define la anomía como "propiedad de un sistema social cuya cohesión está debilitada en razón del debilitamiento de las normas reguladoras de las conductas sociales"⁽⁷²⁾.

71 Op. cit., pág. 75

72 Op. cit., pág. 90

EL ACATAMIENTO DE LAS NORMAS DE CONVIVENCIA.

Importante es comprobar cómo se acomoda el sujeto a la totalidad de una forma de vida social y cómo se comporta respecto al acatamiento de sus normas de convivencia.

Con esta finalidad, se ha formulado la siguiente hipótesis:

Si partimos del hecho de que los grupos humanos se rigen por una serie de cánones jurídicos y sociales que, en su conjunto, dan un determinado estilo o forma de vida, hemos de comprender que pueden ser justos o injustos, congruentes o incongruentes, pero tienen siempre una pretensión de vigencia.

Frente a este conjunto de normas, los miembros de la comunidad, también en conjunto, reaccionan de distintas formas.

Cuando una mayoría está de acuerdo con ellos, los acepta gustosa, por considerarlos como modelo de vida digno de ser realizado; confía en su capacidad organizadora, en su razón, y en el plano de los sentimientos experimenta alegría y seguridad. Es natural que se imponga como norma de vida el cumplimiento del deber. Son las épocas clásicas que los historiadores han llamado alguna vez "los felices años".

Pero cuando estos cánones comienzan a ser puestos en duda, mientras son substituidos por otros, se producen momentos de incertidumbre. Pequeños grupos de dogmáticos pretenden que se impongan los suyos. La lucha de razones encontradas socava el valor de la propia razón; la mayoría pierde la confianza en ella y se impone lo irracional-emotivo. Predominan el miedo y la inseguridad. El hombre se hace incoherente y adopta como norma de comportamiento el egoísmo: vive tu vida: Son las épocas románticas, denominadas históricamente como de "crisis".

Si la crisis no se resuelve aceptando otras normas, y volviendo a una época clásica, acabarán imponiéndose por la fuerza los del grupo más audaz. El acatamiento forzoso produce un sentimiento de tristeza y resignación. En el orden racional se llega al escepticismo. No sobre el valor de la razón, sino sobre su operatividad y eficacia. La norma de vida es también impuesta: obedece. Son las épocas dogmáticas. En ellas aparecen algunas veces focos de rebeldía.

Las épocas románticas son especialmente favorables para la comisión de delitos. Carente de fe en las instituciones y en las personas, el miembro de esta sociedad confía en el golpe de suerte que supla al esfuerzo continuado, inútil ante la inseguridad del futuro. Y este golpe puede ser el delito. Son también las más propicias para los comerciantes desaprensivos. El ahorro no tiene sentido y la satisfacción inmediata de todos los deseos y caprichos se anuncia como fácil. Se

acomoda aquí, íntegramente, la teoría de la sociedad anónima. El alcohol y la droga suplen la escasez de fuerza moral. La falta de fe en la razón y en la verdad se substituye por la magia: proliferan los adivinos y futurólogos, los horóscopos. Es el gran mundo de los farsantes. Junto a los pensadores serios, preocupados por la creación de un sistema justo y coherente, surgen los fanáticos y los farsantes, que encuentran fácil campo de acción en una masa insegura y acobardada. Falta de normas y credos comunes, sin fuerza de coerción, la sociedad se divide en grupúsculos, se desmoronan y proliferan los focos de que antes hablamos. Son las sociedades que producen más subculturas.

Esta crisis repercute en la familia, también puesta en juicio y debilitada. El muchacho inmerso en esta vida, cuyas causas y consecuencias ignora, queda a merced de sus duros embates con una escasa fuerza de resistencia.

Resumimos estas opiniones en el gráfico de la página siguiente.

Nuestra tesis puede ser aceptada o rechazada. Reconocemos de antemano la poca fortuna de la terminología empleada, pero no es cuestión de palabras. Lo cierto es que, en todo caso, sirve para comprobar lo limitado de las teorías sociológicas que destacan aspectos muy parciales, en lugar de pensar en la totalidad del mundo social en que vivimos. Es frecuente hablar de la familia como factor influyente, olvidando que ésta forma parte de otra sociedad más amplia, y que se encuentra a su vez condicionada por ella.

Sirve también para demostrar la imposibilidad de suprimir los factores, supuestos que lo sean, meta principal de la criminología.

EPOCAS	CANONES	VIDA AFECTIVA	VIDA RACIONAL	NORMA DE VIDA
CLASICA	ACEPTADOS	ALEGRIA SEGURIDAD	RACIONALISMO	CUMPLE TU DEBER
ROMANTICA	RECHAZADOS	MIEDO INSEGURIDAD	IRRACIONALISMO EMOTIVO	VIVE TU VIDA
DOGMATICA	IMPUESTOS	TRISTEZA RESIGNACION	EXCEPTICISMO	OBEDECE

EMPUJE Y CAPACIDAD DE OPCION.

La consecuencia más importante de la humanización de la criminología es que sustituye el concepto del hombre empujado por el del hombre con capacidad de previsión y opción.

A la negación del libre albedrío sigue una época de exaltación de la libertad. Un reflexivo se pone de moda: realizarse.

Frente a la tendencia de reducir los fenómenos sociales a naturaleza, se impone la de convertirlos en valores, en creación racional y de cultura.

En esta situación es difícil de aceptar la existencia de factores de la criminalidad en el sentido de germen, de principio con fuerza causal creadora. La distinción escolástica entre causa condición y ocasión se hace evidente por su eficacia práctica. Hay algo que contiene en sí la razón suficiente para el tránsito del no ser al ser. Pero ese algo no se da en la condición ni en la ocasión, sin que dejen de ser operantes. En el fenómeno criminal ya no tiene sentido la pirueta de Lombroso, al aplicar al campo de la conducta el concepto causal de las ciencias naturales. Eso supone el determinismo. Por eso fue lógico negando el libre albedrío.

Unas cuantas citas son convenientes para aclarar esta nueva toma de posición:

Bettiol: "Hoy se habla en otro sentido de un derecho penal que mira al autor. Eliminado del sector de la dogmática jurídica todo planteamiento de origen naturalístico, el problema de un derecho que mira al autor debía necesariamente quedar inserto en un clima ético-cultural"(73).

Welzel: "El hombre no es únicamente un ser que actúa finalísticamente, sino también un ser moralmente responsable de sus acciones. Si el hombre se guía por las exigencias del deber que surge de los valores de la comunidad...actúa meritoriamente. Si los lesiona, actúa culpablemente. El hombre es -persona- en el doble sentido de que es un ser que actúa finalísticamente y que es moralmente responsable de sus acciones"(74).

Vernet: "Pretender que todos los culpables sean enfermos, infantiles, autómatas, sería dar un golpe incalculable a la dignidad del

73 BETTIOL, El problema del bien jurídico, en Escritos Jurídicos, T. II. Padova, 1966, pág. 921.

74 WELZEL, Derecho Penal, P. general, Buenos Aires, 1956, pág. 76.

hombre, y nosotros debemos conservar en el activo de todo hombre, cualesquiera que ses, la grandeza que él puede manifestar en sus actos personales"(75).

Termina así un capítulo de la criminología que Spitzri considera su enfermedad infantil: "Todos los crímenes deberían ser explicados por una hipótesis dada; sólo los criminales deberían presentar los elementos determinados por tal hipótesis"(76).

Al terminar con el anterior simplismo el problema se complica, se hace más difícil, pero también mucho más interesante y prometedor.

Cuando los viajeros criminalistas nos querían demostrar la inexistencia del libre albedrío con su clásico argumento: una dosis de adrenalina o alcohol y su conducta será otra, lo que nos estaban demostrando es como puede ser anulado o perturbado su ejercicio. "Si hubiera tenido otro padre -dicen Alexander y Staub-, o recibido otra educación, o bebido un vaso menos de cerveza antes de realizar el acto, se-

75 VERNET, La orientación criminológica del Cuarto Congreso, en El tratamiento de los delincuentes. París, 1966, pág. 3.

76 Op. cit., pág. 24.

te sería distinto"(77). Evidentemente; si hubiera tenido otro padre no es el acto el que sería distinto, sino el sujeto, que sería otro. La educación, el vaso de cerveza, pueden, en cierta medida, obstaculizar el ejercicio del libre albedrío.

Esta nueva posición nos está dando la clave del tratamiento, sobre todo en los menores. Se trata de fortalecer, superar las circunstancias adversas, las condiciones u ocasiones de cometer la infracción, que nunca falta en la vida de todos los seres.

Pero esta dignificación del hombre, nos impide también utilizarlo como objeto de experimento. Sobre todo abusando de la inocente tolerancia del menor. Y nos obliga a darle una experiencia de que carece. Lo cual no es lo mismo.

DEBEMOS ENTENDER AL MENOR COMO LO QUE ES.

Hemos tratado hasta ahora los principios generales aplicables a toda especie de infracción, y que por tanto son válidos para las de menores.

77 ALEXANDER y STAUB, El delincuente y sus jueces desde el punto de vista psicoanalítico. Madrid, 1935. pág. 74.

Pero antes de iniciar el capítulo de consecuencias prácticas nos parece aconsejable una reflexión sobre el menor, que iniciamos a partir de la siguiente idea: el menor no es un hombre pequeño, es un hombre nuevo; un hombre que estrena su vida. Lo característico de esta minoría no es, por tanto, algo dimensional. El menor no dejaría de serlo porque fuera más alto o más inteligente. Si un hombre pasara los primeros cuarenta años de su vida dormido, al despertar sería un niño. Lo es por razón de novedad; porque el mundo y su vida acaba de coincidir. Y al ser él nuevo, por un natural error de perspectiva, todo le parece nuevo. De ahí nace ese gracioso desequilibrio del niño, obligado a tomar decisiones y adoptar posturas frente a problemas desconocidos.

Cuando los mayores pisamos un ambiente nuevo, llevamos ya, aunque pase inadvertido, un equipaje: algunos un repertorio de soluciones que aplican por analogía; otros más cultivados unas dotes de observación, valoración y decisión, donde entran en juego la inteligencia y la voluntad y se tienen en cuenta unas categorías éticas. Es lo que llamamos experiencia mecánica o racional. El menor, a falta de esto, salva la situación inédita gracias a su ingravidez espiritual. Pasa el pie como si estuviera en vuelo; por eso sus golpes son menos graves.

Retengamos este primer dato; su inmenso poder de adaptación procede de su poco peso, de su escaso equipaje, de la falta de hábitos y experiencias.

Y esto otro: es encantador comprobar que el menor no mira, admira, puesto que para él todo es nuevo, sorprendente. Recibe gozoso, de una forma sencilla, ingenua, lo que hay de milagro en el mundo a que nace.

También esta observación nos ha de ser útil: admira y como admira copia, imita.

Ahora bien, este inmenso poder de adaptación, esta admiración imitadora, puede ser fecunda o nefasta: depende del modelo.

No se puede olvidar que el menor se hace mayor, y que al llegar a la juventud, al formarse su personalidad, juzga.

LAS BASES DEL SISTEMA.

Con los antecedentes expuestos, podemos ya adoptar una posición y fijar las bases del sistema preventivo, tomando en cuenta los siguientes aspectos:

1.- La naturaleza del fenómeno. Desde el principio hemos rechazado la idea de considerar la infracción como un acontecimiento fatal, semejante a la tormenta o el terremoto. Por eso afirmábamos que al tratarse de un fenómeno humano y vivo, sólo a través de una humana

convivencia puede ser estudiado. Hay que agregar que también una humana convivencia con el menor infractor, o con quienes probablemente lo van a ser, constituirá casi siempre el medio más eficaz para la prevención.

Como no es fenómeno físico-químico, no basta con un despáchese -sulfanidas o vitaminas-; en libertad o internado, mejor en libertad, hay que incorporar al menor a un sistema de convivencia activa, donde su colaboración creadora enriquezca a la vez su personalidad.

2.- El fenómeno completo. Cuando afirmábamos, de acuerdo con gran parte de la doctrina moderna, que es preciso estudiar el fenómeno completo, ha de entenderse que se trata más de un deseo, un esfuerzo continuado, que da una realidad. Hemos de ampliar el campo de observación precisamente porque no conocemos sus límites.

Hasta hoy, se ha prestado una mayor atención a los factores antropológicos y sociales: desde la frente estrecha y huidiza hasta las cromosomopatías -fórmula XYY- y desde la pobreza e incultura hasta la sociedad anónima.

Esfuerzo, ya lo hemos advertido, muy estimable. Sobre todo cuando estas aportaciones se verifican con la modestia que actualmente caracteriza a los mejores criminólogos. Pero dado que no se ha podido demostrar la existencia de factores con capacidad suficiente para el

tránsito del no ser al ser -es decir, verdaderas causas-, sino alguna mayor o menor frecuencia reflejada en la estadística, sólo hemos de admitir la existencia de determinadas condiciones u ocasiones. Por eso podemos predecir con un aceptable margen de error cuántas infracciones habrá el mes próximo y aún que aparecerán en mayor proporción entre los que se encuentran sometidos a esas condiciones u ocasiones; pero no quiénes serán los autores, para lo cual sería preciso conocer las verdaderas causas. Tratemos de evitar su influencia, pero estamos obligados a ampliar el campo de observación.

Primero respecto a los mismos elementos, pero contemplados desde otros puntos de vista. Después tomando en consideración elementos nuevos, incluso ajenos al proceso genético de la infracción, pero útiles para que el menor pueda superar en el futuro las situaciones de peligro.

a) El sujeto. Es vital para el sistema no convertir al sujeto en objeto.

En cuanto al examen, no buscando en el menor, obsesivamente, la morbosidad y la nocividad de que habla Simonin, como causas que han de ser suprimidas⁽⁷³⁾. Cuando existan, tendrá que intervenir

73 Hay que advertir que Simonin se refiere a delincuentes y no a menores. Pero es frecuente hacerlo en ambos casos indistintamente.

seguramente la medicina. Importa más buscar lo que hay de bueno, sobre lo cual se ha de edificar su personalidad y un futuro libre. Tenemos fichados varios cientos de trabajos sobre los factores de la criminalidad. Pero ninguno dedicado al estudio de los sorprendentes valores positivos que con frecuencia se encuentran en el alma de los delincuentes o de los menores infractores. ¿Sería igual de triste su destino si se los descubriéramos a tiempo? Y esto se logra mejor en vivo, en la conducta espontánea, que a través de los datos disecados de un laboratorio. Vale más una amistosa confidencia que un repertorio de tesis.

En cuanto al tratamiento, si hemos advertido que el problema del menor consiste en que, escaso de equipaje, adaira y copia, que posee un inmenso poder de adaptación, no se trata de sustituir el mal modelo por el bueno, para que siga copiando, sino de aumentar su equipaje para que sea capaz de una opción razonada y libre; hacerle consciente de sus buenas cualidades y enriquecer su personalidad con lo que le falta. Enseñarle a juzgar antes de que, al llegar a cierta edad, se decida a juzgarnos. No hace falta advertir, por ser de sobra conocido, lo importante que es llegar a tiempo.

b) La infracción. Respecto a la conducta infractora, puesto que se trata de una labor de pura prevención y no de represión, puesto que no tiene ninguna finalidad retributiva, estamos de acuerdo en que ha de quedar reducida a puro síntoma. Su mejor destino es ser olvidada en cuanto sea posible.

c) El ambiente. Consideramos el ambiente con el mismo criterio que antes el sujeto. En lugar de pensar en él como algo hostil y peligroso, partimos de que es el cabal acomodo del hombre, sociable por naturaleza.

Esta consideración optimista del ambiente requiere alguna aclaración.

Ya hemos dicho que no todo lo que rodea al sujeto forma parte de su ambiente, pero también que este reducido ambiente personal se encuentra inmerso en una totalidad que marca el estilo de vida de las grandes comunidades. Con todo lo malo y lo bueno que ambos tengan, allí ha de vivir nuestro menor, como vivimos todos. Sería excelente acabar con lo malo, suprimir las condiciones y ocasiones nocivas -y todo lo que se haga en este sentido es muy importante-, pero lo es más que cada sujeto sepa vencerlas, puesto que nunca pueden ser suprimidas todas.

Una contemplación optimista del ambiente, permite a su vez descubrir al menor lo que en aquél haya de positivo, y las formas de utilizarlo para que sea fecundo, incluso la capacidad que posee para transformar su ambiente personal.

d) El futuro. Decíamos que para estudiar el fenómeno completo hace falta tomar en consideración elementos nuevos, incluso ajenos al

proceso genético de la infracción, pero que pudieron impedirlo y son fundamentales para la prevención de nuevas infracciones.

En este sentido, y aunque en principio parezca extraño, el futuro es un elemento fundamental.

Una auténtica subjetivización nos obliga a considerar que el hombre obra llamado por el futuro más que empujado por el pasado, y posee una capacidad de opción abierta en múltiples direcciones.

No podemos olvidar que el futuro está en gran parte presente, en cuanto con su llamada estimula y condiciona nuestra conducta actual y se nos ofrece distinto según lo que hoy hagamos.

Este es uno de los problemas del menor: su incapacidad de prevención a largo plazo. Ve lo inmediato, pero no capta la dimensión de profundidad del tiempo. Ni hacia el pasado ni hacia el futuro. Bien conocida es por los profesores de historia la dificultad que tiene para encuadrar personas y acontecimientos en la época debida, y cuando hace una correcta sucesión cronológica es más gracias a la memoria que a la comprensión del "tiempo". Por eso es corriente que acuda a muletillas no comprometedoras: en otros tiempos...antiguamente...

Se explica así la impaciencia del menor y su deseo de conseguir -ahora- y por cualquier medio la satisfacción de sus apetitos.

"Presentizar" el futuro, hacer que sea comprendido y tomado en cuenta en su conducta, es labor difícil, pero esencial en la prevención.

No hay que olvidar que la imprevisión es característica muy común entre los delincuentes, y que en las épocas de convulsión, la incertidumbre sobre el futuro produce un aumento de delincuencia.

e) Los otros. También hay que tomar en consideración a -los otros-, los que pudieron ser infractores y no lo fueron. Pero en forma distinta a como se hace habitualmente. Es frecuente en la criminología utilizar grupos de contraste para buscar los estigmas que tiene el delincuente y no tienen los demás. Fue el método de Lombroso. Ya al tratar del sujeto hemos invertido los términos, buscando lo que tienen los otros y le falta al menor infractor.

Por tanto, si ahora agregamos a "los otros" como elemento independiente es con distinta finalidad.

Por ley natural, el menor es egoísta. Su carencia de medios le obliga a vivir en una constante situación de dependencia, y es lógico que instintivamente trate de someter a todos a sus necesidades y caprichos.

Ante este hecho, tenemos que hacerle comprender y sentir a "los otros" como "alter ego". Por eso insistimos tanto en la necesidad de

comprometer al menor en actividades concretas, en las cuales se sienta colaborador necesario.

3.- Los fines. Es curioso que, observados los constantes y acelerados cambios sociales que estamos sufriendo, y las dificultades que tales cambios sociales producen a los adultos, precisamente por estar muy adaptados, se insiste, como meta ideal, en la adaptación de los menores.

Al informe documental preparado para la Decimotercera Conferencia Española de Ministros de asuntos familiares, pertenece el siguiente párrafo: "Por otra parte, las estructuras socio-económicas y los modos de vida se han transformado tan deprisa y radicalmente en el curso de los últimos años, y conocen todavía una evolución tan rápida, que los individuos están sometidos permanentemente a un proceso de adaptación con frecuencia apremiante; no ofrece duda que los niños y adolescentes, ellos mismos en evolución constante en los aspectos físico y psíquico, son particularmente sensibles a esta situación"⁷⁹).

Al arraigarlos a nuestra sociedad, no muy ejemplar por cierto, pretendemos que estos muchachos queden sometidos permanentemente a

79 La infancia y la adolescencia en peligro, Strasbourg, 1973, pág.

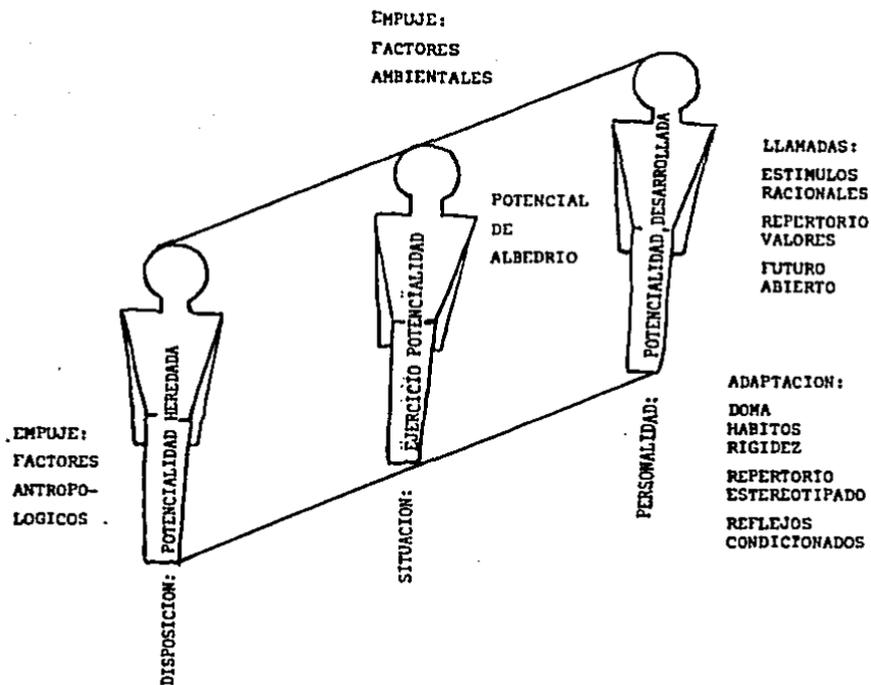
un proceso de adaptación con frecuencia apremiante? Y a veces anquietoso, hay que agregar.

Es un dato estadístico bien conocido que la carrera criminal comienza casi siempre en estos difíciles momentos de tránsito en el que el muchacho empieza a soltar amarras sin carta de navegación. Y parece que nos ocupamos de marcarle el camino de menos vientos y tormentas hacia el puerto a donde queremos que vaya, en vez de enseñarle a vencer unos y otras y a interpretar las cartas que le permitan dirigirse al puerto que en cada caso le sea más conveniente.

No se trata de adaptar al menor, sino de fomentar su capacidad de valoración, de discernimiento, de opción razonada, para que pueda vivir dentro de una sociedad estable, o tan cambiante como la nuestra.

En resumen: pensamos en un sujeto llamado por el futuro más que empujado por el pasado. No se trata de lograr su doma para que se adapte a una forma concreta de vida, sino de potenciar su personalidad con una serie de valores que le permitan optar, de manera razonada y libre, entre las múltiples posibilidades ofrecidas por un futuro abierto.

Sintetizamos esta idea en el siguiente gráfico:



Conclusiones al capítulo sexto.

Resulta realmente conveniente una revisión teórica a la luz de las aportaciones de la moderna criminología, a efecto de sanear los vicios que se produjeron con la desnaturalización del fenómeno criminal, fruto de la aparición de la Escuela positivista.

Para poder entender y estudiar el fenómeno de la criminalidad juvenil es imprescindible convivir con los menores interesados y, a partir de esa convivencia, deducir los principios generales que lo expliquen y ayuden a combatirlo.

La ciencia competente para estudiar el fenómeno de la delincuencia juvenil es la criminología, la cual carece de método de estudio propio, pero emplea métodos experimentales y matemáticos, adecuados a la naturaleza humana.

En el campo de la prevención de infracciones de menores, la subjetivización ha de extremarse hasta el punto en que lo permita el respeto de ellos y su utilidad.

El sistema de prevención deberá estar basado en la concientización de que la infracción es un fenómeno humano y no un hecho fatal.

Otra necesidad será la de convivir con el infractor. Después, se ha de estudiar el fenómeno completo, ampliando hasta sus límites el

campo de observación. También es importante, y mucho, no convertir al sujeto en objeto. Es también de vital importancia fortalecer en el menor su capacidad de opción razonada y libre, hacerle consciente de sus buenas cualidades y enriquecer su personalidad con lo que le falte. Respecto a la conducta infractora, ha de procurarse olvidarla lo más pronto y prudentemente posible.

Se ha de partir de que el ambiente que rodea al menor es su cabal acomodo y no necesariamente algo hostil y peligroso. Aunque no todo lo que rodea al menor forma parte de su ambiente, es bueno que aprenda a vencer las ocasiones y condiciones nocivas. Así, el menor aprenderá a descubrir en su ambiente lo que en él hay de positivo.

El menor tiene el gran problema de que es incapaz de prever a largo plazo. Con ello se explica su impaciencia y deseo de conseguir "ahora" y por cualquier medio la satisfacción de sus apetitos. Por todo ello se requiere que el menor tome en cuenta al futuro en su conducta presente.

Por otro lado, el menor es relativamente egóista por naturaleza, por lo que es preciso hacer sentir al menor como colaborador necesario en actividades concretas.

No resulta muy conveniente tratar de adaptar al menor a los cambios tan bruscos que se producen en su medio ambiente, sino de fomentar su capacidad de valoración y discernimiento para que pueda vivir en una sociedad estable o en una cambiante.

VII.- EL SISTEMA PRACTICO DE LA PREVENCION.

A.- EL OBJETO DE LA PREVENCION.

Las medidas que se adopten para la prevención de las infracciones de menores tienen que ser fruto de una posición teórica que justifique su selección y compruebe su eficacia.

Esta posición teórica tiene que tomar en cuenta los datos de la experiencia, y toda la valiosa aportación de la doctrina.

Además la pretensión de organizar un determinado sistema para la prevención de las infracciones de menores con finalidad práctica no puede ser obra de un hombre, sino de un equipo: UN CENTRO CIENTIFICO Y TECNICO. Constituido, como es natural, por especialistas.

Un Centro de esta naturaleza, además de su función de investigación aplicada, tiene que formar el personal especializado en el tratamiento de menores infractores, en situación de libertad o internamiento y, como veremos más adelante, para realizar la labor de prevención general.

Como este personal ha de proceder de muy distintas ramas del

saber, es lógico que el Centro esté obligado a preparar y realizar programas adaptados a cada una de ellas.

Corresponde también al Centro una función de formación continuada, que mantenga al día los conocimientos y procure el intercambio de experiencias entre este personal, y le adscriba como miembro, impli-cándole en todas sus actividades. Solamente si todos tienen conciencia de que realizan una labor común, y comprueban sus frutos, pueden realizar su trabajo con la pericia, confianza y entusiasmo que precisan.

Pero tener el personal especializado no es suficiente. Corresponde también al Centro la programación y dirección de las actividades de prevención general, que nunca se podrán realizar con visiones parciales y sin una coordinación que alcance a todo el personal y a todo el territorio. Al carecer de órgano, esta labor nunca se ha realizado.

Por último, no se puede olvidar que la infracción de menores plantean problemas de dos tipos: jurídicos y pedagógicos.

La defensa de la sociedad, la garantía de los derechos del menor y de la familia, la decisión sobre la libertad o el internamiento, son materia que corresponde al Consejo de Menores. Podrá, y deberá en muchos casos, recabar los asesoramientos periciales que considere necer-

sarios para fundamentar sus decisiones, pero en todo caso son problemas de jurisdicción.

Ahora bien, adoptado un acuerdo, que una vez comprobada la necesidad de aplicar medidas pedagógicas, las legítimas, es imprescindible un órgano de ejecución. Habida cuenta de que el menor no es nunca un sujeto peligroso sino un sujeto en peligro, la medida es siempre médica o pedagógica. Sólo un centro especializado puede ser el órgano de ideación, selección y aplicación de tales medidas. De esto tratamos en el apartado dedicado a las mismas.

Una red de instituciones bien clasificadas, y un cuerpo técnico unificado, realizarán la obra. Pero todo ello, en el aspecto formativo del menor, adscrito al Centro.

VOCACION TECNICA.

Nunca se nos ha ocurrido pensar en un cuerpo de especialistas dependiente del Centro, como órgano superior rector. Por eso hemos cuidado de decir adscrito al Centro. Todos ellos tienen que sentirse y formar parte del Centro, que se convierte así en elaborador, receptor y emisor de iniciativas, ensayos y evaluaciones.

Sólo con esta unidad de personal es posible programar, distri-

buir racionalmente el trabajo y comprobar los resultados.

Que hayamos empezado por exigir esta unidad de personal, no quiere decir que olvidemos sus más importantes cualidades, sino que el concurso de éstas se esteriliza si la unidad falta.

Hablemos de dichas cualidades. Que esta labor requiere una gran vocación es indudable. Pero es lo cierto que auténticas vocaciones no faltan. Entre maestros, asistentes sociales, licenciados en derecho, son muy frecuentes. Existen muchos jóvenes que han querido dedicarse a esta especialidad, hacer tesis y estudios, y se han tenido que alejar de su idea, con harto dolor, conscientes de que falta un porvenir profesional y unos cauces bien definidos para incorporarse al trabajo. Como si esta labor no fuera socialmente necesaria y productiva.

Pero la vocación, sin una preparación científica y técnica, de poco sirve. Durante mucho tiempo el peso de esta labor ha recaído sobre personas muy bien intencionadas, que generosamente han dedicado a ella horas que pudieron dedicar a su esparcimiento. Muy loable, pero ya hemos señalado los peligros del empirismo.

La vocación, la preparación científica y técnica, con exigencias ya bien advertidas. No es necesario insistir en ellas.

La institución, sin embargo, se olvida con frecuencia, o se interpreta erróneamente. Y es vital para la prevención de las infracciones de menores. Merece un pequeño comentario.

Hay que estudiar, observar, experimentar y meditar mucho, para lograr esa especie de "percepción clara, íntima, instantánea de las ideas o verdades, tal como si se tuvieran a la vista" en que consiste la intuición.

No es por tanto un don gratuito, sino algo a lo que se llega en virtud de unos merecimientos, aunque éstos no consistan en un inmediato proceso de razón que, por necesidad lógica, nos lleve al encuentro de aquella verdad o aquella idea.

No estamos de acuerdo con Benedetto Croce cuando dice que "el conocimiento tiene dos formas: o es conocimiento intuitivo o es conocimiento lógico: conocimiento por la fantasía o conocimiento por el intelecto"⁸⁰). El conocimiento intuitivo no es conocimiento por la fantasía. La fantasía es creadora y la intuición receptora, descubridora. Lleva razón el diccionario al hablar de "Percepción clara de verdades". La intuición aprovecha el inmenso caudal de conocimiento que yace en el subconsciente, que no puede usarse racionalmente en un

solo instante, para decir a la razón: así es. Sin ese caudal no habría intuición.

Es curioso que ya se ha señalado la necesidad de la intuición, y por personas muy experimentadas, en este campo de actividades. Pero algunas veces se advierte, por los límites y riesgos que señalan, que están pensando en la intuición al estilo Croce.

Más curioso, que se enlace con otra cuestión también muy importante respecto al personal idóneo para este trabajo: la colaboración femenina, siempre necesaria.

El primer Presidente de la Corte Suprema Italiana, Alfredo Verdé, escribió: "En el campo penal las cuestiones que se presentan habitualmente son de puro hecho; miran casos comunes, frecuentes en la vida: no podrá ciertamente negarse a la mujer la normal intuición que se requiere para comprenderlos y valorarlos en su justa importancia. Más oportuna es todavía su intervención en la Consejo de menores"⁸¹).

Finalmente, advirti6 Griva que a quienes objetan que la mujer es m6s emotiva, m6s pasional, se puede responder que es m6s saqaz e intuitiva que el hombre.

Por su intuici6n, y por muchas otras razones, la mujer tiene que participar muy activamente en la prevenci6n de las infracciones de menores.

Para concluir el aspecto del personal, insistimos en la necesidad de que constituya un cuerpo 6nico. Juristas, m6dicos, maestros, asistentes sociales, incluso la policia adscrita a este servicio, tienen que obrar con unidad. Naturalmente no nos referiamos al aspecto administrativo, sino al funcional. Su fraccionamiento en Juntas, Tribunales, Instituciones, actuando cada uno por su cuenta, hace imposible una labor que para ser eficaz tiene que estar muy conjuntada.

B).- LA PREVENCI6N GENERAL.

Con independencia del valor que otorguemos a los factores, es cierto que la idea de removerlos, de suprimirlos, peca de una excesiva ingenuidad.

En primer lugar porque serfa una aut6ntica caza de brujas: la familia, los centros de estudio y trabajo, los lugares de recreo, el

barrio, las emigraciones, el alcoholismo, la droga...para qué seguir.

En segundo lugar porque si con los mismos factores aumenta o disminuye la delincuencia según la totalidad de forma de vida social, que fomenta o dificulta su eficacia, sería más importante variar ésta que suprimir aquéllos. Y es claro que tal pretensión resulta imposible. Equivale a suprimir el mar para que la gente no se ahogue.

Con este planteamiento, parece que hay que renunciar a la prevención general. Sin embargo, es mejor aumentar, con la esperanza de que sean fecundas, las medidas de prevención general. Pero variando totalmente sus bases.

Estas nos vienen dadas por todo lo dicho en la primera parte. Pero es necesario una meditación particular al tratar de la prevención general.

No podemos olvidar que la amenaza de la pena es la primera reacción social contra el delito, el primer recurso que instintivamente se le ocurre al hombre. Si es en su origen un medio para satisfacer el sano sentimiento de justicia, el mezquino de venganza, o para evitar nuevos delitos, es algo que no sabemos y que en este momento no nos importa.

Lo que nos interesa es la función de prevención general que actualmente se le atribuye. Destaca así su naturaleza de coacción o amenaza psicológica que se presume útil para evitar o disminuir la comisión de delitos.

La experiencia ha demostrado, hasta la saciedad, que no es suficiente.

Hubo que arbitrar nuevos recursos, y lo que no se pensó, al buscar un complemento más eficaz y menos doloroso, es que pasábamos de un mal camino a un peor atajo.

La pena no degrada la naturaleza del hombre. Cuando se amenaza con ella se piensa en un sujeto intimidable y libre. Sin embargo, cuando nos proponemos suprimir los factores, estamos pensando en un homúnculo arrastrado por ellos y sin capacidad de resistencia.

El mal de la pena no reside en las bases de que parte, humanas, auténticas, lo cual es natural por la misma espontaneidad con que nace en las sociedades primitivas, sino en que se apoya en la parte menos noble del hombre, en el miedo y la coacción. Es un verdadero resorte moral, aunque como dice con acierto Quintiliano Saldaña sea un sucio resorte moral.

Crear que su eficacia alcanza a todos es una verdadera injuria a la humanidad. Bien lo advirtió Cicerón: "Si el castigo, si el temor a

los suplicios, y no a la misma esencia deshonrosa de los actos, nos hacen rehuir una vida dedicada a la injusticia y al crimen, entonces nadie es injusto y los malos merecen más bien llamarse imprudentes. Si lo que nos mueve a ser honrados no es la honradez misma, sino la utilidad o el interés, entonces no somos buenos, sino astutos"(82).

Su eficacia no puede ser medida, puesto que nunca sabremos cuántos se abstienen de cometer delitos por miedo a ella; lo que sabemos positivamente es el gran número de sujetos, justamente los más peligrosos, respecto a los cuales es ineficaz. Bien porque no la temen, bien porque piensan eludiría, o bien porque la admiten como riesgo profesional.

Esta meditación era necesaria para tomar de la pena lo bueno que tiene -ser un resorte moral-, y quitar lo malo -la utilización del miedo-; para superarla por el mismo camino de considerar al hombre consciente y libre, y no por el atajo de considerarle objeto sometido a una cadena causal.

Quiérase o no, la intervención del Tribunal de Menores pesa como una amenaza. Viene a cumplir una función semejante a la pena: te encerrarán en un reformatorio.

La prevención general tiene que evitar este planteamiento. Hay que llevar a la conciencia de la sociedad, y de manera muy particular a los menores, la seguridad de que todo el aparato preventivo no es una amenaza.

Y además utilizar la vía de la razón con preferencia a la de los sentimientos. Que no sea el temor a un acuerdo de internamiento, ni siquiera a un futuro peligro en la orientación de su vida, lo que le aparte de cometer infracciones.

Que sean razones éticas, positivas. Estas arraigan con gran facilidad en la vida del menor y penetran espontáneamente en su mundo afectivo.

La conclusión práctica es clara. Sin despreciar todo lo que pueda hacerse para suprimir factores, hay que fortificar al menor en peligro para que sea capaz de superarlos.

Si el menor está constantemente acosado por una serie de estímulos, buscar contraestímulos. Si una época anómica le está diciendo sé delincuente, y facilitándole el aprendizaje, ofrezcámosle otra profesión más atrayente, junto con sus enseñanzas. Si el negociante de ideas y falsificador de datos está ofuscando su razón, podemos ofrecerle ideas claras y datos veraces. Si una moral permisiva le acostumbra dar todo por bueno, estamos obligados a demostrarle lo bueno que es lo bueno y lo malo que es lo malo. Es evidente que nos estamos

refiriendo a un buen equipo de propaganda, con preparación técnica, medios eficaces e ideas penetrantes. Una propaganda inteligente que compense la nociva, que envuelve y acosa al menor. Advertir a quienes, más o menos conscientemente, utilizan ésta para sus particulares fines, que puede ser igualmente útil, o más, cambiada de signo.

Conviene recordar aquí una de las conclusiones del 2o. Congreso de las Naciones Unidas para la prevención del delito y el tratamiento de los delincuentes:

d) Estima que cierto género de películas y revistas, ciertas foras de publicidad, las noticias sensacionales sobre el crimen y la delincuencia, los libros y los programas de radio y televisión de valor dudoso, etc., son considerados en ciertos países como favorecedores de la delincuencia juvenil.

Cada país puede, por tanto, en función de su estructura y de sus concepciones políticas, sociales y culturales, tomar las medidas apropiadas para prevenir o limitar los efectos de lo que es considerado como un uso abusivo de los medios de información de masas y una de las causas de la delincuencia juvenil, así como alentar la producción de películas y obras educativas y constructivas que favorezcan las tradiciones morales y cívicas de cada país(83).

83 Vid. Rev. Pen. Suisse, 1960, páq. 416.

Insistimos en que un equipo de propaganda, con ideas originales y agudas, puede ser más eficaz que cualquier clase de amenaza o prohibición.

Otra de las actividades de prevención general es el estudio de las subculturas crimiógenas, lugares donde se realiza el aprendizaje del delito por parte de los menores.

La creación y fomento de elementos positivos, capaces de contrarrestar y quitar clientela a los negativos, tiene una gran ventaja: la cooperación de los propios menores, colaboradores conscientes en la función de saneamiento.

El menor es un magnífico educador de su propio ambiente.

Ya es fácil advertir el grave error que supone el esperar. Hay que anticiparse: "No podemos reducir nuestra labor a los menores que nos llegan por las manos de una burocracia sedentaria. Los niños que perseguimos con celo apostólico son los peregrinos del abandono; los obreros parados de la historia, sin piedra que tallar ni mensaje que transmitir; las piezas fallidas de esta fabricación en serie de generaciones humanas que, por curiosa paradoja, son los únicos residuos de producción a los que el hombre no busca aprovechamiento"^(R4).

R4 Un Tribunal Tutelar de Menores cumple diez años. Santa Cruz de Tenerife, s.n., pág. 7.

Hoy, la necesidad de anticiparse, de que la protección del menor se convierta de sedentaria en andariega es más urgente. En una palabra, hay que organizar una prevención general. La falta de ella es uno de los males que actualmente padecemos. Aunque inicialmente sus frutos fueran escasos, mal puede progresar si no existe.

EL CUERPO DE PREVENCIÓN.

Naturalmente que hemos pensado en la imposibilidad de organizar un cuerpo de prevención bien especializado y lo suficientemente numeroso para que pueda actuar con eficacia en cada provincia y al servicio de cada tribunal de menores. Su costo resultaría prohibitivo.

Para la prevención general, tal y como aquí se concibe, basta, y puede que sobre, con el personal que actualmente sirve en las Juntas y Tribunales de menores. Lo que hace falta es unificarlo y darle agilidad. Que en vez de actuar en cada provincia y exclusivamente con sus iniciativas personales, corriendo el grave riesgo de adocenarse, actúe unido, con programas generales concebidos y organizados entre todos. Para una campaña determinada, en un lugar determinado, puede unirse al personal de varias provincias. Y utilizarse el mismo material para todas.

Conclusiones al capítulo séptimo.

El estudio y el tratamiento de los problemas que acarreen las infracciones de menores requiere necesariamente de una vocación profesional a ello, que vaya unida a la experiencia y conocimiento de técnicas jurídicas y pedagógicas. Sólo mediante un centro o Colegio de especialistas es posible abarcar en su totalidad los poseñores y aspectos que plantea este delicado problema, distribuir trabajo y comprobar resultados.

Se requiere, además de vocación y preparación científica y técnica, intuición, esa percepción clara, íntima e instantánea de las ideas o verdades, fruto del estudio y observación reiterados, además de la experiencia y meditación.

Y por último, es muy conveniente, más bien necesario, que todo el personal que trabaje en los centros encargados del tratamiento de infracciones, que lo haga unido, no tanto administrativa, como funcionalmente.

El sistema de prevención general debe tener como fin el hacer conciencia en la sociedad de que todo el aparato preventivo no es una amenaza: "te encerrarán en el reformatorio", ni siquiera el futuro peligro de una desorientación de vida, sino que tiene fines positivos y prácticos, fundados en razones éticas. Estos arraigan con más facilidad en la vida del menor y en su esfera afectiva. Y esto puede reali-

zarse con una propaganda inteligente que contrarreste la nociva, por medio del equipo adecuado.

Otra forma de prevención general es la conversión de los propios delincuentes en colaboradores convencidos y conscientes de la necesidad de un saneamiento.

VIII.- EL ORIGINAL CONCEPTO DE LA CORRUPCION DE MENORES EN EL CODIGO PENAL.

También el Derecho Penal puede hacer algo en la prevención de las infracciones de menores.

Es curioso que nuestro Código Penal ha previsto la corrupción de menores, junto con el estupro, como un delito contra la honestidad. Y no la corrupción que supone inducirlos al delito o servirse de ellos como cooperadores para la ejecución del mismo. En el caso, bastante frecuente, de intervención de menores en la comisión de un delito, los tribunales no pueden hacer otra cosa que juzgar al mayor por el delito cometido y enviar al menor a la jurisdicción de menores. Con lo cual queda impune la conducta, casi siempre más grave, de la corrupción de menor.

Es una de las muchas lagunas de nuestro Código que, por su anticuada factura y deficiente clasificación de los bienes jurídicos merecedores de protección penal, favorece la impunidad de conductas mucho más nocivas socialmente que bastantes de las tipificadas.

Por eso nos parece oportuno proponer la creación de un tipo penal que sancione esta forma de corrupción, y que podría ser redactado de la siguiente forma:

"El que participare con un menor de dieciséis años en la comi-

sión de un delito, será castigado con la pena de prisión menor".

Aunque esta redacción puede considerarse suficiente, conocidos los problemas de interpretación que ante los tribunales podrían plantearse, es más útil una redacción que se anticipe a ellos, aun a costa de introducir elementos sobrantes. Por eso consideramos más aconsejable esta otra:

"Quienes, de cualquier forma, participaren con un menor de dieciséis años en la comisión de un delito, serán castigados, además de la pena en que incurran por razón del mismo, con la de prisión menor".

Hemos pensado en la posibilidad de que el corruptor sea un mayor de dieciséis, pero menor de dieciocho años, con muy poca diferencia de edad con el corrompido. Pero creemos que no se debe hacer diferencia alguna. Basta con la atenuante de menor edad que le alcanzará por los dos delitos.

Dada la deficiente clasificación de nuestro Código, no resulta fácil encajar este nuevo tipo en un título y capítulo apropiados. Pero no sería forzar demasiado la sistemática incluirlo en el Capítulo II del Título XII. Nuestro Código tiene otras deficiencias de clasificación con consecuencias más graves, y que sólo una reforma total podrá subsanar.

C.- LA PREVENCIÓN ESPECIAL.

Cuando, fracasada la prevención general, se comete una infracción, ya tenemos al menor. Con nombre y hasta muchas veces con apellido. De lo que hagamos con él depende en gran parte su futuro.

Nos lo entrega la policía, un particular. Pero casi siempre ha pasado antes por el calabozo de una comisaría. Es lamentable y hay que hacer todo lo posible para que esto no ocurra. Sobre todo si ha sido recluido entre mayores. Hay que lograr un hilo directo: de la infracción al tribunal de menores; sin intermediarios.

El encierro en un calabozo, aunque sea provisional y breve, tiene malas consecuencias. Si se realiza en contacto con mayores es todavía peor. A parte del posible contagio, se establece inevitablemente una relación de solidaridad y simpatía, como víctimas de un mismo enemigo.

Advertimos esto porque es muy importante el primer contacto del menor con la administración de justicia. Si la pretensión fuera castigar al menor, no habría inconveniente de que éste sintiera desde el momento mismo en que es aprehendido la fuerza represiva del procedimiento. Con toda la carga de resentimiento y humillación que lleva aparejada. Con la natural división en dos campos enemigos: perseguidores y perseguidos.

Como nuestra finalidad es muy distinta, hay que lograr que desde el primer momento se establezca una relación de confianza, de comprensión. Recordemos lo dicho al principio sobre la humana convivencia. Si tenemos que ser amigos seámoslo desde el principio. Cuenta mucho rectificar un error inicial.

El Consejo de menores tiene que cuidar mucho el primer contacto con el menor. En vez de un interrogatorio severo, tiene que mantener una conversación amigable y comprensiva. En lugar de reproches y amonestaciones tiene que lograr que sea el propio menor quien llegue a avergonzarse de su conducta. La nobleza es una característica de esta edad, y debe ser inteligentemente aprovechada.

EL CONSEJO TUTELAR DE MENORES Y SUS ACUERDOS.

Examinado el menor y toda su circunstancia, el Consejo ha de adoptar un acuerdo. En principio no tiene más que una opción: cierre del expediente, por no creer necesaria la aplicación de ninguna medida, o imposición de la que considere más oportuna.

Pero resuelta la necesidad de aplicación de una medida, para la imposición de la más oportuna, otra vez se encuentra con una sola opción: libertad (vigilada por la propia institución de menores o en custodia de familia), o internamiento.

Hasta aquí el aspecto jurídico. Es el Consejo Tutelar, y sólo él, quien tiene competencia y capacidad de decisión. Naturalmente, ya lo hemos advertido, con todos los asesoramientos técnicos que considere necesarios.

La Ley del Consejo Tutelar señala varias clases de medidas, aunque baste una ligera lectura del mismo para comprobar lo dicho: se reducen a dos.

En principio esto es natural, viene impuesto por la propia realidad. Pero vayamos por partes.

Por una vez vamos a acudir a la estadística en lo que tiene de más objetivo: las medidas adoptadas. Nos referimos a la de España en el año de 1969; tan útil como cualquier otra para el fin perseguido.-

(85)

La primera medida es la de amonestación. El caso de libertad más libre. Se amonesta al menor y nos olvidamos de él. Resulta una medida siempre ineficaz y muchas veces contraproducente.

Vienen luego las otras dos formas de libertad: la vigilada y la custodia en familia. ¿Como se explica el escaso uso de una medida que puede ser tan eficaz?.

La falta de delegados de libertad vigilada, y la falta de contenido, explican la justificada desconfianza de los tribunales tutelares en ella. Los Tribunales, sin ulterior recurso, deben determinar en cada caso concreto, durante el curso de la libertad vigilada, las medidas que deban adoptarse respecto de las personas de los menores que se hallen en dicha situación, comunicando al efecto las oportunas instrucciones a los respectivos Delegados. Sin perjuicio de ello se ejercerá siempre por los Delegados una activa y celosa actuación para fiscalizar la conducta que los menores observen.

Con pocos delegados, sin ningunas instrucciones, que como luego veremos el Consejo no puede ni debe dar, todo se queda reducido, en el mejor de los casos, a una fiscalización mecánica y carente de sentido.

La custodia en familia, solución óptima, en muy pocos casos es aplicable. Como no sea una rama sana de la propia familia, no se encuentran ocasiones de acomodo.

Si nos fijamos, por último, en las dos formas de internamiento, breve y largo, las conclusiones son también poco esperanzadoras.

El breve internamiento, que salvo cuando se considere necesaria la observación detenida del menor es contraproducente, absorbe un corto porcentaje, igualando casi al largo internamiento.

La menquada concepción de lo que las medidas pueden y deben ser, ha producido unas consecuencias muy perniciosas, dando la impresión de que con ellas se resuelve el problema.

Lo cierto es que salvo la amonestación, que según hemos advertido es contraproducente, o en el mejor de los casos ineficaz, las demás no pueden considerarse como tales medidas.

Los acuerdos de libertad vigilada, custodia en familia y breve o largo internamiento, tienen que ser entendidos como la autorización y el marco jurídico dentro del cual se han de aplicar las verdaderas medidas.

Queda esto claro en cuanto se observa que son puro continente, y que el éxito o el fracaso depende del contenido; de lo que, en cualquiera de esas situaciones, se haga con el menor.

De esta forma las medidas, competencia de un centro especializado, quedan bien diferenciadas de la actividad de los Tribunales, que ni pueden ni tienen que pechar con tales materias. Esto no quiere decir que queden marginados, como luego veremos.

En la jurisdicción de mayores, la pena castigo tiene que ser impuesta por el juez. Se pide con arreglo a derecho. Sin embargo su aspecto reformador, las medidas que en este sentido se apliquen, corresponden al sistema penitenciario.

En el campo de los menores, carente de función represiva, la medida corresponde al sistema educativo. El Consejo Tutelar, desde arriba, han de ser celosos defensores de su pureza.

APLICACION Y MEDIDAS.

Aclarada la distinción entre acuerdo y medida el campo de posibilidades y de eficacia se ensancha hasta el infinito.

Cuando los Tribunales de Menores ha acordado que es justo y conveniente la aplicación de una medida, e incluso que debe aplicarse en situación de libertad o de internamiento, ordena al órgano competente su selección y cumplimiento. E incluso vigila, como garantía, el acierto en dicha elección, la forma de aplicarla y su eficacia.

Plantando de esta forma el problema ¿quién se atrevería a dar una relación de medidas?.

No tenemos más remedio que dedicar un momento a la fantasía. No, por supuesto, a la loca de la casa, sino a la más cuerda de todas. A

la fantasía como grado superior de la imaginación en cuanto inventa o produce.

Que la fantasía es más fecunda para el mal que para el bien es un hecho histórico incontestable. Buen ejemplo nos proporcionan las guerras. Pero, reducidos al derecho penal, son conocidos más de cincuenta medios para ejecutar la pena de muerte: desde el despeñamiento, la lapidación, la crucifixión y el culleus, entre los antiguos, hasta la horca, la guillotina, la cámara de gas, la electrocución y el fusilamiento entre los más modernos y refinados. Y ya no hemos visto que a nuestro legislador se le hayan ocurrido más que cinco medidas para la prevención de las infracciones de menores. Y, además, que no son tales.

Es necesario un órgano de ideación, ensayo, aplicación y evaluación de medidas. Sin él, cada delegado de libertad vigilada, cada maestro, es actualmente un soldado en una trinchera, sin mandos ni estado mayor. Y no se piensa que los centros de internamiento puedan suplir esta falta con sus estados mayores particulares. La labor excede a sus posibilidades. No por incapacidad, sino por falta de medios. Serán ellos mismos quienes, unidos y dotados, puedan resolver la cuestión. Desde luego con la participación de otra serie de especialistas y teóricos que les proporcionen el gran angular de que hemos hablado.

LA CUSTODIA EN FAMILIA.

No vamos a dedicar atención especial a la custodia en familia.

Ya hemos advertido que desgraciadamente hay pocas oportunidades de usar de ella, y por tanto afecta a un número muy reducido de menores.

Además cuando el Consejo adopta este acuerdo es porque el menor no ofrece ninguna dificultad que requiera la intervención de una institución especializada.

Y porque la familia que lo recibe está capacitada para la normal función educativa.

Es una buena solución y no requiere, si el acuerdo está bien fundado, ningún comentario.

Con la libertad vigilada ocurre lo contrario. Merece ser adoptada con mayor frecuencia y necesita también un estudio más detenido.

Muchos de los menores que son amonestados, y bastantes de los que son internados, debían quedar en esta situación.

Los primeros, porque la prevención ha de realizarse a tiempo, cuanto antes; la amonestación demuestra que algo se creyó necesario. Y la verdad es que con ella nada se hizo.

Respecto a los segundos, porque el internamiento es el último recurso, que no debe ser agotado precipitadamente.

Sólo la justificada desconfianza del Consejo en la eficacia de este acuerdo, a que antes aludimos, explica su escasa utilización. Se trata, por tanto, de vivificarlo, de darle contenido.

En principio, el nombre no le favorece mucho. Pasa a primer plano la vigilancia, y queda silenciado lo que se ha de vigilar. Así, es generalmente interpretada como la simple comprobación de que la vida del menor se desenvuelve de una manera aceptable. Es decir, se trata de una actitud que no enriquezca la vida del menor y en cierta manera lo humilla: está sometido a vigilancia, es un sospechoso. La reacción normal es que intente burlarla; en el mejor de los casos que lo tolere como un mal pasajero.

Una visita al taller, a la escuela, a la familia, una comprobación de que el muchacho cumple mejor o peor sus obligaciones, con la amenaza de internamiento si el resultado no es satisfactorio, es una visita a los sucios resortes morales, contraproducentes en la formación del menor.

Se puede objetar que el delegado aconseja, ayuda, pero tampoco es el camino.

El menor en situación de libertad vigilada se tiene que sentir, más que vigilado, incorporado a una institución con finalidades y misiones concretas. Al participar de forma activa se convierte en colaborador, no sujeto pasivo de una recelosa intromisión fiscalizadora de su vida y obras, que naturalmente le molesta.

Durante su participación, se le pueden proporcionar, más que consejos y ayudas, valores humanos, que él irá recibiendo de forma espontánea. El menor es reacio a sermones y contribuye más a formar su personalidad lo logrado por su propio esfuerzo que lo conseguido con ayuda ajena.

El propio Consejo no debe convertirse en una especie de inspector o vigilante, sino en organizador de pequeñas empresas, en las que interesa y a las que incorpora al menor.

De esta forma la libertad vigilada cambia totalmente de naturaleza, hasta el punto de que no se trata de reformarla, sino de sustituirla por otra cosa distinta.

El destino del menor a un centro de actividades sociales de la más diversa naturaleza -deportivas, culturales, colaboradoras en obras de interés local-, donde se sienta útil y ocupe las horas libres de su

actividad escolar o laboral, es mucho más eficaz en su formación.

LOS CENTROS DE INTERNAMIENTO.

Para comprender el problema de los centros de internamiento, como lugar adecuado para el tratamiento del menor, hay que partir de una idea clave: el internado es un arma de doble filo, en el mejor de los casos un pobre sustitutivo de la familia, grupo natural en el cual encuentra el menor su centro natural de formación.

La razón es clara; la formación es una obra de artesanía, y el internado, por la ley natural, tiende a la producción en serie. Quiérase o no, las relaciones en masa se mecanizan, y la naturaleza humana se resiste a la mecanización. Reacciona ante ella con hostilidad, rechazando en bloque lo bueno y lo malo de tales instituciones.

El internado es el último recurso, al que hay que acudir cuando, o no son aplicables, o se han agotado todas las medidas compatibles con una situación de libertad.

Partiendo de esta idea hay que revisar la finalidad que el internado persigue y los medios que ha de emplear para su consecución.

Vamos ahora las que se presentan con el sugestivo nombre de clínicas de conducta.

Se fundan en los dos principios que previamente nos hemos ocupado de criticar: la existencia de unos factores, causa y explicación de la conducta desordenada del menor, y la necesidad de combatirlos, con el fin de lograr la adaptación del menor a la vida social.

Con estos principios, las clínicas de conducta tienen que funcionar como instituciones frías, asepticas, impersonales. Un cerebro mecánico, el laboratorio, dictará, después de una rigurosa auscultación, diagnósticos, pronósticos y tratamientos, utilizando unos métodos que parecen encaminados a lograr un "mundo feliz".

Ya hemos dado las razones que nos mueven a rechazar estos sugestivos modelos.

Es mejor llamar las cosas por sus nombres. Ni falsos hogares ni clínicas de traumatología. Desgraciadamente no podemos substituir a la familia; afortunadamente la mayoría de los menores infractores no son enfermos. Cuando lo sean los enviaremos a una clínica, pero médica.

Este planteamiento realista nos resuelve el problema de los métodos a empirar; los pedagógicos. Cuanto más modernos y eficaces

mejor. Pero escolares.

Lo único que tenemos que agregar y tener en cuenta es que se trata de una escuela especializada y en régimen de internado. Estas dos modalidades tienen que influir en el sistema.

LA ESPECIALIZACION.

La obsesiva idea de considerar a los menores infractores sujetos anormales, diferentes a los demás, influidos por unos factores que han causado su conducta, y que tienen que ser removidos, ha orientado la especialización de los actuales centros de internamiento.

Basta con observar el noble orgullo con que enseñan al visitante su laboratorio. Tesis de Binet y Simon, Murray, Rorschach, Terman, Szondi... Sería conveniente imponer a estos educadores, como texto obligatorio, el libro de Pitrim A. Sorokin sobre los achaques y manías de la sociología contemporánea (85).

No suelen enseñar, pero el visitante observador puede comprobarlo, las celdas en que por las noches los encierran con llaves

86 Manías y extravagancias en la sociología moderna y ciencias relacionadas. Chicago, 1956. (Citado en Revista Criminalia, On. cit. México, 1978).

o pestillos, para evitar las fugas y algaradas nocturnas. Si son anormales, si son peligrosos, es una medida de seguridad. Pedagogía de prevención, de desconfianza. Sin pensar que es menos nociva una fuga que una llave.

La no menos obsesiva idea nuestra de que los menores infractores son en su mayoría normales, iguales a los demás, nos obliga a substituir este laboratorio de teta y psicometría por un seminario de ideas pedagógicas, formadoras. Y la llave por una prudente y discreta vigilancia.

La especialización de estos centros no viene impuesta porque se trata de sujetos peligrosos, sino porque se trata de sujetos en peligro.

Tiene que estar orientada menos a la busca del origen de la peligrosidad, cosa pasada, que a evitar los peligros que se avecinan, cosa futura. Menos a suprimir las causas de su peligrosidad, función negativa, que a dotarle de los medios para que no corra peligro, función positiva.

La experiencia nos ha demostrado que, en principio, el problema con que nos encontramos es de un símilano verdaderamente conmovedor.

En la mayoría de los casos no se trata de anomalías psico-

lógicas o fisiológicas, catalogables en el campo de la psiquiatría o la patología.



Ni de muchachos arrastrados por unos factores ambientales, que muchos miles superan sin caer en la infracción.

Se trata, casi siempre, de muchachos con un deficiente desarrollo en su vida psíquica, con un miserable caudal de ideas, hambrientos de afectos. Con respuestas estereotipadas, mostrando una capacidad mecánica de adaptación que busca el camino fácil, inmediato, sin perspectiva de futuro, es natural que su conducta los ponga en constante peligro. La sociedad no los asume. Los convierte en apátridas. Diferencia cuantitativa, no cualitativa.

Así queda claro que necesitamos pedagogos especializados en esta difícil tarea, más que equipos de investigación de antecedentes. Por natural economía, en principio, podemos prescindir de éstos.

Con un símil que no nos gusta, y que hay que tomar con todas sus limitaciones, podríamos decir que nos ocupamos de la leucemia, la tuberculosis, la escarlatina... y nos olvidamos de la materia física, la depauperación, el hambre, el escaso caudal fisiológico, campo abonado para todas las enfermedades.

En definitiva se trata de personal especializado en el trata-

miento de muchachos que han saltado la barrera de la prohibición, que no gozan de una capacidad inhibitoria suficiente para respetar las normas, ni temor ante las consecuencias de su quebrantamiento. Tarea, desde luego, nada fácil.

Pero lo más importante, para la selección de las medidas que se han de aplicar, es saber lo que con estos muchachos queremos hacer.

Recordemos la frase ya citada de Heuyer: "A la noción de menor delincuente, después menor constitucionalmente anormal, ha substituido la de menor inadaptado a los valores vigentes en la sociedad donde él vive".

Benjamin la utiliza para comprobar cómo cada ciencia impone su parcial punto de vista en la consideración total del fenómeno. Para el derecho era menor delincuente, para la antropología menor constitucionalmente anormal, para la sociología menor inadaptado.

Pero nosotros la traemos a cuento para algo mucho más importante. Lo que nos preocupa es que haya prevalecido la denominación de menor inadaptado no es que suponga una visión parcial, puramente sociológica, del fenómeno, sino las graves consecuencias que respecto al tratamiento ha provocado.

Si se trata de un sujeto inadaptado, la finalidad es clara:

lograr su adaptación. Basta con leer los periódicos y revistas que todos los días tratan del problema, con recorrer gran parte de la bibliografía especializada, para comprobar el éxito que la expresión ha tenido. Adaptar es la meta, el ideal perseguido.

Sin pensar que la desgracia de muchos menores reside en su gran capacidad de adaptación; que son, con harta frecuencia, reproducción exacta de un mal modelo; ejemplo de una perfecta adaptación a un mal ambiente.

Se nos puede objetar que de esto se trata. De desadaptarlos del mal ambiente y adaptarlos al bueno. Curiosa pretensión: luz roja, dirección prohibida; luz verde, paso libre.

Otra vez tenemos que volver a la frase: "menor inadaptado a los valores de la sociedad donde él vive". ¿Existe alguna sociedad sin valores contradictorios? ¿Estamos tan satisfechos de la nuestra, que deseamos que los menores se adapten a ella?.

El hombre mejor adaptado es el que hace siempre lo que de él espera su interlocutor. Su destino depende de con quién se encuentre el sábado por la tarde.

Pensamos que quienes aconsejan como ideal la adaptación no han meditado en qué consiste. Adaptar es acomodar, ajustar una cosa a otra, pura función de plasticidad o engranaje. La más perfecta adap-

tación es la pieza de máquina, el autómatas.

El camino más eficaz para este fin consistiría en proporcionar al menor un repertorio de respuestas y una reacción mecánica ante determinados estímulos.

Pero lo más importante es que la adaptación empobrece la vida psicológica, es el lugar común, el tópico de la vida espiritual. Se ejemplifica en los reflejos condicionados. Por eso hablabamos antes de la obra de Huxley.

En el mundo animal se logra mediante la doma; con premio a la respuesta correcta y castigo a la incorrecta.

Si qué decir tiene que la corrección o incorrección de la respuesta nada tiene que ver con los intereses del animal, sino con la valoración y deseos del domador.

En el mundo humano se logra mediante la creación de hábitos que faciliten la remisión de conductas impensadas.

En uno y otro caso, crea una rigidez mecánica; lo más opuesto a la fecunda libertad moral del hombre.

En el último extremo fracasa cuando el sujeto se tiene que enfrentar con situaciones nuevas, que salgan de su marco habitual de

vida y exijan una respuesta razonada.

Queda así aclarada la naturaleza de las medidas que esta pedagogía especializada ha de aplicar a los menores, para la prevención especial de sus infracciones. Tendrán que ser muy variadas en su forma, para adaptarse a las características del menor, pero iguales en la naturaleza y en el fin perseguido.

Precisamente por su poder de adaptación, porque admira, porque copia, porque suele estar perfectamente adaptado, mientras que el ambiente y la personalidad del menor permanezcan inalterados -ya que la disposición es difícilmente alterable-, es natural que sus normas de conducta se establezcan por el hábito. Tienden hacia una mecanización y una fuerte rigidez. No podemos esperar del menor una conducta reflexiva y valorada, cuando carece de medios para ello.

Por eso, sólo mediante estímulos originales se puede lograr una evolución que rompa el ciclo orbitario de la conducta e inicie una marcha hacia metas variables, según un juego infinito en posibilidades.

Pues bien, hasta ahora, la técnica se ha ocupado, con una concepción mecanicista, de estudiar los factores influyentes. Ha aportado unos medios para conocer el pasado en franca desproporción con los que necesitamos para orientar el futuro. Ha tratado de suprimir lo que sobra en lugar de poner lo que falta.

Un repertorio de estímulos, bien pensado y organizado, que en vez de fomentar unas respuestas habituales, de adaptación, obliguen al muchacho a meditar sobre su conducta, es uno de los medios de prevención que consideramos más útiles. Entre otras cosas porque tiene un valor muy superior a la pura prevención. Es un instrumento positivo de vida.

En principio podemos partir de un planteamiento elemental: estímulos de originalidad, estímulos de diversión, estímulos de superación; pero según vaya respondiendo el muchacho habrá que complicarlos.

Es evidente que para que los estímulos sean eficaces han de ser específicos, es decir, ir dirigidos a la parte más mecanizada de la conducta. Impedir que ésta se realice por las respuestas habituales.

Y, sobre todo, no pueden ser obra de laboratorio. Han de plantearse sobre la marcha, en la vida ordinaria. El principal problema de estos menores es que la ética no se pueda convertir en asignatura ni en plática moralizadora.

La otra particularidad es que se trata de una escuela en régimen de internado. Con todas las dificultades que implica un muchacho que, evidentemente, no se caracterizan por una vocación monacal.

Vamos a suponer que los maestros especializados han cubierto bien su función educativa, y que reciben adecuadamente la enseñanza general básica y la formación profesional. ¿Que hacer con el resto de las horas?

El internado no puede convertirse ni en un convento ni en una prisión. Hay que mantener un contacto permanente con la familia y la sociedad. Si esto no se logra el muchacho se asfixia. La obsesión de la fuga o la liberación impide toda actividad creadora. Divide los campos entre guardia y preso.

Pero esto no se pueda substituir, como es habitual, con la clásica sala de juegos, donde los muchachos se habitúan a la holganza.

En el internado hay que crear un ambiente de situación pasajera, centro donde se cursan unas enseñanzas con vistas a obtener una preparación profesional, y no donde se cumple una condena.

Fomentar la individualidad de las habitaciones, los compromisos personales respecto a obligaciones libremente adquiridas y el ejercicio de aficiones creadoras.

Una especie de desorden muy bien organizado, da sensación de mayor libertad.

Las relaciones con la familia y la sociedad, visitas, excursiones, permisos frecuentes, hacen el resto. Los menores deben participar en todos los necesarios y permanentes contactos entre el centro y el exterior.

Lo que nunca se puede tolerar, y lo advertimos porque se está imponiendo en algunos centros, es que funcionen por separado la labor docente y el internado. Hemos oído a algún miembro del estamento docente que la escuela debe atender a la formación cultural del menor, lo demás es internado, pensión.

En cuanto no se logre que todo sea uno, que estén totalmente fundidas todas las actividades encaminadas a la formación del menor, toda labor será estéril.

Que hayamos partido de la base de que los menores infractores no son una especie del género humano, y que su diferenciación más cuantitativa que cualitativa, no quiera decir que ignoremos la existencia de casos especialmente difíciles. No muy numerosos pero dignos de ser atendidos.

Entonces, por razón de elemental economía, no vamos a mantener en cada centro un equipo para el estudio y tratamiento de estos casos.

En principio suponemos que todo muchacho es normal y, salvo que

las anomalías sean evidentes, ingresa en un centro general.

El personal de ellos está lo bastante especializado para discernir los ahenores que perturban la eficiencia del centro, con riesgo para el aprovechamiento de los demás, o que no se benefician de sus métodos pedagógicos. Hay una especie de mutuo rechazo que el docente percibe con claridad.

Para estos han de existir los centros especiales. Con fines exclusivamente de tipo práctico proponemos la siguiente clasificación:

1.- AGRESIVOS.

Desprecio o infracción frecuente de las normas de convivencia.
Comportamiento insolente y brutal.

2.- SEXUALES.

No por razón de un hecho cometido, sino por desviación o anomalía.

3.- VAGABUNDOS.

Ruptura de los lazos familiares.
Vida errante.
Holgazanería e incompetencia profesional.

4.- OLIGOFRENICOS.

Débiles mentales. Los oligofrénicos profundos deben ser excluidos de la protección de menores y enviados a instituciones psiquiátricas.

5.- DIFICILES EDUCATIVOS.

Psicópatas.

Rebeldes no agresivos.

6.- HABITUALES Y PROFESIONALES.

Incluidos los reincidentes no ocasionales y los asociados.

Pero el puro hecho de que un menor pueda ser incluido en uno de estos apartados, no quiere decir que haya de ser enviado a un centro especial. Lo decisivo son los dos motivos de rechazo antes citados.

No es preciso que existan tantos centros especiales como clase de menores difíciles. Depende de las condiciones arquitectónicas y de la dotación personal y material de que disponga; y varias de ellas puedan quedar incluidas en el mismo centro.

Todo el sistema viene planteado sobre una visión optimista del sujeto y el ambiente. El primero, siempre tiene valores positivos que es preciso hacer patentes y fecundos: el segundo es el canal acomodo del hombre, capaz de discernir lo bueno y lo malo que en él, neces-

riamente, coexisten.

Desde estas bases, no podemos pensar en el menor infractor como una subespecie del género humano, incapaz de decisiones personales, empujado por unos factores que es preciso suprimir para "adaptarle" o los valores de la sociedad donde él vive.

Igual que indicaba Léauté, nos ocupamos de la prevención sin intentar remontarnos a las causas.

Respecto a la prevención general hay que lograr:

1o.- Una propaganda que, tomando incluso algunas veces ejemplo de la publicidad, sepa informar sobre el problema y persuadir de la necesidad o conveniencia de las medidas que se adopten y de la cooperación que se solicite.

2o.- Una coordinación del esfuerzo que realizan las múltiples instituciones públicas y privadas dedicadas a los menores.

3o.- La localización y compensación de los focos negativos.

4o.- La colaboración de los menores en sus propios ambientes.

Respecto al menor, lo principal es hacerle consciente de sus valores positivos y enriquecer su caudal. Con estímulos y llamadas enraizadas en su vida, no de laboratorio, hay que obligarle a romper hábitos y tomar resoluciones personales que impidan una conducta puramente imitativa, de adaptación.

Al presentizar el futuro, se le impone la necesidad de contar con una dimensión temporal que le hace previsor. La experiencia real de "los otros", lograda mediante empresas de colaboración, ha de hacerle sociable en lugar de adaptado.

No podemos olvidar que todo el sistema va encaminado a que el menor tenga conciencia de que su vida es la tiene que hacer él; no es una operación de clínica. Como se hace camino al andar, se aprende a vivir viviendo.

En México, es difícil un programa estimable si no se crea el Centro técnico, equipo impulsor que proponemos:

PROYECTO DE CENTRO TÉCNICO DEL CONSEJO TÉCNICO DE PROTECCIÓN DE MENORES.

I.- OBJETIVOS.

Los objetos del Centro son:

- 1o.- Realizar trabajos de investigación científica sobre las infracciones de menores.
- 2o.- Formar personal especializado en el tratamiento de menores infractores.
- 3o.- Programar y dirigir las actividades que se consideren necesarias para la prevención de las infracciones de menores.
- 4o.- Organizar las medidas aplicables en cumplimiento de los acuerdos adoptados por el Consejo de Menores.
- 5o.- Clasificar las instituciones de menores, estudiar los métodos de tratamiento y comprobar su aplicación y eficacia.

II.- ORGANIZACION.

El Centro se organiza en tres secciones:

- 1o.- Investigación y publicaciones.
- 2o.- Derecho y criminología.
- 3o.- Psicología y pedagogía.

Para el cumplimiento de sus objetivos está dotado de los si-

güentes medios:

1o. Personales.

Un director, encargado de la sección de investigación y publicaciones.

Un jefe de la sección de derecho y criminología.

Un jefe de la sección de psicología y pedagogía.

Un funcionario del Consejo encargado de la secretaría y administración.

2o. Materiales.

Aulas y seminarios.

Bibliotecas.

Laboratorios.

Materiales de investigación y docencia.

III.- FUNCIONAMIENTO.

1o. La investigación se verifica directamente, por miembros del Centro, o indirectamente, facilitando medios a personas ajenas al mismo.

2o. Las publicaciones se dividen en tres series: científica, didáctica y divulgación e información.

3o. La docencia consta de un cursillo de iniciación, dos cursos

ordinarios, y actividades de formación permanente.

A) El cursillo de iniciación cumple dos finalidades:

- 1o. Seleccionar los alumnos, mediante un primer contacto entre el Centro y los aspirantes, para que ambos puedan decidir sobre la convivencia de la especialización con las mayores probabilidades de éxito.
- 2o. Preparar a los seleccionados para el comienzo de los cursos ordinarios.

Se divide en dos periodos. El primero de una semana de duración, en el propio Centro, durante el cual se valora la aptitud y vocación de los aspirantes, a la vez que estos se inician en los métodos y contenidos de formación del Centro. El segundo de dos meses de duración, en sus respectivos lugares de residencia, durante el cual los aspirantes que hayan superado el anterior realizan estudios y trabajos que, dada su preparación, se consideren necesarios para el comienzo de los cursos ordinarios.

B). Los cursos ordinarios se dividen en tres periodos, de dos meses de duración cada uno, y de una reunión de resumen y valoración de resultados.

Los tres periodos comienzan con una semana en el Centro, durante la cual se imparten las clases teóricas y se verifican las prácticas y seminarios correspondientes. Después los alumnos, en su lugar de residencia, efectúan las lecturas, comentarios y ejercicios, previstos para completar el programa de cada uno de dichos periodos. La reunión de resumen y valoración de resultados, también de una semana de duración, que se verifica en el Centro, está dedicada a realizar una síntesis de los conocimientos adquiridos, estimular la meditación e iniciativa personales y comprobar el aprovechamiento de los alumnos.

En la reunión del segundo curso se realiza un trabajo monográfico, sobre un tema elegido por la promoción. Después los alumnos cumplen tres meses de prácticas en una institución de la Obra de Protección de Menores, al final de los cuales han de presentar un diario de la labor realizada en dichas prácticas y un trabajo sobre el tema monográfico de la promoción.

C). Actividades de formación permanente.

Los alumnos que obtengan el correspondiente diploma, podrán adscribirse al Centro para realizar las actividades de formación permanente.

Dichas actividades están encaminadas principalmente a la actualización de conocimientos, intercambio de experiencias y estudio de resultados. Se realizan mediante el envío de bibliografía, documentación, notas informativas y contestación a consultas, y mediante la asistencia a conferencias, cursillos y seminarios.

40. Para el cumplimiento de los demás objetivos el Centro mantiene contacto con el Consejo y el personal especializado en el tratamiento de menores, organiza reuniones y visitas y prepara, al principio de cada curso, un programa general de actividades.

INDICE

	Página:
I.- CONCEPTO Y GENERALIDADES.	1
CONCLUSIONES AL CAPITULO PRIMERO	11
II.- ETIOLOGIA DE LA DELINCUENCIA JUVENIL.	13
CONCLUSIONES AL CAPITULO SEGUNDO	44
III.- CLASIFICACION DE LAS SITUACIONES IRREGULARES.	45
LA JUVENTUD, EL USO INDEBIDO DE DROGAS Y LA DELINCUENCIA.	59
CONCLUSIONES AL CAPITULO TERCERO	62
IV.- LA PROBLEMATICA DE LA EDAD.	64
EXTENSION DE LA MINORIA PENAL.	70
CONCLUSIONES AL CAPITULO CUARTO	85
V.- EL ORDENAMIENTO JURIDICO DE MENORES.	
NATURALEZA JURIDICA.	97
CONCLUSIONES AL CAPITULO QUINTO	114
VI.- PREVENCION DE LAS INFRACCIONES DE MENORES.	
A.- EL SISTEMA.	116
B.- LA NATURALEZA DE LAS INFRACCIONES DE MENORES.	117
C.- COMPETENCIA CIENTIFICA.	120
D.- EL METODO.	122
E.- LAS CIENCIAS EXCLUIDAS Y LAS OLVIDADAS.	123
F.- UTILIDAD DE LA CRIMINOLOGIA.	124
LA CAUSALIDAD.	131
LA POSICION CRITICA.	135
LA SUBJETIVIZACION DEL DERECHO PENAL.	139
LOS PRINCIPIOS DE LA LIBERTAD.	139
LOS PRINCIPIOS DE LA CAUSALIDAD.	140
CONVERTIR EL SUJETO EN OBJETO NO ES SUBJETIVIZAR.	142

LO SUBJETIVO EN LA PREVENCIÓN Y EN LA REPRESIÓN.	144
BUSCANDO LA PERFECCIÓN.	145
G.- EL PROCESO DE HUMANIZACIÓN DE LA CRIMINOLOGÍA.	147
LA PERSONA HUMANA AUTÉNTICA.	149
LA PERSONA HUMANA Y SU MEDIO AMBIENTE.	150
UNA SOCIEDAD SIN NORMAS.	151
EL ACATAMIENTO DE LAS NORMAS DE CONVIVENCIA.	153
EMPUJE Y CAPACIDAD DE OPCIÓN.	157
DEBEMOS ENTENDER AL MENOR COMO LO QUE ES.	160
LAS BASES DEL SISTEMA.	162
CONCLUSIONES AL CAPÍTULO SEXTO	172
VII.- EL SISTEMA PRÁCTICO DE LA PREVENCIÓN.	
A.- EL OBJETO DE LA PREVENCIÓN.	174
VOCACIÓN TÉCNICA.	175
B.- LA PREVENCIÓN GENERAL.	180
EL CUERPO DE PREVENCIÓN.	197
CONCLUSIONES AL CAPÍTULO SEPTIMO	188
VIII.- EL ORIGINAL CONCEPTO DE LA CORRUPCIÓN	
DE MENORES EN EL CÓDIGO PENAL.	190
C.- LA PREVENCIÓN ESPECIAL.	192
EL CONSEJO TUTELAR DE MENORES Y SUS ACUERDOS.	194
APLICACIÓN Y MEDIDAS.	198
LA CUSTODIA EN FAMILIA.	200
LOS CENTROS DE INTERNAMIENTO.	203
LA ESPECIALIZACIÓN.	205
PROYECTO DE CENTRO TÉCNICO DEL CONSEJO TÉCNICO DE PROTECCIÓN	219
DE MENORES.	