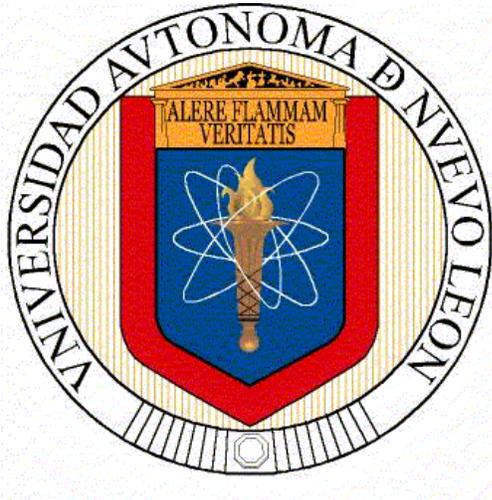


UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA



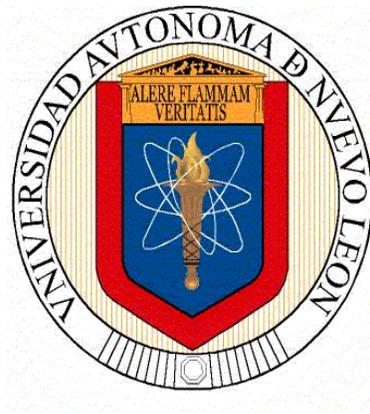
JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

TESIS DOCTORAL

POR. MTRO. ANTONIO FIERROS RAMÍREZ

CON OPCIÓN AL GRADO DOCTORADO EN DERECHO

MARZO 2013



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

FACULTAD DE DERECHO
Y
CRIMINOLOGÍA

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

TESIS DOCTORAL

Mtro. Antonio Fierros Ramírez

DIRECTOR DE TESIS:

Doctor Rogelio Barba Álvarez

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

Debo agradecer a quienes hicieron posible la consolidación de este esfuerzo por concluir una etapa más en mi vida académica, sería infiel de mi parte no citarlos por nombre y apellido a cada uno de ustedes que fueron importantes en este momento para la conclusión de este proyecto, por eso a todos y cada uno de ustedes muchas gracias.

Especialmente con todo mi amor filial, debo de admitir que el ejemplo de vida que nos das día a día, con ese reto constante por superar los obstáculos y vicisitudes que se han presentado ante ti, hoy día, me que queda claro eres mi motivación especial, no hay obstáculos que juntos no podamos derribar. PARA TI DOCTORA YAZZ.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	5
--------------	---

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICO-LEGISLATIVOS DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL PARA MENORES INFRACTORES.

1.1. La evolución jurídica de la minoría de edad penal.	7
1.1.1. Concepto de menor de edad penal.	8
1.1.2. Naturaleza jurídica del menor.	12
1.1.3. Aspectos criminológicos de la delincuencia juvenil.	19
1.1.3.1. Concepto de delincuencia juvenil.	20
1.1.3.2. Teorías criminológicas de la delincuencia juvenil	21
1.1.3.2.1 La Escuela Positiva, Ferri.	22
1.1.3.2.2 La Escuela Correccionalista, Dorado Montero.	25
1.1.3.2.3 Teoría de la anomia.	28
1.1.3.2.4 Teoría de las subculturas.	30
1.1.3.2.5 Teoría de la asociación diferencial.	32
1.1.3.2.6 Teoría del labelling approach.	35
1.1.3.2.7. Criminología crítica.	36
1.1.3.2.8 Fenomenología de la delincuencia juvenil.	39
1.1.3.2.9 Epílogo en torno a la delincuencia juvenil.	45
1.2. Legislación penal de menores y su evolución	50
1.2.1. La infraestructura tutelar.	51
1.2.2. Bases teóricas del modelo tutelar.	55
1.2.3. Características del modelo tutelar.	60
1.2.3.1 El Modelo Educativo de Bienestar.	66
1.2.3.2 El Modelo Mixto o de Responsabilidad.	72
1.2.3.2.1 Presupuestos de un modelo mixto de	

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

responsabilidad.	<u>72</u>
1.2.3.2.2 Características de un modelo mixto o responsabilidad.	<u>77</u>
1.3. Legislación comparada.	<u>82</u>
1.3.1 Desarrollo de la Legislación Española de Menores	<u>82</u>
1.4. Modelos internacionales en materia de justicia penal de menores	<u>91</u>
1.4.1 Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijín).	<u>93</u>
1.4.2. La Convención sobre los Derechos del Niño.	<u>97</u>
1.4.3. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad.	<u>100</u>
1.4.4. Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil.	<u>101</u>
1.4.5. Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre medidas no privativas de libertad (reglas de Tokio).	<u>117</u>
1.4.6 Principios básicos para el tratamiento de los reclusos.	<u>119</u>
1.4.7. Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos.	<u>121</u>
1.4.8. Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.	<u>145</u>
1.4.9. Convención Iberoamericana de los derechos de los jóvenes.	<u>156</u>

CAPÍTULO II

PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL DEL MENOR.

2.1 Precisión terminológica.	<u>157</u>
2.2 Concepto de minoría de edad en el ámbito penal.	<u>158</u>
2.3. Principios del sistema de justicia para menores en la legislación.	<u>158</u>
2.3.1. Garantizo Penal.	<u>158</u>
2.3.2 Celeridad procesal.	<u>160</u>
2.3.3 Certeza jurídica.	<u>162</u>
2.3.4 Contradicción.	<u>164</u>

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

2.3.5 Especialización.	165
2.3.6 Inmediación.	167
2.3.7 Interés superior del adolescente	168
2.3.8 Jurisdiccionalidad	170
2.3.9 Mínima intervención	170
2.3.10 Proporcionalidad	171
2.3.11 Protección Integral de los Derechos del Adolescente	173
2.3.12 Reincorporación social, familiar y cultural del adolescente	174
2.3.13 Subsidiariedad	175
2.3.14 Transversalidad	175

CAPÍTULO III

CRÍTICA AL MODELO DE JUSTICIA DE MENORES.

3.1. España.	176
3.2. Italia.	180
3.3. Brasil.	188
3.4. México.	192
3.5. Nuevo León.	193
3.6. Aguascalientes.	194
3.7. Guanajuato	197
3.8. Chihuahua	200
3.9. Oaxaca	203
3.10. Jalisco	209
3.11. Consideraciones finales.	220

CAPÍTULO IV

EL PRINCIPIO DE ORALIDAD.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

4.1. Premisa Introdutoria.	223
4.2. Sistema acusatorio y la Oralidad.	224
4.3 Oralidad como garantía de garantías.	225
4.4 Ventajas del juicio oral.	227
4.5. El principio de oralidad como legitimador del proceso penal.	230
CONCLUSIONES	233
ANEXOS	236
CRITERIOS JURISPRUDENCIALES	236
BIBLIOGRAFIA	244

INTRODUCCIÓN

De meridiana claridad resulta para el sustentante, la consideración de que la implementación de Justicia Integral para Menores en el Estado a partir del año 2007, no ha tenido bajo ningún argumento sustentable la trascendencia que se requiere en el contexto social. Llego a la anterior conclusión al analizar de forma superficial que la reforma realizada a la legislación en cuanto a suprimir el principio de oralidad del sistema obstaculiza seriamente la eficacia de la misma.

Arribando a dicha conclusión con el argumento específico de la limitación a la eficacia que debiese sustentar el mismo, esto al contrastarla con los diversos Estados en la República en los que opera dicho sistema.

Los medios alternativos de solución de conflictos que debiesen observar un porcentaje alto en la solución de asuntos, aún en estos momentos no se han concretado pues se presenta una eficiencia en Europa hasta del 90% y en Latinoamérica del 70%, en tanto que en nuestro Estado en los últimos tres años se han resuelto una totalidad de 1,593 sentencias definitivas, registrando en la anualidad de dos mil diez la cantidad de 578, en 2011 el total de 614 y en el periodo comprendido entre enero y agosto del año 2012, un resultado de 401, reportados por los 6 juzgados especializados en el Estado.

Basta decir que un procedimiento de este sistema en la actualidad en un término medio puede durar más de un año, en determinados casos se duplica e inclusive hasta tres años en su tramitación ordinaria en el juzgado de menores, incurriendo de nueva cuenta en la observada práctica de privar de las garantías del debido proceso a los menores, es decir, la ausencia de pruebas contradictorias, la prolongación del desahogo de probanzas, las largas fijaciones de fechas para el desahogo de pruebas, con lo que se incumple

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

sistemáticamente con los principios de contradicción, concentración, inmediatez, legalidad y demás que se refieren como principios rectores del sistema.

La única y viable solución tendiente a resolver esta problemática procesal y superar las deficiencias de un sistema lento y pesado que devienen del sistema impuesto que actualmente tiene vigencia tanto en menores como adultos debe enfocarse indiscutiblemente a la implementación mediata del sistema acusatorio adversarial, esto es, el respeto irrestricto a los principios rectores que prevén nuestra legislación actual, inclusive con el principio de oralidad pues la gran mayoría de asuntos que hoy se tramitan en los tribunales estatales especializados en justicia de menores podrían solventarse en los términos de una eficiencia que permie de los Estados de la República que cuentan con la implementación del sistema como lo son: Oaxaca, Nuevo León, Chihuahua, Aguascalientes y Guanajuato, donde las causa de conflicto con la Ley donde participan menores de edad sin consideración del tipo penal de que se trate tardan no más de seis meses en obtener la resolución de primera instancia.

La confluencia de las voluntades políticas de los poderes legislativos y ejecutivo a la par del poder Judicial deben solventar la problemática de la implementación en el sistema minoril pues además se contiene el inconveniente de que el número de asuntos que se registran en la estadística estatal se encuentra muy inferior al de adultos. Válgase la expresión podemos en el Estado iniciar la implementación del sistema contradictorio adversarial enfocándonos en la Justicia Integral de Menores. Sujetándolo estatalmente como modelo piloto en la implementación del Sistema Acusatorio Adversarial.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICO-LEGISLATIVOS DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL PARA MENORES INFRACTORES.

1.1. LA EVOLUCIÓN JURÍDICA DE LA MINORÍA DE EDAD PENAL.

Los antecedentes de la regulación jurídica de menores infractores en México, se debe históricamente al proceso de justicia penal español, cabe resaltar que las teorías correccionalistas que imperaron en España a finales del S. XIX y principios del S. XX, fueron adoptadas paulatinamente por nuestra legislación, cabe señalar que la teoría correccionalista fue la verdadera escuela penal española, y la doctrina protectora de los jóvenes es la que realmente representa las modernas concepciones penales en España¹ y la que más se ha admitido en nuestra cultura jurídica entorno a los menores, de esta manera podremos lograr una mejor comprensión del tratamiento dispensado a los menores por las instituciones tutelares en México.

Al margen de algunas corrientes doctrinales que imperaron a principios del S. XX como ya señalamos, hemos dedicado a aquellas de orientación correccionalista que desde el principio del pasado siglo XX han influido decisivamente en el Derecho penal de menores, desplazando a partir de la segunda mitad del XIX las ideas de retribución y expiación por las de corrección y protección. Sin embargo la filosofía subyacente en la concepción correccionalista evidenciará una acusada distorsión entre la teorización ideológica y los resultados obtenidos en el tratamiento de los menores infractores.

¹ De Asua Jiménez L., El nuevo derecho penal, Madrid, 1929, p. 85.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

1.1.1. CONCEPTO DE MENOR DE EDAD PENAL.

El término de menor y su relación con el derecho y con el sistema de justicia penal, no ha sido conceptualizado de manera unánime, en nuestra legislación positiva, aún más no existe un concepto armonizador a nivel internacional, por lo tanto consideramos prudente delimitar el término menor de edad, con el que describiremos todo el proceso de nuestro trabajo de investigación

Desde el punto de vista gramatical o terminológico, es frecuente encontrar varias expresiones para aludir a la misma realidad. Tanto en la doctrina como en la legislación o la jurisprudencia, podemos encontrar que se utiliza indistintamente los términos *menor, niño, joven, infancia y adolescente*, en México para designar, sin pretensiones de rigor, a un segmento o franja de edades y etapas de la vida que se prolongan hasta el momento de la madurez de la persona, esto es, hasta la edad de 18 años se encuentra establecido en el artículo 18 constitucional, para establecer el universo de los sujetos que tendrán derecho al sistema integral: Es decir a aquellos que tengan 12 años y menos de 18, con esta disposición se termina con la facultad que anteriormente se ejercía en algunas entidades federativas para considerar mayores de edad a efecto de su proceso penal a personas que no habían cumplido los 18 años, es de sobra conocido que a efectos internacionales se estaba vulnerando diversos tratados en los que México ha firmado y ratificado, mismos que exigen un tratamiento distinto para adultos y para menores, entendiendo éstos últimos a quienes no hubieran cumplido 18 años.

Este precepto constitucional además señala que los menores de 12 años solamente serán objeto de rehabilitación y de asistencia social, pero no de

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

sanción, por lo que se crea una especie de limitación de la edad frente al *ius punendi* estatal². Lo que significa que el estado no puede sancionarlos.

Entre los términos señalados, en este trabajo se ha optado por el término *menor* porque desde el punto de vista del Derecho positivo es la categoría más fácilmente delimitable y aprehensible al depender de un dato objetivo y comprobable —aunque convencional y cuantitativamente variable—, como es el dato de la edad y no de otros parámetros que muestran contornos más difusos³. Como lo sería la madurez intelectual o apariencia física.

El término *menor*, a diferencia del marcado carácter asistencial atente en los términos *infancia* y *niño*⁴, únicamente marca una reacción de contraposición respecto al término *mayor*⁵. Así, por ejemplo, para realizar ciertos actos jurídicos, para ser sujeto pasivo de determinados delitos, para designar consecuencias jurídicas distintas frente a comisión de ilícitos penales, etc. Además el término *menor* es el comúnmente utilizado por la normativa tanto penal como extrapenal para determinar sus correspondientes ámbitos de aplicación subjetiva, estos, para designar a aquellas personas que por razón de su edad se encuentran, bien especialmente protegidas, bien exentas de responsabilidad penal conforme al Código. En efecto, es el término utilizado por el artículo 18 de la Constitución General de la República rreguladora de la

² Islas de González Mariscal O./ Carbonell M., Constitución y justicia para adolescentes, UNAM, México 2007, pp.31 y ss.

³ En este sentido, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad. Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho Civil», ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1992, página 1995.

⁴ RICO PÉREZ, F., La protección de los menores en la Constitución y en el Código civil, MADRID, 1980, PÁGINA 19.

⁵ En este sentido, también CERVELLO DONDERIS, V., «Situación penal de la protección del menor en España», CUADERNOS DE POLÍTICA CRIMINAL, 37, 1989, página 30.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

responsabilidad penal de los menores, respecto a la reforma del 12 de diciembre de 2005⁶.

Con estas premisas, el *menor* genérica e inicialmente ha sido conceptualizado como aquella persona que por razón de su edad, ostenta una condición o cualidad que es tenida en cuenta por el Ordenamiento jurídico como factor determinante de la situación o posición dentro de la comunidad, y de su ámbito de poder, capacidad y responsabilidad.

Establecer con carácter general el binomio mayoría/minoría de edad no está exento de dificultad ya que se trata de delimitar unos términos relativos, flexibles y cambiantes que se hacen depender, no sólo de la época histórica o del país de referencia, sino también del sector jurídico al que se alude⁷. Se trata pues de un término eminentemente sociocultural, dependiente de las creencias o convicciones de los miembros del grupo humano respecto a la protección que a determinadas personas se deba conceder o de la libertad que se les deba atribuir. Es una categoría que se encuentra en función de los condicionamientos económicos o culturales del grupo vigentes en cada momento histórico⁸ que los legisladores habrán de definir en cada caso atendiendo a las circunstancias culturales y sociales de un tiempo y país determinados.

En efecto, el orden internacional no ofrece un concepto cuantitativamente unitario de menor de edad. La relatividad y flexibilidad del término menor se refleja claramente en la propia Convención sobre los Derechos

⁶ Que establece las bases para la organización de un sistema integral de justicia aplicable a los adolescentes, se trata de un régimen jurídico que involucra a la federación, a los estados y al Distrito Federal, que tiene por objeto regular la realización de conductas tipificadas como delito por personas menores de dieciocho años y mayores de doce.

⁷ JIMÉNEZ QUINTANA, E., «El menor delincuente ante la Constitución», Cuadernos DE POLÍTICA CRIMINAL, 20, 1983, página 576.

⁸ SAJÓN, R., DERECHO DE MENORES, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, página 122.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

del Niño de 1989 al señalar su artículo 1 que: «*Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor le 18 años de edad, SALVO QUE, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*»⁹.

En el orden interno, el Ordenamiento jurídico extrapenal ofrece un criterio unitario de *mayor de edad*, —y en contraposición a aquél, también de *menor de edad*—, ya que como tal entiende a la persona que ha alcanzado los 18 años de edad. El término *menor* abarca en este ámbito a toda persona, desde su nacimiento hasta el momento que cumple los 18 años.

En el Ordenamiento jurídico penal es una constante histórica determinar un límite de minoría de edad que se fija con autonomía respecto de otros sectores del Ordenamiento jurídico no quedando condicionado a las previsiones civiles, ni tan siquiera constitucionales, como lo acreditan las diversas disposiciones de nuestros textos penales históricos.

Esta disparidad entre el Derecho penal y el resto de los sectores del Ordenamiento jurídico se ha zanjado en el Código penal federal que acota la minoría de edad penal en 18 años, así la Ley para el tratamiento de menores infractores para el Distrito Federal en materia común y para toda la república en materia Federal¹⁰, en el artículo 6º, establece que el consejo de menores es competente para conocer de la conducta de las personas mayores de 11 y menores de 18 años de edad, tipificada por las leyes penales señaladas en el artículo 1º de esta ley.

⁹ En otros textos internacionales se establece la minoría de edad en los dieciséis años. Por ejemplo los siguientes: el «Convenio del Consejo de Europa sobre reconocimiento de decisiones en materia de custodia de menores», de 20 de mayo de 1980 que entiende por menor a la persona «siempre que su edad sea inferior a los dieciséis años (...)», o el artículo 4 del «Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre secuestro de menores», que aplica la restitución de los niños secuestrados hasta el límite de edad de 16 años.

¹⁰ Publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 24 de diciembre de 1991.

De esta manera el término de menor se puede acotar como sujeto activo del delito, no sólo existe un límite positivo o superior por debajo del cual el menor queda exento de responsabilidad criminal conforme a dicha Ley, sino otro negativo o inferior fijado en la actualidad en los 11 años de edad en virtud del mismo artículo 6º último párrafo, que señala a los menores de 11 años serán sujetos de asistencia social por parte de las instituciones de los sectores público, social y privado que se ocupen de esta materia, las cuales se constituirán, en este aspecto, como auxiliares del Consejo.

En el ámbito del Derecho comparado las respectivas legislaciones también limitan su ámbito subjetivo con relación al dato de la edad. Así, por ejemplo, las legislaciones italiana y alemana que ciñen el concepto de menor al intervalo comprendido entre los 14 y 18 años¹¹; la legislación francesa entre 13 y 18 años¹², la legislación portuguesa entre los 16 y 21¹³.

1.1.2 NATURALEZA JURÍDICA DEL MENOR.

La exposición de Motivos de la reforma constitucional en general parte de la situación de desprotección en la que se encontraba el menor en la medida en que éste requiere de la atención jurídica en todos sus niveles para su aplicación y resguardo de sus derechos. Para lograr que ello se haga efectivo, se contemplan la reforma que permite una mejor funcionalidad capaz de garantizar la adecuada protección de los intereses de los sujetos a los que se dirige y de la colectividad en general. A ello compete también, en sentido amplio,

¹¹ Artículos 97 y 98 del Código penal italiano, y párrafo 19 del Código penal alemán en relación al párrafo 1 de la Jugendgerichtsgesetz (Ley de Justicia Juvenil).

¹² Artículo 122-8 del Código penal francés y Ordonnance núm. 45-174 relative á l'en- fance délinquante, de 2 de febrero de 1945.

¹³ Artículos 9 y 19 del Código penal portugués y Decreto-Lei núm. 401/82 sobre Régimen penal especial para jóvenes con edad comprendida entre los 16 a los 21 años, de 23 de septiembre.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

instituciones de asistencia y guarda de la patria potestad, tutela, que generan una serie de obligaciones a los padres o tutores que en consecuencia se configuran como derechos para los menores.

Si estas obligaciones se incumplen de forma que se ocasionan situaciones de riesgo o desamparo, los poderes públicos en cumplimiento del mandato recogido en el artículo 18 de la Carta Magna, deberán intervenir disminuyendo los factores de riesgo o de dificultad social y, si fuese necesario, asumiendo la tutela del menor en supuestos de desprotección grave del mismo. Se trata pues, como ha señalado, el gran jurista español; ANDRÉS IBÁÑEZ, de «situaciones del género de aquéllas a las que puede dar lugar la patología de la relación familiar en sus efectos sobre los hijos»¹⁴.

Cuando estas situaciones se producen, aparece la figura del menor desamparado que podría definirse como la ausencia de quienes conforme a la ley estén obligados a su custodia, protección y cuidado. Cuando la situación de desamparo se refiera a un menor cuyo origen se conoce, se considerará abandonado como todo menor de edad que se encuentra privado de la necesaria asistencia moral o material por incumplimiento grave de la persona o personas obligadas a ofrecérsela, como consecuencia de lo cual se adoptan las medidas correspondientes de carácter civil y/o administrativo en el ámbito de las diversas leyes de protección jurídica del menor.

Frecuentemente, los menores desamparados serán sujetos pasivos de determinados delitos como titulares del bien jurídico protegido en aquellas conductas tipificadas expresamente a fin de otorgarles una especial protección.

¹⁴ ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada», PSICOLOGÍA SOCIAL Y SISTEMA PENAL, Alianza Editorial, Madrid, 1986, página 225.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

El menor de edad puede ser sujeto pasivo de prácticamente todos los delitos que recoge el Código Penal; puede ser sujeto pasivo de los delitos de homicidio, de lesiones, de tráfico de personas para su explotación sexual o laboral, turismo sexual, etc. En tanto que es titular del bien jurídico tutelado en cada una de esas figuras delictivas.

Ahora bien el legislador, tomando en consideración la condición del menor como interés especialmente protegido, recoge una serie de disposiciones con el objetivo de otorgar un mayor amparo a estos sujetos. Especial tutela que, de un lado responde a la situación de heteronomía de éste y, de otro, al proceso madurativo y de formación de su personalidad, con lo que se trataría de prevenir «experiencias traumatizantes y la nocividad del entorno más inmediato que vive el menor, y todo cuanto pueda sesgar las bases de su personalidad, que le permitan ejercer en su momento, su derecho a la libertad personal»¹⁵. De esta forma se tipifican expresamente —o se agravan— determinados ataques a bienes jurídicos de los que aparece el menor como titular de una forma explícita.

Si se recorre el Texto punitivo federal, se puede comprobar cómo se tipifican una serie de conductas que encuentran su *ratio legis* en la condición del menor como interés jurídicamente protegido —tipificadas fundamentalmente en los capítulos siguientes:

Título II Capítulo V Sanción Pecuniaria.

Artículo 30 Bis.- Tienen derecho a la reparación del daño en el siguiente orden: 1º. El ofendido

2º. En caso de fallecimiento del ofendido, el cónyuge supérstite o el concubinario o concubina, y los hijos menores de edad; a falta de éstos los

¹⁵ TAMARIT SUMALLA, J. M., «La protección del menor en la propuesta del anteproyecto de nuevo Código penal», ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, tomo XXXIX, fase. II, páginas 489-490.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

demás descendientes, y ascendientes que dependieran económicamente de él al momento del fallecimiento.

Capítulo III

Titulo IV Libertad preparatoria y retención

Artículo 85. No se concederá la libertad preparatoria a:

Los sentenciados por alguno de los delitos previstos en este Código que a continuación se señalan:

Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo previsto en el artículo 201; Pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202.

Turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 203 y 203 bis; Lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204; Pederastia, previsto en el artículo 209 Bis.

f) Tráfico de menores, previsto en el artículo 366 Ter.

Titulo III CAPÍTULO II

Genocidio 149 bis

Si con idéntico propósito se llevaren a cabo ataques a la integridad corporal o a la salud de los miembros de dichas comunidades o se trasladaren de ellas a otros grupos menores de diez y seis años, empleando para ello la violencia física o moral, la sanción será de cinco a veinte años de prisión y multa de dos mil a siete mil pesos.

Título VII Capítulo I Artículo 196.- Las penas que en su caso resulten aplicables por los delitos previstos en el artículo 194 serán aumentadas en una mitad, cuando:

III.- Se utilice a menores de edad o incapaces para cometer cualesquiera de esos delitos;

Título VII

CAPÍTULO I

Corrupción de Personas Menores de Dieciocho Años de Edad o de Personas que no tienen Capacidad para comprender el Significado del Hecho o de Personas que no tienen Capacidad para Resistirlo.

CAPÍTULO II

Pornografía de Personas Menores de Dieciocho Años de Edad o de Personas que no tienen Capacidad para comprender el Significado del Hecho o de Personas que no tienen Capacidad para Resistirlo

CAPÍTULO III

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

Turismo Sexual en contra de Personas Menores de Dieciocho Años de Edad o de Personas que no tienen Capacidad para comprender el Significado del Hecho o de Personas que no tienen Capacidad para Resistirlo.

CAPÍTULO IV

Lenocinio de Personas Menores de Dieciocho Años de Edad o de Personas que no tienen Capacidad para comprender el Significado del Hecho o de Personas que no tienen Capacidad para Resistirlo.

CAPÍTULO V

Trata de Personas Menores de Dieciocho Años de Edad o de Personas que no tienen Capacidad para comprender el Significado del Hecho o de Personas que no tienen Capacidad para Resistirlo

TITULO DECIMONOVENO

Delitos Contra la Vida y la Integridad Corporal

CAPÍTULO I Lesiones

Artículo 295.- Al que ejerciendo la patria potestad o la tutela infiera lesiones a los menores o pupilos bajo su guarda, el juez podrá imponerle, además de la pena correspondiente a las lesiones, suspensión o privación en el ejercicio de aquellos derechos.

TITULO VIGESIMO PRIMERO

Privación Ilegal de la Libertad y de otras Garantías

Artículo 366 Ter.- Comete el delito de tráfico de menores, quien traslade a un menor de dieciséis años de edad o lo entregue a un tercero, de manera ilícita, fuera del territorio nacional, con el propósito de obtener un beneficio económico indebido por el traslado o la entrega del menor.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

La opción del Código Penal por dicha protección se traduce también en la previsión de determinadas agravaciones específicas cuando la víctima es menor de una edad determinada recogidas en algunas cláusulas de diferentes tipos delictivos, así como en la ineficacia del consentimiento otorgado por el menor de edad.

Finalmente, el término menor como sujeto activo del delito —o menor infractor—, alude a aquel menor de edad penal autor de una conducta tipificada como delito o falta en el Código Penal o en las leyes penales especiales. Artículo 4 Ley de Justicia integral para Menores del estado de Jalisco.

No obstante, se debe advertir como lo señalo Baratta en su momento, que las distinciones terminológicas realizadas, sobre todo aquélla que alude al menor desamparado frente al menor infractor, resultan ser en muchos casos artificiosas ya que, si bien es cierto que los comportamientos delictivos están distribuidos en todos los estratos sociales¹⁶, también lo es que, en la mayoría de los casos, las situaciones de desamparo y abandono propician el nacimiento de conductas infractoras de menores y jóvenes.

En este sentido, podemos afirmar que las conductas delictivas, son originadas en el seno familiar, pero que refleja sin embargo una distorsión a la sana convivencia social, que en muchas ocasiones su tratamiento no ha sido el correcto, y que ciertas conductas pueden ser aprendidas por las generaciones futuras, tal es el caso de las favelas brasileñas, o de los barrios bajos de Tepito en la ciudad de México¹⁷.

¹⁶ BARATTÁ, A., «Principios del Derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la Ley penal)». DOCTRINA PENAL, núm. 40, página 625.

¹⁷ En ocasiones se habla del rendimiento escolar con preocupación, pues los datos que se publican reflejan altas tasas de insuficiencia de alumnos de educación básica, El instituto Mexicano de la Juventud, dentro de su llamado programa de mediano plazo 2008 - 2012 da a conocer las

En efecto, en los menores infractores se aprecian índices muy elevados de fracaso escolar o mal funcionamiento de los grupos primarios, lo que expresa un significativo déficit de los procesos de socialización¹⁸, situaciones que en algunos casos podrían fundamentar la calificación de situación de riesgo o desamparo que legitimarían la intervención de las entidades públicas de protección.

1.1.3 ASPECTOS CRIMINOLOGICOS DE LA DELINCUENCIA JUVENIL.

El notable movimiento humanitario que se produjo desde fines del siglo XIX a favor de la protección de los niños, propició la intensificación de actividades filantrópicas a favor de éstos. Respecto del menor infractor, ello implicaba su separación del adulto infractor, apareciendo en este contexto los tribunales especiales para menores¹⁹. Fue entonces cuando comienza a generalizarse la utilización del término «*delincuencia juvenil*» como algo distinto

estadísticas que se arrojan a partir de la encuesta nacional de la juventud 2005 acerca de las causas de deserción escolar en México; sus cifras resultan escalofrantes ya que solo una mínima parte de los jóvenes se encuentran insertos en el sistema educativo nacional después de los 16 años, la mayoría abandona la escuela porque prefiere trabajar, la escuela no cubre sus expectativas, sus padres no quisieron que siguiera estudiando ó debido a las condiciones económicas de la familia derivadas de la poca preparación que han tenido sus padres, con referencia a ese tema, se realiza un estudio de caso del que mas adelante habrán de publicarse los resultados, vid <http://desercionescolarmexico.blogspot.mx/>.

¹⁸ GARCÍA PABLOS, A., «Enfoques plurifactoriales y delincuencia juvenil». MANUAL DE CRIMINOLOGÍA, Madrid, 1988, páginas 463.

¹⁹ MAZZA GALANTI, F., «Quale riforma per la Giustizia minorile?», QUESTIONE GIUSTIZIA, 1986, vol. 2, página 449; LÓPEZ-REY Y ARROJO, M., LA CRIMINALIDAD. UN ESTUDIO ANALÍTICO, Tecnos, Madrid, 1976, página 228; el mismo autor, en COMPENDIO DE CRIMINOLOGÍA Y POLÍTICA CRIMINAL, Tecnos, Madrid 1985, página 125.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

y separado de la «*delincuencia de adultos*»²⁰, respecto de la cual las distintas teorías criminológicas han apuntado diversos enfoques y explicaciones.

La delincuencia juvenil es un fenómeno que desde el siglo pasado, ha cobrado interés por el sistema penitenciario siendo uno de los problemas criminológicos que crece día a día más, no solo en nuestro país, sino también en el mundo entero; es una de las faenas socialmente negativas que va a lo contrario establecido en la ley y a las buenas costumbres creadas y aceptadas por la sociedad, a través del pacto social.

1.1.3.1. CONCEPTO DE DELINCUENCIA JUVENIL

La identificación y definición del concepto de delincuencia juvenil no supuso —ni supone— una tarea fácil ya que su valoración depende al menos de dos premisas completamente dependientes de la legislación de referencia: Qué se considere delito y quién se considere menor de edad. De esta manera aparecen al menos dos concepciones de delincuencia juvenil, una amplia y otra restrictiva²¹.

Conforme a una concepción amplia, la delincuencia juvenil englobaría no sólo los hechos delictivos cometidos por menores de edad penal, sino aquellos otros que se consideren anormales o denoten una conducta desviada o asocial en el menor. Al respecto, abrazamos lo señalado por el gran criminólogo español LÓPEZ- REY Y ARROJO como «en la década de 1950 se entendía por tal en la mayoría de los países desarrollados y en desarrollo: El ausentismo escolar,

²⁰GIBBONS DON C. *Delincentes juveniles y criminales*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, 37 y ss.

²¹ SOBRE AMBOS CONCEPTOS, TERRADILLOS BASOCO, J., *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, AKAL, MADRID, 1980, PÁGINAS 110-111; SERRANO GÓMEZ, A., «Delincuencia juvenil...», PÁGINA 35; GONZÁLEZ GONZÁLEZ, E., *Delincuencia juvenil...*, ob. cit., PÁGINA 32; HERRERO HERRERO, C., *Criminología. Parte general y especial*, DYKINSON, MADRID, 1997, PÁGINAS 359-361.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

hallarse fuera del control paterno o materno, ser vago o extremadamente perezoso, servirse de lenguaje obsceno u ordinario, llevar a cabo actos sexuales o inmorales, frecuentar lugares no aptos para menores, ausentarse indebidamente del lugar o abandonarlo, hallarse desadaptado, ser retardado, fumar, vagar en las estaciones de ferrocarril u otros lugares (...), y finalmente cometer un hecho definido como delito»²².

La amplitud del concepto de *Delincuencia juvenil* en el sentido indicado, fue criticada en diversos Congresos de Naciones Unidas²³ que aconsejaban que, desde el punto de vista objetivo, este término se limitara a las infracciones de las Leyes penales, abogando pues por una concepción más restrictiva de delincuencia juvenil entendida como «conjunto de conductas cometidas por menores de edad recogidas en las leyes penales como delictivas».

Esta concepción restrictiva de Delincuencia Juvenil es la que adoptará la legislación mexicana a partir de 2005, como se desprende en la Ley de Justicia Integral para Menores para el Distrito Federal, promulgada a partir de la reforma constitucional al artículo 18. Actualmente la Legislación acoge un concepto restrictivo de delincuencia juvenil al establecer su artículo 1. «Será

²² López-Rey y Arrojo, M., COMPENDIO DE CRIMINOLOGÍA..., OB. CIT., PÁGINA 126.

²³ En el Primer Congreso de Naciones Unidas de Ginebra (1955), se alegó que una concepción extremadamente amplia de Delincuencia juvenil era artificial, hacía ilusoria la llamada jurisdicción juvenil y condicionaba una mayor criminalidad. Se entendió que debería hacerse una distinción entre menores necesitados de protección y asistencia por razones no delictivas y los que habían perpetrado un hecho punible. Estas ideas se repiten en Congresos posteriores como en el segundo Congreso celebrado en Londres en 1960 y en el sexto Congreso de Caracas de 1980; al respecto, SHÜLER-SPRINGORUM, H., «Les instruments des Nations Unies relatifs á la délinquance juvénile», REVUE INTERNATIONALE DE CRIMINOLOGIE ET DE PÓLICE TECHNIQUE, 2, 1994, páginas 153-154; LÓPEZ-REY Y ARROJO, M., COMPENDIO DE CRIMINOLOGÍA..., OB. CIT., páginas 127-128; BERISTAIN IPIÑA, A., «Interrogantes cardinales para reformar la legislación de los infractores juveniles», JORNADAS DE ESTUDIOS DE LA LEGISLACIÓN DEL MENOR, Centro Superior de Protección del Menor, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, página 174.

aplicable a quienes atribuyan la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales del Distrito Federal y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad.

1.1.3.2. TEORÍAS CRIMINOLÓGICAS DE LA DELINCUENCIA JUVENIL

Como afirma LÓPEZ-REY y ARROJO, mientras que el concepto de delincuencia juvenil está ligado a la creación de un movimiento humanitario que pretendía excluir a los menores del ámbito del Derecho penal, la teoría de la delincuencia juvenil con su propia etiología, características, programas y políticas de prevención y tratamiento es principalmente el producto elaborado por parámetros biológicos, médico-psicológicos o sociológicos que han encontrado su firme apoyo en la proliferación y profesionalización administrativas y en las políticas de bienestar²⁴.

Al respecto, han sido diversas las teorías que han intentado explicar las causas de la delincuencia juvenil. De un lado, las teorías psicológicas pretenden explicar las diferencias individuales que predisponen a la delincuencia en base tanto a los factores de la personalidad como a las influencias familiares. De otro lado, las teorías sociológicas pretenden relacionar las diferencias del grupo social en sus actividades delictivas con las teorías sobre la sociedad y con los orígenes sociales de la conducta humana. Finalmente, aparecen aquellas teorías que desplazan su objeto de análisis desde las causas del delito, hacia los procesos sociales e institucionales de control social mediante los que se definen algunos comportamientos como desviados y se etiquetan a sus autores como delincuentes²⁵.

²⁴ López-Rey y Arrojo, M., LA CRIMINALIDAD..., OB. CIT., PÁGINAS 227 Y 230.

²⁵ Para un estudio de estas teorías en el campo de la delincuencia juvenil: GARCÍA PABLOS, A., Manual de criminología, ob. cit., páginas 463 y siguientes; RUTTER, M./GILLER, H., Delincuencia juvenil, traducida al castellano por Montserrat Goma i Freixanet, Barcelona, 1988, páginas 177-195; RÍOS MARTÍN, J. C., El menor infractor ante la ley penal, Comares, Granada, 1993, páginas 47-59; CASTILLO CASTILLO, J., «Sociedad

A continuación se exponen algunas de las teorías más destacadas que han intentado explicar los factores que de una u otra manera pueden incidir en la génesis de la delincuencia juvenil.

1.1.3.2.1 LA ESCUELA POSITIVA. FERRI ²⁶

La irrupción de la filosofía positiva a finales del siglo XIX en el pensamiento científico, en general, marcó de manera decisiva la evolución de la Ciencia Penal²⁷ y el nacimiento de la Criminología como disciplina científica.²⁸

El ideal científico del positivismo partía de la base de que sólo merecían el calificativo de “científicas” aquellas elaboraciones o estudios de la realidad que se llevasen a cabo a través de los métodos de las ciencias naturales. Esto implicaba, como es lógico, el rechazo de toda dependencia de la filosofía o metafísica.²⁹ Así, la escuela positiva, en contraposición a los principios doctrinales de la escuela clásica, negó la existencia de libre albedrío en el hombre, pasando la pena a ser considerada no ya un castigo, si no un medio de defensa social no meramente utilitario.

alienadora y juventud delincuente», *Delincuencia juvenil (AA.W.)*, Santiago de Compostela, 1973, páginas 99-110; GONZÁLEZ GONZÁLEZ, E., *Delincuencia juvenil...*, ob. cit., páginas 39-54.

²⁶ Cfr., al respecto, FERRI, E.: *Principios de derecho criminal. Delincuente y delito en la ciencia, en la legislación y en la jurisprudencia*, traducido por RODRIGUEZ MUÑOZ, J.A., Madrid, 1933 Para un estudio de la obra y personalidad de FERRI, cfr. GOMEZ, E.: *Enrique Ferri*, Buenos Aires, 1947. Véase también un interesante referencia al positivismo en BERNALDO DE QUIROS, C/NAVARRO DE PALENCIA, A.: *Teoría del Código penal. Parte general*, cit., pp. 364 y ss.

²⁷ Recordemos que el nacimiento de la dogmática jurídico-penal está vinculada históricamente a los autores de la escuela clásica, CARRARA en Italia y BINDIG en Alemania.

²⁸ Sobre el particular, señala GARCIA- PALOS, A.: *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, 2º ed., Valencia, 1996, p. 92 que la escuela positiva Italiana, o positivismo criminológico, sella a finales del siglo XIX los orígenes de esta nueva ciencia, denominada Criminología.

²⁹ Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: *Fundamentos de Derecho Penal. parte general*, cit., p. 184.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

Bajo el influjo del positivismo se creó la Ley de Vagos y Maleantes de 1933, que aplicaba medidas de seguridad muy parecida a las penas a quienes no habían cometido delitos, pero podían cometerlos “por su vida irregular”.³⁰

Por lo que respecta al menor infractor, la escuela positiva sostuvo que éste cometía el delito como consecuencia de dos factores: De una parte, los internos, consistentes en taras hereditarias derivadas del alcoholismo, sífilis y enfermedades mentales; y de otra, los externos o sociales de abandono, desamparo, hábito o imitación, originados por la falta de hogar, medio ambiente corrompido o ausencia de una adecuada educación o curación, dependiendo de cada caso y de las circunstancias particulares y personales que concurrieran³¹.

De esta primera concepción de la Escuela positiva se pasó con CESAR LOMBROSO a un criterio antropológico, basado en la idea de que las huellas embrionarias de la locura moral y de la delincuencia se hallaban normalmente en el niño que manifestaba vicios tales como la cólera, la venganza, la mentira, la ausencia de sentido moral, el egoísmo, o la crueldad, lo que servía muchas veces para explicar su tipo criminal, atávico o epiléptico. Así llegaba a considerar que en la infancia y en la adolescencia se cometen actos equivalentes a verdaderos delitos en el adulto. De ahí que el delincuente que más allá de la adolescencia persistía en acciones anormales, era considerado un anormal que reproducía el pasado lejano³².

Pero el propio FERRI quien mejor ha expresado la aportación de la escuela positiva al Derecho tutelar de menores, manifestando que “adopta para

³⁰ Cfr. LALINDE ABADÍA, J.: Iniciación histórica del Derecho español, cit., p. 571.

³¹ Cfr. MENDOZA, J.R.: La protección y el tratamiento de los menores, cit., p.5.

³² Ibídem, pp.5 y 6.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

los delincuentes menores no la tradicional pena-castigo, -llamada intimidatoria- sino una serie de medidas defensivas, educadoras y curativas adaptadas, no a los pretendidos grados de discernimiento y culpabilidad moral, sino a la diversa peligrosidad y readaptabilidad social de estos sujetos consientes, pero con voluntad no madura.”³³

En resumen, la dogmática jurídico- penal patrocinada por la escuela clásica sufrió a finales del siglo XIX un duro ataque por parte de la escuela positiva, cuyo eje central giraba en torno a la negación del libre albedrío: Los hombres no son libres para determinarse frente a las normas, si no que su voluntad está condicionada por factores diversos: Individuales, físicos y sociales. Según FERRI, la pena, por si sola, sería ineficaz si no va acompañada de las oportunas reformas económicas y sociales. De ahí que propugnase como instrumento de lucha contra el delito una sociología criminal integrada y no un Derecho penal convencional. ³⁴

1.1.3.2.2 LA ESCUELA CORRECCIONALISTA O DE LA ENMIENDA, DORADO MONTERO³⁵

Destaca ALAMILLO³⁶ que la escuela correccionalista de Roeder³⁷ y la positiva italiana se funden en *El derecho protector de los criminales* de

³³ Cfr. LALINDE ABADÍA, J.: Iniciación histórica al Derecho español, cit., p. 570

³⁴ Cfr. GARCIA PALOS, A.: Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas, cit., p. 113.

³⁵ Para una recopilación de la obra de DORADO MONTERO, cfr. VVAA: Homenaje a Dorado Montero, en REP, año XXVII, Octubre – Diciembre 1997, núm. 195, 1595 y ss.

³⁶ Cfr. ALAMILLO, F.: “Derecho penal juvenil español”, cit., p. 11.

³⁷ El origen de la teoría penal denominado correccionalista, o de la enmienda, cuyo máximo representante es Carlos David Augusto Roeder, se remota a los años de viva efervescencia entre las múltiples doctrinas

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

DORADO MONTERO. En esta misma línea, señala LANDROVE DIAZ³⁸ que el correccionalismo de DORADO MONTERO es ecléctico, en el sentido de que en él se percibe una influencia positivista, adquirida en su periodo de formación en Italia, pero de marcado signo crítico. Pero ha sido el propio DORADO MONTERO quien mejor ha declarado esa unión de principios correccionales y positivistas, al considerar que el Derecho penal ha de ser resuelto de la fusión del espíritu de la escuela correccionalista con la observación experimental que aporta la escuela positiva.³⁹

Así pues, con la obra de DORADO MONTERO se produce una fusión de la filosofía positivista y correccionalista, que va inspirar el Derecho tutelar en nuestro país.⁴⁰ En este sentido, MONTERO RIOS, entonces Ministro de Gracia y Justicia, ha sido considerado “el padre del correccionalismo español”,⁴¹ sin olvidar, no obstante, la importante función que también desempeño Concepción Arenal.⁴²

En definitiva, desde el pensamiento correccionalista de DORADO MONTERO, los menores de edad eran considerados sujetos inferiores o débiles necesitados de protección. Especialmente interesantes para entender la filosofía

penales formuladas en Alemania durante la primera mitad del XIX. Cfr. DORADO MONTERO: El derecho protector de los criminales, t. I, Madrid, 1916, p. 188.

³⁸ Cfr. LANDROVE DÍAZ, G.: Introducción al Derecho penal español, cit., p. 51

³⁹ Cfr. DORADO MONTERO: El derecho protector de los criminales, cit., pp. 194 y ss.

⁴⁰ Cfr. VILAR VADIA, R.: “La legislación penal de menores y su inaplazable reforma” en CPC, núm. 40, 1990, p. 176.

⁴¹ Cfr. VENTURA FACI, R.: “El menor como agente del delito”, cit., p. 61, será aproximadamente en 1865 cuando se inició la dirección correccionalista en España. Para un interesante estudio de correccionalismo español de corte Krausista, cfr. CUELLO CONTRERAS, J.: El derecho penal español. Curso de inducción. Parte general cit., pp. 280- 289.

⁴² Para un estudio de esta correccionalista, cfr. AGUIRRE PRADO, L.: “Concepción Arenal”, en REP, NÚM 6, 1945, pp. 44 y ss.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

subyacente en la concepción correccionalista son las conclusiones del citado penalista cuando afirma que “el delincuente, por simple hecho de ser tal, denuncia un estado moral débil y miserable. Da prueba segura de su incapacidad para gobernarse normalmente, honradamente; de manera análoga como también la dan, por su parte, los locos, los menores de edad, los pródigos, todos los cuales, a efecto de su incapacidad o anormalidad, reclaman con imperio de los normales u honrados, el género de protección y al cual tienen perfecto derecho. La delincuencia, en el pensamiento de los correccionalistas, es una causa limitadora de la capacidad real y, por lo tanto, de la capacidad jurídica de los individuos, igual que sucede con la edad, la prodigalidad, la enfermedad mental, etc.; causa que, mientras no desaparezca, mantiene al sujeto de quien se trate en posición de inferioridad, y necesitando, en beneficio propio suyo y en interés social al mismo tiempo, de un género de protección tutelar (tratamiento penal) acomodado a su situación anómala y de desamparo”.⁴³ Paradigmáticas son también al efecto sus frases cuando afirma que “la función llamada administración de justicia penal es una verdadera cura de almas (...) tendiente a rescatar y poner en aptitud de aprovechamiento social el mayor número de éstas”.⁴⁴

Premisa general del sistema penal de los correccionalistas era, como advirtió DORADO MONTERO, su manera de concebir el Derecho, “el cual, no tiene su base, como ordinariamente se piensa, en el poder, la facultad y la fuerza, sino en la necesidad”.⁴⁵ Los principios del correccionalismo perseguían el siguiente aforismo: “Más vale prevenir que remediar”, y para buscar medios preventivos se empieza por estudiar las causas del delito, a saber: Una de tipo personal y otras de tipo social, que generalmente actúan, sobre el individuo desde la infancia, predisponiéndole el delito. Y como medio preventivo se

⁴³ Cfr. DORADO MONTERO: El derecho protector de los criminales, cit., p. 193

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 180, 181, 183 y 184.

⁴⁵ Cfr. DORADO MONTERO: El derecho protector de los criminales, cit., pp. 191 y 192

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

propugna, en primer lugar, la reeducación del delincuente, especialmente, cuando por su edad y escaso arraigo de los hábitos criminales es posible aún la readaptación.⁴⁶

Aunque para DORADO MONTERO, desde una posición desde luego bien intencionada, la nueva tendencia correccional o tutelar constituía una arrolladora corriente de aire purificador, señalando, ingenuamente, que “el Derecho penal ha desaparecido con respecto a los niños y a los jóvenes delincuentes, y se ha convertido en una obra benéfica y humanitaria, en un capítulo, si quiere de pedagogía, de la psiquiatría y del arte de buen gobierno, juntamente”⁴⁷, lo cierto es que estos valores, aparentemente impregnados de una base educativa – terapéutica, en realidad, van a reflejar una respuesta de carácter represivo que, en ocasiones, llegará hacer incluso más grave que la dispensada a los adultos, al ser, entre otras cosas, las medidas aplicadas de duración indeterminada.⁴⁸

Como colofón, podemos concluir que la principal aportación del correccionalismo⁴⁹ ha sido su filantropía, mientras que su defecto, principalmente en DORADO MONTERO, ha sido su tendencia hacia la utopía.⁵⁰ Y ello por atender exclusivamente a la prevención especial llegando a olvidarse,

⁴⁶ Cfr. ALAMILLO, F.: “Derecho penal juvenil español” cit., p.11.

⁴⁷ Cfr. DORADO MONTERO: Los peritos médicos y la Justicia Criminal, Madrid 1905, p.211

⁴⁸ Sobre el particular manifestado críticamente ALVAREZ MARTINEZ, C.: “De la necesidad de la reforma de las Leyes Penales”, cit., p. 219 y 220 que “ es tal desvarío de esta Escuela, que pretende que la pena impuesta al delincuente no dure más que el largo o corto tiempo que permanezca su alma en ese estado de perturbación y de padecimiento. Este es el limite en equidad y en justicia.

⁴⁹ Véase una interesante referencia al correccionalismo en BERNALDO DE QUIROS, C. /NAVARRO DE PALENCIA, A.: Teoría del Código Penal. Parte general, cit., pp.163y ss.

⁵⁰ Cfr., al respecto, ANTÓN ONECA, J.: La utopía penal de Dorado Montero, Universidad de Salamanca, 1950.

por completo, de la importante cuestión de las garantías procesales, a las que también tiene derecho el menor, y que tanta atención dedicó, sin embargo, la Escuela Clásica, para DORADO MONTERO, basta afirmar que al ser la pena un bien para el delincuente no son necesarias las garantías frente a ella. Como ha señalado al respecto Antón Oneca, “lo que es un bien para el pensador que vive en la nube de sus abstracciones, es un mal para el reo que lo sufre”.⁵¹

1.1.3.2.3. TEORÍA DE LA ANOMIA

Esta teoría aborda la materia relacionándola con el desajuste que se produce en toda sociedad entre los fines socialmente definidos y los medios para alcanzarlos. En esta línea explica cómo la estructura social realiza cierta presión sobre los miembros de la sociedad y les empuja a comportamientos disconformes ante la imposibilidad de alcanzar determinados fines que normalmente coinciden con el bienestar y el éxito económico. Si el sistema social en el que se desenvuelve una persona valora el éxito material de tal modo que la mayoría de los miembros hacen suya esa meta y la convierten en una de sus grandes aspiraciones, y al mismo tiempo no facilita a todos por igual los medios legítimos para llegar a ella, existe la probabilidad de que algunos miembros del grupo acudan a medios ilegítimos para conseguirla⁵².

Partiendo de estas premisas, la conclusión puede ser que la realización de comportamientos disconformes se concentra en determinados grupos, en determinadas clases sociales, de forma que la teoría de la anomia

⁵¹ Cfr. ANTÓN ONECA, J.:” Los antecedentes del nuevo Código penal”, cit., pp. 38 y 39.

⁵² Sobre esta teoría: GARCÍA PABLOS, A., Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992, páginas 195-196.

asume que la mayoría de las conductas delictivas están concentradas en aquellos estratos sociales más desfavorecidos⁵³.

De este modo, y en referencia concreta a la delincuencia juvenil, se afirma que las conductas desviadas en las que los menores pueden incurrir no dependen tanto de las tendencias biológicas individuales como del impacto diferencial de la presión anómica ocasionada por la situación social en la que determinados menores se encuentran. Es decir, algunos jóvenes de los estratos sociales más desfavorecidos, al experimentar frustración por no tener la oportunidad de participar en el bienestar que proporciona el éxito económico, se ven abocados a delinquir⁵⁴.

A esta teoría se le ha reprochado su inexactitud ya que no se ha constado que las altas aspiraciones de los jóvenes de las clases económicamente más desfavorecidas estén relacionadas con la delincuencia. Falla igualmente a la hora de explicar por qué bajo las mismas condiciones un individuo delinque y otro no⁵⁵. A ello se puede unir la reflexión de WEST que ha afirmado que si bien es cierto que «el fondo característico de los delincuentes habituales (clase baja, bajos ingresos, atraso en la educación, hogar destrozado, familia súper numerosa, negligencia de los hijos, vecindad pobre...) es importante, la privación social por sí, aunque siga siendo el factor de la delincuencia habitual más fácil de identificar, no puede explicar el creciente número de delincuentes procedentes de hogares más prósperos»⁵⁶.

1.1.3.2.4. TEORÍA DE LAS SUBCULTURAS (Albert Cohen)

⁵³ RUTTER, M./GILLER, H., Delincuencia juvenil, ob. cit., página 179.

⁵⁴ Rutter, M./Giller, H., IBIDEM.

⁵⁵ Rutter, M./Giller, H., DELINCUENCIA JUVENIL, OB. CIT., PÁGINAS 179-180.

⁵⁶ WEST, D. J., Delincuencia juvenil, Labor, Barcelona, 1973, página 88.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

Conforme a la teoría de las subculturas⁵⁷ se estima que determinados grupos se aúnan espacial, social y normativamente y se apartan de las clases medias y de sus pautas de conducta, elaborando valores sub-culturales y normas que no sólo pueden desviarse (negativamente) de las normas de la cultura dominante, sino que se contraponen (positivamente) a las mismas y las sustituyen por pautas de conductas vividas y desarrolladas autónomamente⁵⁸. En la conciencia de tales grupos, las violaciones de las reglas no aparecen como una desviación respecto de un código general de comportamientos correctos, sino como expresión de un código alternativo propio⁵⁹.

De esta forma, y concretamente en las llamadas subculturas criminales surge una conciencia social y normativa propia, como en el caso de la subcultura juvenil delincuente⁶⁰. En este sentido, la adolescencia reuniría las características genuinas de una «subcultura», ya que se trataría de un grupo alienado de individuos de cierta edad que se define por exclusión: No son «*niños*», ni «*adultos*», y precisamente por ello, al no pertenecer a ninguna de estas comunidades tienen que constituir grupos alternativos de participación e integración, dotados de normas y valores propios, pandillas o tribus en algunos casos absolutamente carentes de peligrosidad delictiva ,y en otros en cambio claramente delictiva.

La teoría de las subculturas tiene en común con la teoría de la anomia que ambas asumen el presupuesto de que la delincuencia está concentrada en determinados grupos sociales —los más desfavorecidos—, pero se

⁵⁷ Desarrollada especialmente por Albert Cohen en su obra *Delinquent boys. The culture of de gang*, Chicago, 1955.

⁵⁸ HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho penal*, ob. cit., páginas 54-57; RUTTER, M./GILLER, H., *Delincuencia juvenil*, ob. cit., páginas 180-181; BARATTA, A., «Principios del Derecho penal mínimo», ob. cit., páginas 635-636; GONZÁLEZ GONZÁLEZ, E., *Delincuencia juvenil...*, ob. cit., página 49.

⁵⁹ HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho penal*, ob. cit., página 55.

⁶⁰ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, E., *Delincuencia juvenil...*, ob. cit., páginas 59-60.

diferencia de ella en que no postula ni tensiones, ni frustraciones, sugiriendo más bien que la delincuencia es sencillamente una conducta «*normal*» dentro de una subcultura particular y que, por tanto, se aprende del mismo modo que cualquier otra forma de conducta social⁶¹. La percepción y la definición de ciertos comportamientos como delictivos o socialmente negativos dentro de una determinada cultura dominante, encuentran como correlato representaciones sumamente variadas en diferentes grupos sociales⁶².

La principal contribución de esta teoría respecto de la delincuencia juvenil ha sido el reconocimiento de que algunas formas de conducta delictiva, —al menos las más leves—, constituyen una parte de las actividades sociales aceptadas de los adolescentes⁶³, (piénsese por ejemplo en la conducción bajo los efectos del alcohol, pequeños hurtos en grandes almacenes, lesiones derivadas de riñas o peleas...), si bien al igual que la anterior teoría tiene el gran inconveniente de referir su sistema explicativo fundamentalmente a los actos delictivos cometidos por la juventud más desfavorecida, descuidando los delitos de los estratos más favorecidos⁶⁴.

1.1.3.2.5. TEORÍA DE LA ASOCIACIÓN DIFERENCIAL

Esta teoría de la asociación diferencial, también denominada «teoría de los contactos diferenciales», expresa la idea de que la oportunidad para que uno se convierta en delincuente depende del modo, la intensidad y la duración de los diferentes contactos del individuo con otras personas. En este

⁶¹ RUTTER, M./GILLER, H., *Delincuencia juvenil*, ob. cit., página 180; GARCÍA PABLOS, A., *Criminología...*, ob. cit., página 207.

⁶² BARATTA, A., «Principios del Derecho penal mínimo», ob. cit., página 636.

⁶³ RUTTER, M./GILLER, G., *Delincuencia juvenil*, ob. cit., página 181.

⁶⁴ En este sentido, CASTILLO CASTILLO, J., «Sociedad alienadora...», ob. cit., página 104.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

marco se entiende que el crimen se aprende a través de los mismos procedimientos y mecanismos de aprendizaje que la conducta positiva⁶⁵.

La teoría de la asociación diferencial parte de la idea de que los menores son más proclives a cometer infracciones si en su proceso de socialización han aprendido más actitudes asociales que aquellas otras acordes con la Ley. Si el entorno en el que se desenvuelve lleva implícito pautas de comportamiento no adaptadas a las normas sociales, la conducta del menor podrá orientarse conforme a esas pautas previamente aprendidas; los menores se convertirán en infractores en proporción directa a la intensidad, prioridad, duración y frecuencia de los contactos que establezcan con ideas o técnicas delictivas⁶⁶.

En semejante línea, se afirma que «el joven infractor imita, no crea. Es un imitador que repite lo que aprende y hace lo que le enseñan u observa en modelos próximos o significativos con los que se identifica»⁶⁷. El comportamiento desviado del menor surge por el proceso de inadaptación del entorno social en el que se desenvuelve, es decir, por la educación en unas normas o hábitos determinados siguiendo el proceso de imitación de conductas

⁶⁵ GARCÍA PABLOS, A., *Criminología...*, ob. cit., página 217; GONZÁLEZ GONZÁLEZ, E., *Delincuencia juvenil...*, ob. cit., páginas 47-48.

⁶⁶ GARCÍA PABLOS, A., «Presupuestos Criminológicos...», OB. CIT., páginas 260-261 y 284-285; RÍOS MARTÍN, J. C., *EL MENOR INFRACTOR...*, OB. CIT., página 48; RUTTER, M./GILLER, H., *DELINCUENCIA JUVENIL*, OB. CIT., página 182.

⁶⁷ GARCÍA PABLOS, A., «Presupuestos criminológicos...», ob. cit., página 285; continúa el mencionado autor explicando cómo «en la psicología del joven y menor tienen gran relevancia ciertos procedimientos «abreviados» de aprendizaje que no exigen la comunicación interpersonal, ni la persuasión razonada, ni la comprobación personal del mensaje: basta con que éste sepa asociar llamativamente la conducta o pauta propuesta al éxito conseguido por otros que la practican. En consecuencia, mensajes ambiguos e imprecisos (v.gr. éxito, triunfo económico, valor, riesgo etc.) no debidamente matizados, pueden recibir una lectura simplificadora y sesgada por parte del joven o menor: Una lectura criminógena, aunque no sea ésta la finalidad deliberada o consciente del mensaje».

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

de personas cercanas, con los problemas de la marginalidad en la que no se encuentran modelos positivos a imitar⁶⁸.

Algunas afirmaciones que se han realizado partiendo de la premisa general de que mezclarse con delincuentes hace que sea más probable que uno mismo se convierta en delincuente, han sido recogidas por RUTTER y GILLER: «la mayoría de los actos delictivos son cometidos en compañía de otras personas; la delincuencia está fuertemente asociada con la delincuencia en los hermanos o progenitores; los jóvenes que viven en un área de alta delincuencia o que van a escuelas también con alta delincuencia tienen más posibilidades de volverse delincuentes que chicos similares que viven en otras áreas o van a otras escuelas; la probabilidad de que un chico cometa un acto delictivo específico depende estadísticamente de la comisión de actos similares por otros miembros de su grupo de amigos»⁶⁹.

Lo positivo de las diversas teorías señaladas hasta el momento, es que todas ellas parten de un presupuesto distinto a aquél del que lo hacía la denominada «criminología etiológica» de raíz positivista, a saber, que el criminal es anormal y enfermo, y que lo que hace y porqué lo hace debe ser estudiado sobre la base de los mismos factores que explican el comportamiento no criminal⁷⁰. Ahora bien, no es menos cierto que estos enfoques siguen siendo etiológicos en la medida que tratan de hallar esas causas en una estructura social desigual y en los procesos de socialización de los individuos que viven en determinadas situaciones⁷¹. De esta forma, las propuestas que se hacen para mejorar las condiciones sociales en las que se desarrolla el crimen, se realizan

⁶⁸ DEL BLANCO DÍAZ, E., «La reforma de menores. Diseño procesal de la Ley Orgánica 4/92. Principios y derechos fundamentales inherentes al proceso», Estudios del Ministerio Fiscal, 1995, vol. 3, página 607.

⁶⁹ RUTTER, M./GILLER, H., Delincuencia juvenil, ob. cit., página 182.

⁷⁰ GONZÁLEZ ZORRILLA, C., «La criminología y su función: el momento actual del debate», Anuario de Derecho penal y ciencias penales, 1992, página 641.

⁷¹ GONZÁLEZ ZORRILLA, C., «La criminología y su función...», ob. cit., página 641.

sin cuestionar las definiciones legales e institucionales acerca de la criminalidad misma.

Esta visión del estudio de las causas de la criminalidad varió sustancialmente con la aparición de nuevas teorías que frente a los interrogantes planteados por la criminología tradicional: ¿quién es criminal?, ¿cómo se llega a ser desviado?, ¿cómo puede controlarse al criminal?, se plantean otras: ¿quién es definido como desviado?, ¿qué efecto conlleva para el individuo?, ¿quién define a quién? En definitiva, todos los interrogantes sobre las condiciones y las causas de la criminalidad se transforman en preguntas sobre las condiciones y las causas de la criminalización⁷².

La importancia de estas últimas teorías radica en clarificar que es imposible comprender la criminalidad al margen del estudio del sistema penal (en sentido amplio) que la define y reacciona contra ella. Pasamos a analizarlas a continuación.

1.1.3.2.6. TEORÍA DEL LABELLING APPROACH O ETIQUETAMIENTO

La teoría del Labelling Approach es también conocida como teoría del etiquetamiento debido a la tesis central que sostiene, consistente en que la criminalidad no es una cualidad de una determinada conducta, sino el resultado de un proceso de atribución de tal cualidad, de un proceso de estigmatización. La criminalidad es una etiqueta que se aplica por las instancias formales de

⁷² Señala HASSEMER como «el interés de la investigación se desplaza desde el desviado y su medio, hacia aquéllos que definen a éste como desviado, y se analizan los procesos de control y la génesis de las normas en vez de los déficits de socialización. Las carencias no se buscan en los controlados, sino en los controladores: en vez de explicar la criminalidad, se trata de explicar la criminalización, y el «autor» del delito pasa a ser «víctima» de los procesos de definición», HASSEMER, W., Fundamentos del Derecho penal..., ob. cit., página 84.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

control social⁷³. La etiqueta estigmatizados de delincuente la proporciona un procesamiento legal, y este etiquetaje afecta de forma aversiva la autoimagen de la persona etiquetada y, como consecuencia de ello, es más propensa a enredarse en actividades delictivas⁷⁴.

El sistema de intervención de los menores infractores, que en un sentido amplio englobaría al conjunto de instituciones y personas que se relacionan de alguna forma con el menor delincuente (Policía, Juez de Menores, Centros de Internamiento, etc.), influye en la delincuencia, de una parte decidiendo si el menor ha de considerarse delincuente, y en caso afirmativo, determinando qué institución debe acogerle y definir cuál es la situación más favorable para su corrección⁷⁵. A partir de este momento el menor interioriza y asimila el rechazo del que es objeto y empieza asumir tal etiqueta, iniciando una actuación conforme al rol que se le ha asignado, el de delincuente⁷⁶.

De otro lado, conforme a la teoría del Labelling Approach se entiende que la etiqueta de criminal la reparten los mecanismos de control social con el mismo criterio de distribución de otros bienes mejores (fama, riqueza), de modo que los riesgos de ser etiquetado como delincuente no depende tanto de la conducta ejecutada (delito) como de la posición que ocupe el individuo en la pirámide social⁷⁷.

Al respecto, WHEELER ha señalado cómo la acusación oficial de delincuente por parte de la Policía o de los Tribunales suele ser especialmente

⁷³ HASSEMER, W., Fundamentos del Derecho penal..., páginas 44 y 81-82; GARCÍA PABLOS, A., Criminología., ob. cit., páginas 226-227.

⁷⁴ Rutter, M./Giller, H., DELINCUENCIA JUVENIL, OB. CIT., PÁGINAS 191-192.

⁷⁵ CASTILLO CASTILLO, J., «Sociedad alienadora...», ob. cit., páginas 104-105.

⁷⁶ Ríos MARTÍN, J. C., El menor infractor..., ob. cit., página 57; VIDAURRI ARECHIGA, M., «A propósito de la criminología...», ob. cit., página 940.

⁷⁷ Ríos MARTÍN, J. C., El menor infractor..., ob. cit., página 58.

decisiva en la gestación de los roles delictivos. A pesar de los esfuerzos realizados por quienes trabajan en el movimiento de los Tribunales de menores para evitar el estigma que suele ir asociado al hecho de tener unos antecedentes oficiales de delincuente, el muchacho que tiene tales antecedentes puede encontrarse con que sus legítimas oportunidades de escuela y trabajo sufren cortapisas y que permanece sometido a estrecha vigilancia⁷⁸.

Los postulados de esta teoría son útiles para comprender el origen y consolidación de la delincuencia juvenil como consecuencia de la intervención de las instituciones de control y del propio sistema legal⁷⁹, aspectos sobre los que inciden las teorías que a continuación se analizan.

1.1.3.2.7. CRIMINOLOGÍA CRÍTICA.

Utilizando las bases de la construcción de la teoría del etiquetamiento, surge el movimiento de la Criminología Crítica que desarrolla una teoría de la desviación de los comportamientos negativos y de la criminalización⁸⁰. La cuestión criminal es analizada como el resultado de una doble selección: Una primera selección opera sobre el plano de los

⁷⁸ WHEELER, S., «Conducta desviada», en la obra de Sociología de Smeler, N.J. Euro- américa, Madrid, 1967, página 794.

⁷⁹ RÍOS MARTÍN, J. C. «El menor infractor...», ob. cit., página 57.

⁸⁰ PORTILLA CONTRERAS, G., «Fundamentos teóricos de una alternativa al concepto tradicional de inimputabilidad del menor», Protección jurídica del menor, Comares, Granada, 1997, página 111; este autor señala que las características más destacables del modelo utilizado por la criminología crítica son las siguientes: «a) Desplazamiento del enfoque teórico del autor hacia las condiciones objetivas estructurales y funcionales que se encuentran en el fenómeno de la desviación, b) Desplazamiento del interés desde las causas de la desviación criminal hasta los mecanismos sociales mediante los cuales se elabora la «realidad social» de la desviación, c) La criminalidad no es una cualidad ontológica de determinados comportamientos y determinados individuos, sino un papel asignado a determinados individuos, a través de una doble selección: Selección de bienes jurídicos protegidos y comportamientos ofensivos y selección de los individuos estigmatizados».

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

comportamientos a criminalizar, o lo que es igual, de los bienes jurídicos a proteger; la segunda opera a nivel práctico sobre los individuos a quienes atribuir el estatuto de criminal, mediante un proceso de definición y estigmatización que, si se desarrolla con éxito, construye socialmente la propia personalidad del desviado o delincuente⁸¹.

La solución a la delincuencia entonces debe llegar de un cambio radical en las estructuras de poder y en la superación de las relaciones sociales de producción capitalista; no obstante y mientras que esto no acontezca, es necesario intervenir sobre el plano de las políticas sociales y penales elaborando, entre otras propuestas, la destipificación y descriminalización de determinadas conductas. Respecto de estas propuestas, algunos autores han solicitado la destipificación de determinadas conductas para los menores de edad⁸².

En opinión de GOULDNER, el alejamiento en los países industrializados de la posibilidad de que se produzca un cambio revolucionario en las estructuras sociales, el auge de las políticas conservadoras y la reducción de los sistemas ligados al estado de bienestar, ha producido una situación de *impasse*: «los adversarios del sistema no pueden cambiarlo, en tanto que los defensores del sistema no quieren cambiarlo.

Por tanto parece imposible cambio racional alguno»⁸³. Esta visión dio paso a la aparición de los enfoques del denominado modelo del nuevo realismo, uno de ellos de corte conservador, y otro conocido como «nuevo realismo de izquierdas».

⁸¹ GONZÁLEZ ZORRILLA, C., «La criminología y su función...», ob. cit., página 642.

⁸² Véase el epígrafe II.3 de este capítulo primero.

⁸³ Expresión de GOULDNER, citado por GONZÁLEZ ZORRILLA, C., en «La criminología y su función...», ob. cit., página 644.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

El modelo propugnado por el denominado «realismo de corte conservador» parte de la premisa de que la mejora de las condiciones sociales ha producido, más que una disminución, un aumento considerable de la criminalidad. En consecuencia, se descarta la idea de obtener una disminución de la criminalidad con un aumento de justicia social. Por otro lado, sostiene que si los pobres cometen más delitos que los ricos, también es cierto que sólo una pequeña parte de los pobres está envuelta en la criminalidad. El crimen depende pues más de una opción moral individual, que de una situación social. En definitiva, desde esta perspectiva el objetivo de la política social será influenciar, en sentido negativo, esa opción moral hacia el crimen a través de adecuadas políticas intimidatorias»⁸⁴.

El enfoque del denominado «Nuevo realismo de izquierdas» se sitúa a medio camino entre los realistas conservadores y la Criminología crítica; a ambos los critica por abandonar el estudio acerca de las causas de la criminalidad. Si los primeros reenvían para ello a las contradicciones del sistema capitalista, los segundos simplemente desechan la posibilidad de hallar esas causas fuera de la pura libertad de elección del individuo delincuente; renuncian pues a analizar el fenómeno criminal como un problema social verdadero y se acaba haciendo el juego a las políticas conservadoras de la Ley y el orden.

Para el realismo de izquierdas, las causas del crimen no deben hallarse en la pobreza, en términos absolutos, sino en aquello que denominan «deprivación relativa», esto es, la comparación entre un exceso de expectativas y las oportunidades que existen para realizarlas. De este sentimiento de sufrir injusticia nace el descontento, y de él el crimen como respuesta egoísta (moralmente reprobable) a la deprivación relativa. Por estas razones su propuesta es elaborar programas de intervención prioritariamente comunitarios,

⁸⁴ Al respecto, GONZÁLEZ ZORRILLA, C., «La criminología y su función...», ob. cit., página 644; PORTILLA CONTRERAS, G., «Fundamentos teóricos...», ob. cit., páginas 111-112.

pero sin excluir el recurso a la intervención del control formal (policía, cárcel...) ahí donde la comunidad no esté en disposición de dar respuestas al fenómeno criminal⁸⁵.

1.1.3.2.8. FENOMENOLOGÍA DE LA DELINCUENCIA JUVENIL.

La literatura criminológica ha señalado diversas modalidades de delincuencia juvenil a través de la fenomenología⁸⁶.

Conductas de ocasión, constituidas por comportamientos marginales menores, que forman parte de los riesgos ordinarios de la vida. Representan el precio que el adolescente ha de pagar para adaptarse a una vida social compleja, para aprender las normas y las fronteras de las conductas socialmente toleradas, estas conductas, afectan al 80% de los adolescentes con problemas ante la justicia.

Conductas de transición, que hacen referencia a comportamientos delictuosos más graves que en el caso anterior y que se llevan a cabo en periodos de tiempo delimitado, por obedecer a situaciones conflictivas derivadas del contexto familiar o escolar o del mismo desarrollo del joven, esta clasificación afecta a 10% de los jóvenes que delinquen.

Conductas de condición, que afectan a jóvenes que persisten en su actitud antisocial, que aceptan sus estado como modo de vida, como parte iniciada de una carrera criminal, esta manifestación delincuencia, entre los jóvenes puestos a disposición judicial, la representamos en los siguientes recuadros :

⁸⁵ GONZÁLEZ ZORRILLA, C., «La criminología y su función...», ob. cit., página 645.

⁸⁶ HERRERO HERRERO, C., Criminología, Madrid, 1997, p. 372.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

INFORMACIÓN ESTADÍSTICA, CORRESPONDIENTE A LOS EXPEDIENTES REGISTRADOS EN EL LIBRO DE GOBIERNO DE LOS 6 JUZGADOS ESPECIALIZADOS EN JUSTICIA INTEGRAL PARA ADOLESCENTES DEL ESTADO DE JALISCO, RELATIVA AL PERIODO DE LOS AÑOS 2010, 2011 Y DE ENERO A SEPTIEMBRE DE 2012.

Juzgados	2010	2011	Enero a Septiembre 2012
Primero Primer Partido	460	451	355
Segundo Primer Partido	452	494	358
Lagos de Moreno	145	136	97
Ocotlán	85	67	68
Cd. Guzmán	96	75	49
Puerto Vallarta	145	201	100
Total	1,383	1,424	1,027

INFORMACIÓN ESTADÍSTICA, RELATIVA A LAS RESOLUCIONES DEFINITIVAS, REPORTADAS POR LOS 6 JUZGADOS ESPECIALIZADOS EN JUSTICIA INTEGRAL PARA ADOLESCENTES DEL ESTADO DE JALISCO, CORRESPONDIENTE AL PERIODO DE LOS AÑOS 2010, 2011 Y DE ENERO A SEPTIEMBRE DE 2012.

Juzgados	2010	2011	Enero a Septiembre 2012
Primero Primer Partido	190	195	154
Segundo Primer Partido	140	174	158
Lagos de Moreno	61	56	43
Ocotlán	43	34	48
Cd. Guzmán	53	40	24

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

Puerto Vallarta	91	115	50
Total	578	614	477

INFORMACIÓN ESTADÍSTICA, RELATIVA A LOS AUTOS DE VINCULACIÓN A PROCESO, REPORTADAS POR LOS 6 JUZGADOS ESPECIALIZADOS EN JUSTICIA INTEGRAL PARA ADOLESCENTES DEL ESTADO DE JALISCO, CORRESPONDIENTE AL PERIODO DE LOS AÑOS 2010, 2011 Y DE ENERO A SEPTIEMBRE DE 2012.

Juzgados	2010	2011	Enero a Septiembre 2012
Primero Primer Partido	307	368	219
Segundo Primer Partido	282	264	203
Lagos de Moreno	94	92	67
Ocotlán	57	42	46
Cd. Guzmán	61	58	33
Puerto Vallarta	101	131	79
Total	902	955	647

ESTADÍSTICA, RELATIVA A LOS ACUERDOS DICTADOS, POR LOS 6 JUZGADOS ESPECIALIZADOS EN JUSTICIA MINORIL, CORRESPONDIENTE AL PERIODO DE LOS AÑOS 2010, 2011 Y DE ENERO A SEPTIEMBRE DE 2012.

Juzgados	2010	2011	Enero a Septiembre 2012
Primero Primer Partido	5,088	5,840	3,793
Segundo Primer Partido	3,297	3,548	3,116

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

Lagos de Moreno	1,670	2,066	1,419
Ocotlán	500	617	697
Cd. Guzmán	1,018	1,025	824
Puerto Vallarta	1,210	1,519	735
Total	12,783	14,615	10,584

ESTADÍSTICA REPORTADA POR EL CENTRO DE ATENCIÓN INTEGRAL JUVENIL, DE ACUERDO A LAS EDADES Y LOS DELITOS COMETIDOS POR LOS ADOLESCENTES INFRACTORES.

Estadística correspondiente a Enero-Diciembre de 2009

EDAD

	TOTAL
14 - 15 AÑOS	48
16 - 17 AÑOS	126
18 A MAS AÑOS	76
TOTAL	250

DELITO

	TOTAL
ABIGEATO	1
EXTORSION	1
HOMICIDIO	2
HOMICIDIO CALIFICADO	9
HOMICIDIO CALIFICADO EN GRADO DE TENTATIVA	4
LESIONES AGRAVADAS	1
ROBO CALIFICADO	190
ROBO CALIFICADO EN GRADO DE TENTATIVA	13
ROBO DE INFANTE	1
ROBO EQUIPARADO	13
VIOLACION	9
VIOLACION EN GRADO DE TENTATIVA	3
VIOLACION EQUIPARADA	3
TOTAL	250

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

Estadística correspondiente a Enero-Diciembre de 2010

EDAD

	TOTAL
14 A 15 AÑOS	36
16 A 17 AÑOS	108
18 A MAS AÑOS	84
TOTAL	228

DELITO

	TOTAL
ABIGEATO	2
HOMICIDIO	2
HOMICIDIO CALIFICADO	11
HOMICIDIO CALIFICADO EN GRADO DE TENTATIVA	6
ROBO CALIFICADO	157
ROBO CALIFICADO EN GRADO DE TENTATIVA	28
ROBO EQUIPARADO	3
VIOLACION	5
VIOLACION EN GRADO DE TENTATIVA	1
VIOLACION EQUIPARADA	13
TOTAL	228

Estadística correspondiente a Enero-Diciembre de 2011

EDAD

	TOTAL
14 A 15 AÑOS	35
16 A 17 AÑOS	92
18 A MAS AÑOS	95
TOTAL	222

DELITO

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

	TOTAL
ABIGEATO	4
CONTRA LA SALUD	1
HOMICIDIO	3
HOMICIDIO CALIFICADO	15
HOMICIDIO CALIFICADO EN GRADO DE TENTATIVA	1
ROBO CALIFICADO	158
ROBO CALIFICADO EN GRADO DE TENTATIVA	16
ROBO EQUIPARADO	5
SECUESTRO	3
VIOLACIÓN	9
VIOLACIÓN EN GRADO DE TENTATIVA	2
VIOLACIÓN EQUIPARADA	5
TOTAL	222

Estadística correspondiente a Enero-Octubre de 2012

EDAD

	TOTAL
14 A 15 AÑOS	35
16 A 17 AÑOS	138
18 A MAS AÑOS	87
TOTAL	260

DELITO

	TOTAL
ABIGEATO	1
HOMICIDIO	1
HOMICIDIO CALIFICADO	23
HOMICIDIO CALIFICADO EN GRADO DE TENTATIVA	4
PARRICIDIO	1

ROBO CALIFICADO	194
ROBO CALIFICADO EN GRADO DE TENTATIVA	19
ROBO EQUIPARADO	10
SECUESTRO AGRAVADO	2
VIOLACION	3
VIOLACION EQUIPARADA	2
TOTAL	260

1.1.3.2.9. EPÍLOGO EN TORNO A LA DELINCUENCIA JUVENIL

Conforme a los datos aportados por las distintas teorías criminológicas analizadas anteriormente, se puede afirmar que el complejo proceso que lleva a la delincuencia no debe ser explicado desde un solo plano causal ya sea éste individual, social o cultural. La idea de que existe una explicación teórica del delito se muestra absurda ya que las actividades delictivas son demasiado variadas y demasiado extendidas en la sociedad como para ser susceptibles de ser contempladas en una sola explicación.

En efecto, unas teorías se decantan por enfatizar las causas de origen sociológico, otras en cambio lo hacen por los factores de origen psicológico. Ahora bien, como ha afirmado WEST, unas y otras se diferencian más en la acentuación de una causa sobre las demás, que en lo fundamental⁸⁷. Por ello parece acertado afirmar que deben tenerse en cuenta la gran variedad de factores sociales, individuales, biológicos y ambientales que de una manera u otra han podido incidir en la aparición de conductas delictivas en los menores de edad, lo que deberá ser tenido en cuenta en el momento de determinar su responsabilidad penal conforme veremos posteriormente.

⁸⁷ WEST, D. J., Delincuencia juvenil, ob. cit., página 88.

Del análisis de estas investigaciones criminológicas, a pesar del riesgo que toda generalización comporta, y dejando claro que cada menor conforma una realidad individual en sí mismo⁸⁸, se pueden realizar las siguientes reflexiones.

Tradicionalmente se ha considerado que la comisión de un hecho delictivo por un menor de edad es fruto del aprendizaje que se produce en un contexto socializador determinado que a veces implica la búsqueda para alcanzar determinados niveles de bienestar económico, personal o social. El desfase que se pueda producir entre lo deseado y los medios para alcanzarlo es más considerable cuando afecta a personas que se socializan en un contexto material y económicamente desfavorecido donde además la falta de educación en la actitud de respeto a la norma resulta acusada, —lo que no implica afirmar que siempre sea así—. A ello se une el dato del fracaso escolar y el mal funcionamiento de los grupos primarios a los que pertenece el menor, lo que parece expresar un significativo déficit de los procesos de socialización⁸⁹.

No obstante, la Criminología también ha puesto de manifiesto la normalidad del comportamiento asocial, y en algunos casos delictivo, de los

⁸⁸ Afirman RECHEA y BARBERET que «existen tantas variaciones individuales entre los jóvenes de la misma edad que sería injusto y científicamente un error intentar simplificar y homogeneizar su desarrollo. Las simplificaciones en esta edad, lo mismo que en otras, por ejemplo en la vejez, siempre llevan a engaños y a prejuicios», RECHEA, C./BARBERET, R., (AA.W.), *La delincuencia juvenil en España*, Universidad Castilla-La Mancha y Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, página 2; GARCÍA SEGADOR, V./VIU MASSEDO, M. A., «Menores infractores: problemática, intervención y perspectivas», *Ciencia policial*, 1995, núm. 31-32, página 54.

⁸⁹ GARCÍA PABLOS, A., «Presupuestos criminológicos...», ob. cit., página 269; Ríos MARTÍN, J. C., *El menor infractor...*, obra citada, páginas 58-59. Ahora bien, «siendo esto así, tampoco se puede decir que tener una «mala familia» sea un factor determinante ya que, si bien es cierto que en los casos evaluados todo menor infractor tiene una familia desestructurada, también es verdad que no todas ellas generan delincuentes...», GARCÍA SEGADOR, V./VIU MASSEDO, A., «Menores infractores...», ob. cit., página 51.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

menores de edad⁹⁰, sobre todo de aquellas conductas constitutivas de delitos menos graves y faltas. En este sentido, se ha afirmado que la adolescencia es una etapa del desarrollo humano que en numerosos casos produce un significativo número de conductas conflictivas⁹¹ que, no obstante, desaparecen de forma espontánea cuando se alcanza la edad adulta⁹². Esto ha permitido que se proponga una interpretación «en clave de evolución psicosocial hacia la adultez» de los hechos asociales cometidos en la fase inconformista y destructiva de la adolescencia, conductas que desaparecen por sí mismas sin necesidad de intervención de los órganos de control social —que son los que pueden perturbar dicha evolución—, con la superación de dicha fase de transición personal transcurrida la cual dejan de producirse⁹³.

⁹⁰ GARCÍA PABLOS, A., «Presupuestos criminológicos...», ob. cit., página 267; RÍOS MARTÍN, J. C., El menor infractor..., ob. cit., página 59. Al respecto, conviene recordar que los expedientes o diligencias judiciales deben incoarse desde el conocimiento de «cualquier» infracción penal, concepto que engloba tanto la modalidad de delito como la de falta; por ejemplo, cualquier pelea de la que resulte una mínima lesión, el hurto en grandes almacenes, los daños que se producen por romper cristales, etc; en este sentido, recuerda CUELLO CONTRERAS, siguiendo a EISENBERG y ALBRECHT, que son infracciones típicamente juveniles, a título de ejemplo, las siguientes: «daños en cosas públicas y privadas, hurto y robo, agresiones sexuales, etc., delitos en los que está muy presente, tratándose de menores y jóvenes, la agresividad propia de la edad, la incidencia de un impulso repentino o la propia dinámica de grupos. También lo son las infracciones de tráfico, especialmente en los últimos tramos de edad, como consecuencia de la fascinación por la velocidad, la sensación de sentirse mayores, la impericia en la conducción (con o sin permiso) y el consumo de alcohol; CUELLO CONTRERAS, J., El nuevo derecho penal de menores, Cuadernos Civitas, Madrid, 2000, páginas 52-53.

⁹¹ Según los resultados obtenidos por RECHEA, C/BARBERET (A.A.W.) un 81,1 por 100 de la muestra entrevistada —2.100 sujetos—, admite haber cometido algún delito alguna vez en su vida, en La delincuencia juvenil..., ob. cit., páginas 37 y 62-63.

⁹² En este sentido, las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), señala que «el comportamiento o la conducta de los jóvenes que no se ajustan a los valores y normas generales de la sociedad son con frecuencia parte del proceso de madurez y tienden a desaparecer espontáneamente en la mayoría de las personas cuando llegan a la edad adulta» (I,5.e).

⁹³ CUELLO CONTRERAS, J., El nuevo derecho penal de menores, ob. cit., página 34.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

En esa línea, se ha llegado a afirmar que la «criminalidad juvenil» no existe; lo que existe es una criminalidad medida con parámetros válidos para la persona adulta, pero no para lo que es un fenómeno «normal» transitorio llamado a desaparecer sin intervención específica alguna⁹⁴.

Ahora bien, a pesar de que no sea infrecuente en la población juvenil este tipo de conductas, lo cierto es que las instancias de control social formal seleccionan a aquellos jóvenes pertenecientes a los estratos sociales más desfavorecidos, lo que lleva a afirmar como tercer dato la «selectividad y discriminatoriedad del control social formal»⁹⁵.

Ciertamente, de las estadísticas oficiales (Policía, Juzgados, Fiscalía y Centros de internamiento), se extrae el dato de que gran parte de las infracciones son cometidas por menores pertenecientes a clases sociales desfavorecidas. Ahora bien, no debe perderse de vista, en la línea denunciada por la Criminología Crítica, que parte de las conductas delictivas realizadas por menores pertenecientes a las familias más favorecidas no llegan a integrar, ni estadística ni institucionalmente, el porcentaje de infractores reales de forma que los estudios oficiales presentan fallos descriptivos en tanto no incluyen a los menores de las clases más privilegiadas⁹⁶.

De otro lado, en lo relativo a la naturaleza de las conductas delictivas cometidas por menores conviene destacar que el tipo de comportamientos más habituales se concentra en la pequeña y mediana criminalidad — hurtos, daños, lesiones derivadas de riñas⁹⁷—, delitos en los que están muy

⁹⁴ CUELLO CONTRERAS, J., El nuevo derecho penal de menores, ob. cit., página 35.

⁹⁵ GARCÍA PABLOS, A., «Presupuestos criminológicos...», ob. cit., páginas 267-268; BARRATTA, A., «Principios de Derecho penal mínimo...», ob. cit., página 625.

⁹⁶ PAPYA IBARS, M. R., «Educadores de niños inadaptados...», ob. cit., página 121.

⁹⁷ Al respecto, pueden consultarse los estudios estadísticos y conclusiones realizados por: SERRANO MAÍLLO, A., «Mayoría de edad penal en el Código penal de 1995 y delincuencia juvenil», Revista de Derecho penal y

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

presentes, como ha quedado dicho *supra*, la etapa del desarrollo en la que se encuentran menores y jóvenes. Esto hace particularmente importante prestar atención a los procesos de destipificación de determinadas conductas⁹⁸, así como a la flexibilidad en aplicación de las medidas a imponer como consecuencia de la comisión de hechos delictivos, y a las posibilidades de no incoación o terminación anticipada del procedimiento.

Finalmente, se puede afirmar que la trascendental importancia en el caso de los menores del llamado «aprendizaje observacional», el componente «subcultural» de buena parte de los comportamientos delictivos de aquéllos y la profunda conexión de los procesos de aprendizaje y socialización de estos infractores con sus grupos primarios, son tres datos criminológicos de trascendental importancia⁹⁹ que llevan, con carácter previo, a la reivindicación de óptimas políticas sociales y de prevención que concentren los recursos sociales en evitar —en la medida de lo posible— que aparezcan estas conductas delictivas.

Todas estas circunstancias ponen de manifiesto cómo la delincuencia juvenil presenta una serie de rasgos particulares respecto de la delincuencia

Criminología, 5, 1995, páginas 786-800; RECHEA, C./BARBERET (AA.W.), La delincuencia juvenil..., ob. cit., páginas 21 y siguientes. Los delitos más frecuentemente cometidos por menores de edad coinciden con aquéllos cometidos por los adultos, así LÓPEZ-REY Y ARROJO ha afirmado que «realmente existe identidad objetiva entre la criminalidad de adultos y la juvenil, de ahí que en ese aspecto sea ficticia la distinción; ahora bien esto no implica que deban de ser tratados lo mismo», en Compendio de criminología..., ob. cit., páginas 125 y 128; en el mismo sentido, MESA TRIVES, señala que «la criminalidad de menores de edad penal muestra un esquema similar al de adultos, fundamentalmente en cuanto a la distribución de hechos ilícitos y de manera especial por la primacía de actos contra la propiedad, de enriquecimiento», en «Criminología de menores», ob. cit., páginas 91-94 y 104-105; también páginas 81-82 y 86-90.

⁹⁸ Como se expondrá en el epígrafe II.3 de este capítulo primero.

⁹⁹ GARCÍA PABLOS, A., «Presupuestos criminológicos...», ob. cit., página 266. Estas consideraciones van a ser muy importantes tanto en el momento de la imputación subjetiva del hecho al menor, como para la elección o renuncia a la imposición de la medida.

de adultos¹⁰⁰. Por ello, si se entiende necesaria una intervención sobre el menor, es preciso que ésta responda a los postulados de un Derecho Penal de menores mínimo tendiente verdaderamente a la resocialización del menor infractor, que respete su personalidad e identidad cultural, que no estigmatice o que lo haga en el menor grado posible, y que finalmente respete todas sus garantías individuales.

1.2 LEGISLACIÓN PENAL DE MENORES Y SU EVOLUCIÓN.

Aunque históricamente han existido figuras o instituciones que notan una cierta preocupación por dar un tratamiento específico a conductas delictivas cometidas por menores de edad, no será hasta finales del siglo XIX cuando estos temas comienzan a afrontarse, en plano institucional, con carácter de generalidad¹⁰¹.

A lo largo de la historia, los distintos ordenamientos han ido adoptando diferentes modalidades en el tratamiento jurídico de los menores actores que la doctrina se ha encargado de concretar en tres modelos: Modelo tutelar, modelo de bienestar o educativo, y modelo mixto o responsabilidad¹⁰².

¹⁰⁰ GARCÍA PÉREZ, O., «Los actuales principios rectores del Derecho penal juvenil», Revista de Derecho penal y Criminología, Enero, 1999, página 37; en el mismo sentido, CUELLO CONTRERAS, J., El nuevo derecho penal de menores, ob. cit., páginas 34-35 y 52-53.

¹⁰¹ Recuerda MORILLAS CUEVA, L., como ciertamente, durante el siglo xix se produce el desarrollo científico-jurídico de la teoría de la peligrosidad y de las medidas creadas para combatirla; no obstante, antes de este momento existen notorios precedentes históricos: internamiento de enajenados declarados irresponsables, el aislamiento de vagos y mendigos o las instituciones nacidas para menores, en Teoría de las consecuencias jurídicas..., página 223; en el mismo sentido, LANDROVE DÍAZ, G., Las consecuencias jurídicas.. ob. cit., página 161.

¹⁰² Además de las referencias que se harán en el análisis de cada uno de los modelos, se pueden adelantar la siguiente bibliografía: GIMÉNEZ SALINAS COLOMER, E., «La mayoría de edad penal en la reforma», Política criminal y reforma penal, Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho reunidas, Madrid,

Cada uno de estos modelos encierra una determinada filosofía social y política coincidente casi siempre con el entorno sociocultural de cada momento histórico¹⁰³, como se podrá comprobar en el análisis de mismos.

1.2.1. LA INFRAESTRUCTURA TUTELAR.

El modelo tutelar o de protección se caracteriza por diseñar para el menor infractor un sistema de medidas de orientación fundamentalmente correctora, impuestas por tribunales de menores a través de un procedimiento desprovisto de garantías jurídicas¹⁰⁴. Este modelo se pone en marcha a finales del siglo XIX con la creación de las primeras instituciones especializadas para

1993, páginas 607 y siguientes; la «La reacción social a la delincuencia juvenil: la prevención, la desjudicialización y...» ob. cit., páginas 55 y siguientes; ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R, Derecho penal de menores, Bosch, Barcelona, 2001, páginas 32-34; BERISTAIN IPIÑA, A., «Puntos cardinales ob. cit., página 191; PANTOJA GARCÍA, F., «Teoría constitucional sobre la prueba proceso penal. Perspectivas desde la jurisdicción de menores», Estudios del Ministerio fiscal, núm. 2, 1995, páginas 604-605; RÍOS MARTÍN, J. C., añade un modelo, diferente entre modelo tutelar, modelo de bienestar, modelo de justicia, y modelo educativo-responsabilizador, en El menor infractor ante la Ley penal, ob. cit., páginas 216-253; el mismo «El menor ante la Ley penal: educación versus penalización», Actualidad Penal núm. 25/20 de 26 de junio de 1994, páginas 472 y siguientes; por su parte WALTERS, G., que hay dos modos de aproximación al tratamiento de los delincuentes juveniles, uno de ellos esencialmente penal, y otro que denomina de Bienestar, en Criminal proceedings against juveniles, London, 1984, páginas 1-2.

¹⁰³ RÍOS MARTÍN, J. C., «Derecho de menores y ámbito de reforma», Psicología jurídica del menor (coord. Javier Urra y Miguel Clemente), Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1997, Página 329.

¹⁰⁴ Sánchez García de Paz, M. I., MINORÍA DE EDAD PENAL..., OB. CIT., PÁGINA 100.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

menores¹⁰⁵, que se asentaban sobre la idea de que menor de edad es a la vez un sujeto irresponsable y digno de protección.¹⁰⁶

En efecto, en la ciudad de Chicago en 1889¹⁰⁷, se crea el Primer Tribunal de Menores¹⁰⁸, que fue calificado como el progreso más grande en la

¹⁰⁵ BARBERO SANTOS, M., «Delincuencia juvenil: tratamiento», ob. cit., página 94; ANTÓN ONECA, J., Derecho penal, ob. cit., página 638; LÓPEZ-REY Y ARROJO, M., La criminalidad..., ob. cit., página 228; JÜNGER-TAS, J., «Prevención de la delincuencia, justicia de señores y protección de jóvenes: enfoques de las políticas y tendencias», Medidas alternativas en medio abierto para menores infractores, Revista Infancia y sociedad núm. 23, Ministerio de Asuntos sociales, 1993, página 37.

¹⁰⁶ Recuerda RENAU I MANEN como «esta apreciación fue, en aquellos momentos los años precedentes, un avance importante. Durante siglos, el menor de edad fue considerado propiedad exclusiva de los padres. A lo largo de la historia, los niños han sido maltratados, explotados y vendidos. Hasta finales del siglo pasado eran encarcelados los adultos, o bien, puestos a trabajar en las minas desde los ocho años, en condiciones que ahora escandalizarían al mundo civilizado. Considerar a los niños como dignos de protección fue un avance colectivo, que mucho tuvo que ver con la creciente conciencia de los derechos sociales en otros ámbitos», RENAU I MANEN, M. D., «Hacia un nuevo diseño de la justicia de menores», Revista Menores, núm. 7, 1988, página 15.

¹⁰⁷ Señala BARBERO SANTOS como esta ciudad conoció durante esos años un desarrollo industrial y urbano extraordinario en un ambiente de total liberalismo económico, lo que propició la aparición de una gran riqueza para algunos y gran miseria para los demás. Los barrios populares se llenaron de gentes proletarias, debiendo acudir los progenitores al trabajo en la industria, quedando los hijos abandonados, libres para actuar a su antojo durante el día. La consecuencia de ello fue que una corriente incesante de niños de barrios populares comenzó a comparecer en los Tribunales de justicia, lo que propició aparición de unas corrientes filantrópicas y humanitarias que determinaron la elaboración de una ley (Act to regulate the treatment and control of dependent, neglected delinquent children), que entró en vigor en julio de 1899. Esta Ley preveía un conjunción de medidas en favor de los muchachos sin amparo, abandonados o delincuentes, y contemplaba en las grandes aglomeraciones urbanas la designación de un juez especializado venía a ocupar el lugar del padre natural con el derecho y el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger y corregir al menor, al respecto; BARBERO SANTOS, M., DELincuencia juvenil..., ob. cit., páginas 95-96; TERRADILLOS BASOCO, J., Peligrosidad so y..., ob. cit., página 108.

¹⁰⁸ El artículo 21 de la Ley que crea el mencionado Tribunal establecía que: «Esta se interpretará liberalmente, a fin de que su objetivo se pueda llevar a cabo, es decir que el cuidado, custodia y disciplina del menor se asemejará lo más posible a los que deberían haberle dado sus padres y, en todos los casos en que ello se pueda hacer razonablemente, se colocará al menor en un hogar en el que el ambiente familiar sea más favorable y

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

historia judicial después de la Carta Magna¹⁰⁹. Rápidamente se extenderá por la casi totalidad de los estados de Norteamérica, hasta que en 1945 la totalidad de ellos habían elaborado ya legislaciones sobre tribunales de menores¹¹⁰. Estas nuevas instituciones comienzan a extenderse al resto de los continentes¹¹¹, entre ellos Europa, en donde encontró también plena aceptación¹¹²: los primeros tribunales para niños aparecen en Portugal (1911) y Bélgica (1912)¹¹³, coincidiendo curiosamente con los años en que comienza a afirmarse el capitalismo¹¹⁴ y por ende el nacimiento de las sociedades industriales que provocó igual que sucediera en Chicago el aumento de menores abandonados, vagabundos, incontrolables en situaciones de miseria y marginación¹¹⁵.

pasará a convertirse en miembro de la familia mediante adopción legal o de otra forma»; véase FELD, B., «Sanción merecida para los delincuentes menores: castigo o tratamiento y diferencias que uno y otro implican», *Revista Internacional de Política Criminal*, núms. 39 y 40, Nueva York, 1990, página 79, nota (24).

¹⁰⁹ BAVIERA, I., *Diritto minorile*, ob. cit., página 112.

¹¹⁰ BARBERO SANTOS, M., «Delincuencia juvenil...», ob. cit., páginas 95 y 98-99. Sobre la evolución del establecimiento de los Tribunales de Menores en los estados de Norteamérica véase FELD, B., «Sanción merecida para los delincuentes menores...», ob. cit., páginas 71-72; BAVIERA, I., *Diritto minorile*, ob. cit., páginas 112-113 y 121-126.

¹¹¹ Véase para una evolución de la expansión por todos los continentes MARTÍN OS- J., *Jurisdicción de menores*, Bosch, Barcelona, 1994, páginas 19-21; BAVIERA, I., *Diritto minorile*, ob. cit., páginas 126-150.

¹¹² JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *La política criminal en las legislaciones europea y norteamericana*, Madrid, 1918, página 156.

¹¹³ En España, los primeros Tribunales de menores nacieron en Bilbao y Barcelona, en 1920 y 1921, respectivamente. Resulta significativo el hecho que surgieran estos tribunales por primera vez en España en zonas industriales con los problemas derivados de la industrialización que anteriormente se ha comentado; para un exhaustivo análisis de los tribunales tutelares de menores españoles, véase TOMÁS ROCA, T. C., *Historia de la obra de Tribunales tutelares de menores en España*, Madrid, 1968.

¹¹⁴ DE LEO, G., *La justicia de menores*, ob. cit., página 22.

¹¹⁵ En opinión de BARBERO SANTOS, M., «La delincuencia juvenil eclosiona como consecuencia a una serie de transformaciones económicas y sociales que se estaban produciendo. En el plano económico, de la inestabilidad y liberalismo económicos derivó una gran riqueza para algunos y una gran miseria para los más. Los barrios populares se llegaron de gentes proletarias, teniendo hombres y mujeres que acudir al trabajo en la

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

El sistema penal vigente entonces para los adultos y sus instituciones fueron los encargados de afrontar esta nueva situación, lo que tuvo su reflejo en la abundante literatura que refiere la presencia habitual de los niños en las cárceles, razón por la cual a lo largo del siglo XIX; el tema de los menores delincuentes suscitará una gran preocupación muy particularmente la relativa a la manera de afrontarla desde la legislación vigente y su reforma¹¹⁶.

Las sucesivas reformas que se iban a suceder en las legislaciones reflejaron los cambios en los supuestos ideológicos en cuanto a fuentes de la delincuencia: El Positivismo filosófico contribuyó a que, tratara de determinar los distintos antecedentes que provocaban la delincuencia y la mala conducta, impugnando así las teorías clásicas de la delincuencia como producto del libre albedrío¹¹⁷. En opinión de FELD, la conjunción de la criminología positivista, las analogías médicas en el tratamiento de los delincuentes —que esperaban sustituir el enfoque punitivo tradicional del Derecho penal por un enfoque

industria, por ser insuficiente el salario individual para atender a las necesidades familiares. Los hijos quedaban por ende abandonados, libres para actuar a su antojo durante todo el día. Su consecuencia fue que una corriente incesante de niños de los barrios populares comenzó a aparecer ante los tribunales»; BARBERO SANTOS, M., «Delincuencia juvenil...», ob. cit., página 96; también MENDIZÁBAL OSES, L., Derecho de menores. Teorice general, Pirámide, Madrid, 1977, página 364. En el plano social, «el modelo de familia decae como poderoso mecanismo de integración y control social. Quizás el más operativo y eficiente con que contaba la sociedad preindustrial, en la que el círculo familiar constituye precisamente el marco en que el individuo desarrolla su actividad. Así, la reducción de este espacio al núcleo puramente conyugal —el matrimonio y sus hijos— y la simultanea diferenciación entre ese ámbito y el de la actividad productiva, deja vacantes denominadas funciones que deberán asumir otras instancias. Tales son las circunstancias las que ciertas conductas de los hijos de familia que antes quizás no se habrían producido con una incidencia significativa, o que en todo caso hubieran tenido respuesta en el círculo de la familia extensa, salen ahora directamente a la calle, irrumpen en la ciudad, demandando de ésta un tipo de reacción específica», ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «El sistema tutelar de menores...», ob. cit, Páginas 209-210.

¹¹⁶ ANDRÉS IBÁÑEZ, P., IBIDEM, PÁGINA 210.

¹¹⁷ FELD, B., «SANCIÓN MEREcida PARA...», OB. CIT., PÁGINA 69.

científico y preventivo—, y el desarrollo de profesiones basadas en las ciencias sociales, dio lugar al llamado *ideal de rehabilitación*¹¹⁸.

A continuación se analizan las mencionadas influencias en el llamado modelo tutelar.

1.2.2. BASES TEÓRICAS DEL MODELO TUTELAR.

Como ya se anticipaba, las bases teóricas sobre las que se asienta el sistema tutelar son adoptadas de los presupuestos elaborados por el positivismo criminológico italiano, cuyo propulsor fue FERRI¹¹⁹ y por el Correccionalismo, que encontrarán un óptimo «caldo de cultivo» en la realidad social y económica del momento tal y como se ha expuesto anteriormente.

En el ámbito punitivo, es la época en la que se está produciendo una fuerte confrontación entre la escuela clásica y positivista.

La escuela clásica surge como reacción frente al uso arbitrario del instrumento punitivo del Antiguo Régimen, y con una clara aspiración de racionalidad y equilibrio en la respuesta penal. El presupuesto de partida es la admisión del libre albedrío, esto es, el reconocimiento de que el hombre tiene libertad de determinación para optar por la realización del delito, y por ello la imposición de la pena se limita, tanto material como personalmente, a la retribución justa por el quebrantamiento del Derecho del autor que actúa culpablemente en el ejercicio de esa libertad. Desde el punto de vista de las consecuencias jurídicas, un Derecho penal monista, con la pena como único

¹¹⁸ FELD, B., «SANCIÓN MERECEIDA PARA...», OB. CIT., PÁGINA 69; ANTÓN ONECA, J., DEN PENAL, OB. CIT., PÁGINAS 637-638.

¹¹⁹ Cuya doctrina se recoge en su monografía Principios de Derecho Criminal, traducido por Rodríguez Muñoz, Madrid, 1933.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

medio de lucha contra el delito¹²⁰, pena que sólo se aplicará cuando la persona resulte imputable, esto es, tenga la capacidad suficiente para comprender la ilicitud del hecho y actuar conforme a esa comprensión. La pena deberá ser proporcional a la gravedad del hecho cometido y al grado de culpabilidad con que el sujeto hubiese actuado¹²¹.

En este contexto teórico, si un menor de edad actuaba con discernimiento, se consideraba como digno de castigo pero «menos penable» que el adulto, por ser menos responsable; en consecuencia, los menores son beneficiarios de una atenuación en la pena.

Las limitaciones del sistema retribucionista cuyo único instrumento era la pena, se manifestaban en la imposibilidad de dar solución a aquellos casos en los que no se podía afirmar la libertad de decisión, en definitiva de culpabilidad, y por cuya razón no podía imponerse pena alguna¹²². Esto propicia, a finales del siglo XIX, una reacción frente al sistema clásico de penalidad por parte del correccionalismo y la escuela positivista¹²³.

En efecto, frente a los presupuestos del pensamiento clásico, la escuela positivista se basa en los principios de la defensa social, el determinismo, la peligrosidad y el utilitarismo¹²⁴ como consecuencia de los

¹²⁰ MAPELLI CAFFARENA, B./TERRADILLOS BASOCO, J., Las consecuencias jurídicas..., ob. . P á g i n a 171; LANDROVE DÍAZ, G., Las consecuencias jurídicas..., ob. cit., página 161.

¹²¹ La aplicación de estos principios comportaba lógicamente el respeto de una serie garantías de orden procesal: independencia del poder judicial, garantías de defensa al procesado, publicidad en las actuaciones judiciales, etc.

¹²² Véase STRATENWERTH, G., Derecho penal. Parte general, I. El hecho punible, tradición de la 2.^a edición alemana (1976) de Gladys Romero, Editorial de Derecho Reuni S. A., Madrid 1982, página 21; también GARCÍA PABLOS, A., Derecho Penal. Introducá ob. cit., páginas 128-129.

¹²³ En este sentido, JORGE BARREIRO, A., Las medidas..., ob. cit., páginas 25-28.

¹²⁴ Sobre este tema, ampliamente JORGE BARREIRO, A., ibidem, páginas 58 y siguientes.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

postulados deterministas, se niega el principio clásico del Derecho penal libre albedrío: Los hombres no son libres para determinarse frente a las normas, la voluntad de los «criminales» está determinada por factores biológicos, psicológicos y sociales que los hacen no libres¹²⁵. El delincuente se encuentra determinado al delito, y por ello se considera un ser «anormal» y «peligroso»¹²⁶. La reacción social no puede con ello estar basada en una culpabilidad —quién está determinado al delito no puede ser culpable—, sino en la peligrosidad¹²⁷, frente a lo que la sociedad debe de reaccionar con la aplicación de medidas de carácter terapéutico que por su propia naturaleza tendrán un carácter indeterminado, hasta que desaparezca el presupuesto de las que trae causa, esto es, la peligrosidad¹²⁸.

Como expone CANTARERO BANDRÉS, la defensa social frente a los peligrosos situaba en un segundo plano la exigencia de legalidad vinculada al delito y a la pena, siendo el delito no ya el hecho antijurídico culpable, sino el ataque contra las condiciones naturales de existencia del individuo mismo o de la sociedad. Desde esta óptica no tiene sentido racional que el Estado no interviniera frente a aquellos ataques señalados por la Ley como delito, con lo que el principio de legalidad queda relegado a un mero postulado teórico¹²⁹. No tiene pues sentido acuñar tipos de delitos, sino tipologías de delincuentes.

¹²⁵ FERRI, E., establece las siguientes categorías de delincuentes natos o instintivos por tendencia congénita; delincuente loco; delincuente habitual; delincuente ocasional, delincuente pasional. Principios de..., ob. cit., páginas 249-258.

¹²⁶ »Si el hombre normal es el hombre adaptado a la vida social (...) quien en la vida social reaccione frente a los estímulos externos con una acción delictiva no puede ser más que un anormal (...). FERRI, E., Principios..., ob. cit., página 193.

¹²⁷ FERRI, E., Principios..., ob. cit., página 270.

¹²⁸ FERRI, E., ibidem, páginas 284-286

¹²⁹ CANTARERO BANDRÉS, R., Delincuencia juvenil y..., ob. cit., página 108.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

La consecuencia perversa que se presenta es que, con respecto a las garantías jurídicas que deben alcanzar a todos los destinatarios del sistema penal según los principios del Estado de Derecho, son precisamente los menores y los adultos no imputables los sujetos con menos garantías, por ser considerados como personas menos responsables o no responsables, mientras que el régimen de privación de libertad a los que pueden ser sometidos presentan los mismos —si no mayores— efectos represivos y estigmatizantes que las medidas privativas de libertad a los cuales son sometidos los adultos imputables¹³⁰.

El propio FERRI expresó lo que la aportación de su Escuela supuso para el Derecho tutelar de menores. A su juicio ésta «representa el triunfo completo de las conclusiones de la escuela positiva, que adopta para los menores, no la tradicional pena-castigo —llamada intimidatoria—, sino una serie de medidas defensivas, educadoras y curativas adaptadas, no a los pretendidos grados de discernimiento y de culpabilidad moral, sino a la diversa peligrosidad y readaptabilidad social de estos sujetos conscientes, pero con voluntad no madura»¹³¹.

Conforme a ello, la declaración de inimputabilidad de los menores ha trasladado el juicio sobre sus actos de la esfera de la culpabilidad a la esfera de la peligrosidad. Se considera a los menores delincuentes sumidos en un estado prolongado de inferioridad o de insuficiencia, peligrosos para ellos mismos y para los demás; el peligro que comportan se precave, no por la imposición de una pequeña pena, sino por el ensayo de un régimen prolongado de guarda y educación con el que todos se encuentran bien¹³². Con ello, los

¹³⁰ BARATTA, A., «Principios de Derecho penal mínimo», ob. cit., páginas 638-639.

¹³¹ FERRI, E., Principios..., ob. cit., página 285..

¹³² PRINS, La defensa social y las transformaciones del Derecho penal (citado por PÉREZ VITORIA, O., La minoría penal, Bosch, Barcelona, 1940, páginas 74 y 75).

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

menores infractores se presentaban como sector ideal para la aplicación de las nuevas tendencias positivistas¹³³.

Igualmente significativos se presentan los planteamientos del correccionalismo en el sistema tutelar, especialmente en España con las aportaciones realizadas por DORADO MONTERO¹³⁴.

DORADO MONTERO calificaba a los menores delincuentes, junto a pródigos y los locos, como sujetos «peligrosos» frente a los que la sociedad ha de defenderse¹³⁵. Con estas premisas, el menor que infringe la ley penal no es un delincuente, sino un sujeto que por su inmadurez inimputable, obedeciendo su comportamiento frecuentemente a determinadas carencias de su personalidad que hay que corregir con una labor reformadora de integración social. El objeto de la intervención judicial no es el enjuiciamiento del hecho sino la prestación de atención, asistencia y protección que necesita, a través de medidas de naturaleza educativa y tutelar, y no de carácter represivo¹³⁶. Por ello, no importa si son méndigos, pobres o delincuentes, todos necesitan un mismo tema de «protección» o reeducación¹³⁷. El menor delincuente es considerado como sujeto peligroso, diferente y con tendencia a la desviación, de

¹³³ DE LEO, G., La justicia de menores, ob. cit., página 33.

¹³⁴ CANTARERO BANDRÉS, R., Delincuencia juvenil y sociedad..., ob. cit.) GONZÁLEZ ZORRILLA, C., «La justicia de menores en España», en el epílogo de DE LEO, G., La justicia de menores, ob. cit., página 120; ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «El sistema tutelar de menores...», ob. Páginas 212-213.

¹³⁵ Para DORADO MONTERO, P., «LOS delincuentes denuncian un estado moral miserable, acusando su incapacidad para gobernarse normalmente al igual que son con los locos, los menores y los pródigos y como quiera que representan un peligro para la vida social, hay que combatir dicho peligro, no con el castigo o la sanción retributiva sino con el tratamiento adecuado a su necesidad», en El Derecho protector de los criminales, Madrid, 1915, página 191.

¹³⁶ En este sentido, afirmaba DORADO MONTERO que «el Derecho tutelar de menores no es propiamente dicho, sino obra benéfica y humanitaria de la pedagogía, psiquiatría y arte del buen gobierno», en Los peritos médicos y la justicia criminal, Madrid/ página 211.

¹³⁷ GIMÉNEZ SALINAS COLOMER, E., «La mayoría de edad penal», ob. cit., página 6

ahí que no pueda ser considerado como autónomo, como persona y en consecuencia deba quedar sujeto a la tutela¹³⁸, bien del Estado, bien de instituciones de carácter privado.

Cuando amplios sectores de la población juvenil de los países industrializados entran en el foco de atención de las instancia control, las mencionadas aportaciones doctrinales están plenamente instaladas en la cultura de la época, sobre todo a caballo entre el pasado siglo y el presente en que va tomando cuerpo el pensamiento tutelar¹³⁹.

1.2.3. CARACTERÍSTICAS DEL MODELO TUTELAR

Sobre la base de los citados presupuestos teóricos, se elabora el nuevo Derecho tutelar, como lo acreditan la coincidencia entre aquellos presupuestos y los aspectos fundamentales que caracterizan a éste; en efecto, las notas más significativas pueden ser sistematizadas en las siguientes:

En primer lugar, el carácter anormal y patológico del menor que delinque o realiza alguna «conducta irregular», se manifiesta a nivel teórico en la presunción «*luris et de iure*» de inimputabilidad. Con ello se les equipara a los locos o a los que por sufrir una alteración de la percepción, tuvieran gravemente alterada la conciencia de la realidad¹⁴⁰.

¹³⁸ BUSTOS RAMÍREZ, J., «Imputabilidad y edad penal», ob. cit., páginas 473 y 476.

¹³⁹ ANDRÉS IBÁÑEZ, P., El sistema tutelar de menores..., ob. cit., página 213; como se verá este hecho comenzará a producirse entrado ya el siglo xx con la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1918. I

¹⁴⁰ BUSTOS RAMIREZ, J., “Impunidad y edad...” ob.cit., páginas 476 y siguientes; en el mismo sentido, GONZALEZ ZORRILLA, C., “La justicia de menores...”, ob.cit., pagina 121; GIMENEZ SALINAS COLOMER, E., “ La mayoría de edad...”, ob.cit., página 610.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

Como afirma GARCÍA PABLOS, este modelo utiliza la tesis de la inimputabilidad como «coartada» o «subterfugio», para construir después los menores una «modalidad sucedánea» de la respuesta penal¹⁴¹, que no renuncia a los instrumentos represivos del Derecho penal de adultos, ni a sus técnicas y actitudes puesto que potencia, de hecho, las posibilidades de actuación de éste al limitar la efectividad de las garantías penales y procesales y legitimar una intervención agresiva en el menor,¹⁴² al respecto ANDRÉS IBÁÑEZ ha señalado que «el criterio de la inimputabilidad es más bien una coartada o una racionalización que un presupuesto. Ha funcionado a posteriori y no tanto como un prius»¹⁴³.

Resulta erróneo pensar que la afirmación de la irresponsabilidad de los menores supone la descriminalización de sus conductas ya que la intervención coactiva del Estado frente a sus conductas delictiva, se produce de todas maneras, aplicándoles privaciones de libertad o restricciones de derechos que son auténticas sanciones, pero de forma mixtificada¹⁴⁴, falsamente etiquetada.

En segundo lugar, respecto del ámbito de las conductas, frente a la postura restringida basada en el principio de la legalidad, el modelo tutelar adopta una postura “amplificadora” o “inflacionista” de los hechos que

¹⁴¹ Calificada por algunos autores como “Respuesta penal o control social reforzado “; en el sentido ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “ El sistema tutelar...”,ob.cit., página 221; PEPINO, L., “Regole e paradossis...”,ob.cit., página 418.

¹⁴² GARCIA PALOS, A., “Presupuestos criminológicos...”, ob.cit., página 276; en el mismo sentido QUINTERO OLIVARES, G., cuando afirma que “la peligrosidad es invocada como medio para salvar las barreras garantísticas de la culpabilidad y fundamentar la intervención represiva en otras razones teóricas”, en Introducción al Derecho Penal. Parte general, Barcelona, 1981, página 165.

¹⁴³ ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “ El sistema tutelar de menores...” ob.cit., página 220.

¹⁴⁴ GONZALEZ ZORRILLA, C., “ Hacia un nuevo concepto de responsabilidad penal de menores”, ob.cit., página 504.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

fundamentan la intervención¹⁴⁵, representada por la posibilidad de la intervención estatal, no solo frente a la comisión de un hecho tipificado como delito o falta, sino también sobre las denominadas “conductas irregulares” - fugas del hogar, conducta inmoral o licenciosa, prostitución, desobediencia a la autoridad paterna...¹⁴⁶, conductas que expresivamente se han denominado “delitos en razón de su condición”¹⁴⁷, “delitos de estatus”¹⁴⁸ o “status offenses.”¹⁴⁹

Con ello se canaliza a través de la justicia la función de solucionar determinados problemas sociales derivados de la miseria y la marginación, funcionando a modo de “asistencia social” o de “asociación de beneficencia”, pero no a través del libre consentimiento de los menores o de sus representantes legales, sino a través de la imposición y de la coacción¹⁵⁰.

De otro lado, la consecuencia jurídica para los menores de las conductas mencionadas, no es una pena sino una medida a la que se asigna un carácter tutelar y corrector¹⁵¹, cuya adopción está en función de las condiciones

¹⁴⁵ LÓPEZ HÉRNANDEZ, G.M., La defensa del menor, Tecnos, Madrid, 1987, páginas 63 y siguientes.

¹⁴⁶ GIMÉNEZ SALINAS COLOMER, E., “La mayoría de edad penal...”, ob.cit., página 610; GONZÁLEZ ZORILLA, C., “La justicia de menores...”, ob.cit., páginas 121 y 122; VILLAR BADIA, R., “La legislación penal de menores ...”, ob.cit., página 177.

¹⁴⁷ Comentario a la regla 3º de “Beijing”, para la Administración de justicia de menores de 1985.

¹⁴⁸ DUNKEL, F./MEYER, K., Derecho comparado de menores, ob.cit., página 11 y 34; de esta manera, “la frontera de la moral con el Derecho se transgrede debido al fondo de perversión moral latente en el alma de los niños delincuentes. De esta forma se posibilita y legitima la actuación sobre la conciencia de los menores para condicionar el comportamiento futuro en la línea de lo consagrado como socialmente útil o bueno por el Derecho”, RÍOS MARTIN, J.C., “Derecho de menores y...”, ob.cit., página 329.

¹⁴⁹ BERISTIAN IPIÑIA, A., “Interrogantes cardinales para ...”, ob.cit., página 174 y 199.

¹⁵⁰ GIMENEZ SALINAS COLOMER, E., “La reacción social a la delincuencia juvenil...”, ob. Cit., pagina 58.

¹⁵¹ GONZALEZ ZORILLA, C., “La justicia de menores...”, ob.cit., página 122. Como afirma ANTÓN ONECA, las medidas de seguridad destinadas a los menores “destacan de las demás medidas de seguridad por su sentido pietista y educador mientras las demás medidas de seguridad tiene un sentido defensorista más marcado, y muchas de ellas se proponen la inocuización de los delincuentes conceptuales incorregibles, a diferencia de los menores que se consideren siempre corregibles”, en Derecho penal, ob.cit., pagina 638

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

morales y sociales del menor, prescindiéndose de la gravedad de la infracción cometida, esto es, del principio de proporcionalidad¹⁵². Si las medidas se les imponen “por su bien”, su duración ha de ser indeterminada hasta lograr el citado fin. El medio en donde el menor infractor se había desarrollado ha acreditado su nocividad; en consecuencia, éste debía ser apartado de él mediante el internamiento, siempre “por su bien”; de ahí que el reformatorio se convierta en una pieza clave en todo el sistema tutelar en su vertiente reformadora¹⁵³.

Desde la perspectiva formal o procesal, los menores deben ser separados de las influencias corruptoras de los criminales adultos. Con esta finalidad se crea la jurisdicción especial absolutamente separada de la jurisdicción ordinaria en la que se otorga un amplio poder discrecional al juez de menores, que no necesariamente ha de ostentar la condición de juez ya que lo más importante no es garantizar los derechos del niño y su correcta aplicación, sino conseguir su corrección¹⁵⁴. En este contexto, el Juez adquiere el carácter de “*parens patriae*”, actúa como padre, médico, psicólogo, y elabora un diagnóstico exacto de la personalidad del niño y sus necesidades¹⁵⁵.

Finalmente, si de lo que se trata no es de imponer una pena, y si “en el bien no pude haber exceso”¹⁵⁶, no resulta necesario someterse a ninguna regla de procedimiento y con ello tampoco hay necesidad de respetar las garantías

¹⁵² VILAR BADÍA, R., “La legislación penal de menores...”, ob.cit., página 177; GONZALEZ ZORILLA C., “La justicia de menores...”, ob. Cit., página 122; GIMENEZ SALINAS COLOMER, E., “La reacción social a la delincuencia juvenil...”, ob.cit., página 58.

¹⁵³ PEPINO, L., “Desviación juvenil e intervención...”, ob.cit., página 28; GIMENEZ SALINAS COLOMER, E., “La mayoría de edad...”, ob. cit., página 610.

¹⁵⁴ En este sentido, GIMENEZ SALINAS COLOMER, E., La mayoría ..., ob. cit., páginas 609 y 610; LA MISMA, “La reacción social a la delincuencia juvenil...”, ob. cit., página 58 ; GONZALEZ ZORILLA C., “La Justicia de menores...” ob. cit. 123 y 124.

¹⁵⁵ RIOS MARTÍN, J.C., “Derecho de menores y ...” ob.cit., página 329.

¹⁵⁶ CUELLO CALON, C., Tribunales para niños, Madrid 1917, pagina 38.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

jurídicas mínimas: Principio de presunción de inocencia, principio de publicidad, derecho a asistencia letrada, intervención del Ministerio Federal, etc., que por el contrario sí podrían constituir un obstáculo para el buen desarrollo de la finalidad educativa y terapéutica¹⁵⁷.

Por todo lo señalado se puede concluir que este modelo, con un carácter paternalista —basado principalmente en la figura del juez protector—, representa un sistema de justicia administrada informalmente donde se presta especial atención a una mal entendida protección, asistencia y tratamiento del menor¹⁵⁸, en donde el factor más importante la hora de establecer una medida no es el delito, sino la personalidad menor y las circunstancias que lo rodean, lo que se calificaría como positivo sino se tuviera en cuenta que, en cambio, esta ideología ha conducido a otorgar al menor una posición legal bastante débil, donde es privado de las garantías que le amparan frente al ius puniendi estatal.

El menor con ello no sale del Derecho penal puesto que se le aplican en realidad medidas sancionadoras¹⁵⁹, en cambio sí lo hace del ámbito

¹⁵⁷ GONZÁLEZ ZORILLA, C., “ La justicia de menores...”, ob. cit., página 124; GINEMEZ SALINAS COLOMER, E., “ La mayoría de edad...”, ob.cit., página 610; VILLAR BADÍA, R., “ La legislación penal de menores...”, ob. cit., página 179.

¹⁵⁸ Como ha manifestado ALBRECHT, «la crítica comienza de forma muy general la verificación de que el sistema de tribunales tutelares de menores y el Derecho penal de menores no hayan podido cumplir con su legitimador cometido educativo. Antes con las intervenciones caracterizadas como «adecuadas para los jóvenes», no sólo fomentado el etiquetamiento y la estigmatización de los autores juveniles de delitos, que al mismo tiempo una aplicación selectiva del Derecho criminal de menores posibilita la concentración de intervenciones estatales sobre un grupo socialmente en desventaja con delincuentes juveniles y profundiza su marginalidad social en lugar de remediarla ALBRECHT, H. J., «Las sanciones en el Derecho penal de menores. Una comparación de medidas privativas de libertad y no privativas de libertad bajo la luz de la investigaciones criminológica», traducido por Beatriz de la Gándara, Cuadernos del Instituto de investigaciones jurídicas, 1989, vol. 10, páginas 155-156.

¹⁵⁹ Como ha señalado MENDIZÁBAL OSES, «no se tiene clara noción de que toda ley de carácter correccional constituye un castigo para el menor que la recibe (...). que este castigo, al quedar desvinculado de toda idea de

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

de garantías y derechos individuales¹⁶⁰ al concebirse la propia jurisdiccional como una intervención pedagógica y ajena, cuando en realidad es una «reacción penal reforzada»¹⁶¹, pero exenta de todo enfoque garantista¹⁶². En este sentido, la vieja frase de Dorado Montero: «por fin los menores han quedado fuera del Derecho Penal», no refleja la realidad más que en un aspecto puramente formal.

Los menores han quedado fuera de las garantías en la aplicación del Derecho, pero no del Derecho penal mismo¹⁶³. En efecto, el modelo protector sancionaba y reprimía ya que desde esa posición proteccionista podría llegarse a soluciones limitativas de la libertad del menor, eso sí, con toda libertad y arbitrariedad¹⁶⁴.

pena, no tiene carácter retributivo, pero en él converge plenamente la idea de aflicción subjetiva o de dolor que siente todo menor al ser corregido», en Derecho de menores..., ob. cit., página 363.

¹⁶⁰ Los resultados obtenidos no se corresponden en modo alguno con las declaraciones formuladas en los preceptos legales y en su interpretación funcional, paradoja que pone en evidencia la ideología subyacente a la tutela legal del menor, ya que pese, a la afirmación del carácter educativo de dicha tutela, ésta ha discurrido por procedimientos eminentemente contenedores de la desviación de menores, pertenecientes a las partes mas desfavorecidas de la sociedad, apartándoles generalmente de su medio, predominan soluciones de segregación, en las que el internamiento ha sido tradicionalmente curso considerado más eficiente para esta concepción social, LÓPEZ HERNÁNDEZ, G. defensa del menor, ob. cit., en el mismo sentido GONZÁLEZ ZORRILLA, C., señala que la ideología protectora y reeducativa ha servido desde su comienzos como coartada ideológica para dejar al margen de la jurisdicción de menores todo el complejo sistema que rige en las demás jurisdicciones», en «La justicia de menores en España' cit., página 125.

¹⁶¹ PEPINO, L., «Rególe e paradossi...», ob. cit., página 418; ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «El sistema tutelar de menores...», ob. cit., página 209.

¹⁴³ GARCÍA PABLOS, A., «Presupuestos criminológicos y...», ob. cit., página 273.

¹⁶³ FUNES ARTIAGA, J./GONZÁLEZ ZORRILLA, C., «Delincuencia juvenil, Justicia e Intervención comunitaria», Revista Menores, núm. 7, 1988, página 52.

¹⁶⁴ Explícitas resultan a estos efectos las palabras de PLATT, A. que recuerda como «(...) concedidos los benignos motivos de los «salvadores de los niños», digamos que los Programas que apoyaban con entusiasmo, recortaban las libertades civiles y la vida privada de los menores. Trataban a los adolescentes como si fueran naturalmente dependientes, que requieren constante y omnipresente vigilancia. Aunque a los salvadores les interesa retóricamente proteger a los menores de los peligros materiales y morales que presentaba una

Por ello, como señala BACIGALUPO ZAPATER, el fracaso y rechazo general que existe en la actualidad para las premisas político-criminales del positivismo criminológico de principios de siglo respecto de los adultos, no puede pretender justificación en relación con los menores. En los tiempos que corren, la idea de una prevención especial absolutamente liberada del principio de legalidad, como la que subyace a la concepción «tutelar» del Derecho penal de menores, carece de legitimidad constitucional. En un Estado de Derecho moderno, en el que la libertad es un derecho fundamental que sólo puede ser limitado bajo condiciones muy estrictas y en el que los menores son reconocidos personas, que además de derechos fundamentales, requieren el respeto propio a la dignidad humana, los buenos propósitos educadores ya no pueden ser el único soporte de un programa político-criminal cuyos efectos sobre los derechos fundamentales son claramente injustificables¹⁶⁵.

En España, como se expondrá en el correspondiente epígrafe, el modelo quedará plasmado fielmente en la Ley de Tribunales Tutelares de Menores (LTTM), tanto en la primera de 1918, como la posterior año 1948 que se ha mantenido en vigor hasta 1991, año en que el Tribunal Constitucional la declaró parcialmente inconstitucional por violación del artículo 24 de la Constitución.

1.2.3.1. EL MODELO EDUCATIVO DE BIENESTAR¹⁶⁶ Welfare

sociedad cada vez más urbana e industrializada, sus remedios parecían agravar el problema», en Los salvadores del niño o la invención de la delincuencia, México, 1982, página 31.

¹⁶⁵ BACIGALUPO ZAPATER, E., en el prólogo a la obra de FELLINI, Z., Derecho penal de menores.- Buenos Aires, 1996, páginas 11-12.

¹⁶⁶ En la doctrina se califica como modelo educativo o modelo administrativo', Al respecto, GOROSTIZA JIMÉNEZ, I. M., «¿Se necesita un procedimiento penal...», ob. cit., página 33; ALBRECHT, H. J., «Las sanciones

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

Su formación se enmarca en la época de expansión económica el consiguiente aumento que se produjo de las prestaciones sociales que se inicia después de la Segunda guerra mundial¹⁶⁷, momentos en los que aparece el llamado «Estado de Bienestar», razón por la que también se denomina modelo «Welfare»¹⁶⁸.

Este modelo se caracteriza por dar un tratamiento unitario a los jóvenes que cometen delitos y a los que por su situación de desamparo requieren asistencia. En las medidas que se establecen, prima la de educación y tratamiento sobre cualquier otra. En el plano procesal se aboga por procesos informales, con amplia participación de trabajadores sociales, psicólogos y pedagogos, en los que se concede un gran margen de discrecionalidad¹⁶⁹.

En efecto, en este modelo prevalece sobre cualquier otra idea el *criterio de las necesidades* del menor que impregnan el sistema con un marcado

en el Derecho penal de menores...», ob. cit., página 158; no obstante es preciso advertir que los modelos mixtos adoptan también,; uno de sus objetivos, la finalidad educativa, no siendo por tanto una finalidad exclusiva ni excluyente del modelo que se pasa a analizar. El denominado pues como modelo educativo, también ha sido conceptualizado como modelo permisivo dado que, al pretender el contacto entre los menores y las instituciones judiciales, las cifras de «clientes res» descienden en Europa en un 50 por 100 conforme manifiesta GIMÉNEZ SALINAS' MER, E./GONZÁLEZ ZORRILLA, C., «Jóvenes y cuestión penal en España». Revista de para la Democracia, núm. 3, 1988, página 18.

¹⁶⁷ Jünger Tass, J., «PREVENCIÓN DE LA DELINCUENCIA...», OB. CIT., PÁGINA 37; & García de Paz, M. I., MINORÍA DE EDAD PENAL..., OB. CIT., PÁGINA 105.

¹⁶⁸ En efecto, su configuración coincide con la creación del Estado «Welfare»/ Estado de bienestar, basado en la concepción del Estado como guardián de la seguridad como responsable de eliminar la pobreza, mejorar las condiciones de trabajo, enseñanza, seguridad, ofreciendo seguridad a todas las categorías sociales, especialmente a desfavorecidas; RÍOS MARTÍN, J. C., El menor infractor ante la..., ob. cit., página 22 TARERO BANDRÉS, R., «Los menores y el Derecho penal», ob. cit., página 28; WALTERS, G., Criminal proceedings..., ob. cit., páginas 1-2; GERSÁO, , E., «Problèmes actuels de la protection...», ob. cit., páginas 70 y siguientes; FUNES ARTIAGA, J., Mediación y Justicia j Fundació Jaume Callís, Barcelona, 1995, página 33.

¹⁶⁹ GARCÍA PÉREZ, O., «Los actuales principios rectores...», ob. cit., página 38, nota (20) del autor.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

cariz educativo por encima de cualquier otra consideración jurídica¹⁷⁰ y en consecuencia, se propugna una intervención eminentemente desformalizada con el correlativo e importante descenso de la intervención judicial, un considerable abandono de los métodos represivos —esto es de los internamientos en centros cerrados— y un claro predominio de la acción educativa¹⁷¹, ejercida a través de la aplicación de los denominados programas de «diversión»¹⁷², —«desviación» o «derivación»—, en el sentido de «desinstitucionalización» o «desjudicialización» que implican la evitación de un procedimiento judicial tras la aprehensión del menor¹⁷³.

Con el término de «diversión», se alude a una serie de técnicas tendientes a poner fin al proceso penal en fases anteriores a la constatación de la autoría del menor, renunciando a la acusación, suspendiendo el proceso o incluso impidiendo que se inicie. La razón por la que se introducen estas técnicas es fundamentalmente la necesidad de evitar la estigmatización del

¹⁷⁰ CANTARERO BANDRÉS, R., «Los menores y el Derecho penal», ob. cit., página 28, al que denomina «Derecho reeducativo».

¹⁷¹ GIMÉNEZ SALINAS COLOMER, E./GONZÁLEZ ZORRILLA, C., «Jóvenes y cuestión...», ob. cit., página 18.

¹⁷² Que según TRENCECK, T., surgen precisamente en Norteamérica en los años 70, con el nacimiento de los programas VORP canadienses en 1974 (Victim-offender reconciliation programs) y norteamericanos en 1978, en «VORP; Algunos temas centrales en la mediación del conflicto víctima-infractor», Revista Infancia y Sociedad, núm. 23, 1993, Pagina 111; GIMÉNEZ SAUNAS COLOMER, E., «La mediación en el sistema de justicia juvenil: una visión desde el derecho comparado», Menores privados de libertad. Cuadernos de Derecho judicial núm. XV, páginas 53-82.

¹⁷³ Al respecto, KERNER, H. J., «Conciliación víctima ofensor y reparación de daños en el derecho penal alemán. Consideraciones sobre la nueva situación jurídica y las experiencias de aplicación práctica», traducido al español por Miguel Polaino Navarrete, Cuadernos de .^a Criminal, núm. 62, 1997, página 376; KERNER señala que en Alemania estas técnicas ^introdujeron en el Derecho penal juvenil en virtud de la reforma operada en 1990 donde confirió gran relevancia a la institución de «conciliación entre la víctima y el ofensor».

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

infractor que se puede producir por la celebración de proceso penal y por las sanciones en él impuestas¹⁷⁴.

Desde un modelo de bienestar se entiende por tanto que la respuesta a la delincuencia de menores debe hacerse fuera del ámbito de la Administración de justicia a favor de otros ámbitos, bien de la propia Administración del Estado (v.g. Servicios Sociales), bien fuera de los ámbitos públicos (v.g. familia, colegio, instituciones comunitarias, etc.)¹⁷⁵.

Lo genuino pues de este modelo es que la acción educativa ya no se canaliza a través de instancias judiciales, sino mediante organismos e instituciones de carácter social o comunitario que actúan de modo informal, con objeto de evitar la estigmatización que sobre el menor se produce como consecuencia de una intervención judicial¹⁷⁶. Gráficamente se ha expresado que este modelo supone la sustitución de la «toga negra» por la «bata blanca»¹⁷⁷, esto es, se pretende evitar que los menores entren en el sistema de justicia a través de la búsqueda de soluciones extrajudiciales y por tanto con la participación de profesionales que estén al margen de las instancias judiciales¹⁷⁸.

¹⁷⁴ GARCÍA PÉREZ, O., «Los actuales principios rectores...», ob. cit., páginas 40-41; LÓPEZ, M. T., «Consideraciones sobre la delincuencia...», ob. cit., página 107.

¹⁷⁵ DOLZ LAGO, M. J., « Algunos aspectos de la Legislación penal de menores». La\1998, tomo 3, página 1509.

¹⁷⁶ DE LA CUESTA ARZAMENDI J. L., «La reforma de la legislación tutelar: ¿Un Derecho penal de menores y jóvenes», Los derechos humanos ante la criminología y el Derecho penal, Bilbao, 1986, página 167.

¹⁷⁷ PEPINO, L., «Desviación juvenil...», ob. cit., página 31.

¹⁷⁸ Giménez Salinas Colomer, E./González Zorrilla, C., «JÓVENES Y CUESTIÓN.. CIT., PÁGINA 18.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

En sentido positivo se le ha reconocido a este modelo haber sido precursor en la introducción de las técnicas de «diversión» o de «Nonintervention», —que se incluirán también en los modelos mixtos- ordena evitar las consecuencias negativas que el proceso penal puede tener en el menor infractor.

No obstante, estas opciones desjudicializadoras y desformalizadoras han sido objeto de fuertes críticas ya que no necesariamente evitan estigmatización, a la vez que suponen una importante disminución de garantías individuales ¹⁷⁹: Los organismos o instituciones de carácter social o comunitario, al intervenir autónoma e independientemente, pueden imponer medidas sobre el menor sin control judicial.

Como afirma DE LA CUESTA ARZAMENDI, «los abusos del poder administrativo y los riesgos de una desmedida extensión de la intervención sobre menores y jóvenes, aconsejan limitar las facultades de estos organismos extrajudiciales a medidas asistenciales no restrictivas ni limitadoras de los derechos de aquéllos, sujetando por lo demás a los servicios de asistencia al contacto directo y permanente con el Juez, con facultades de intervención autónoma, a lo sumo, limitadas»¹⁸⁰.

¹⁷⁹ SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El régimen de la minoría...», ob. cit., páginas 181 y en el mismo sentido, PEPINO, L., «Desviación juvenil e intervención...», ob. cit., página 31; DOLZ LAGO, M. J., «Algunos aspectos de la legislación penal de menores», *La Ley*, página 1514; ALBRECHT, P. A., *Derecho penal de menores*, ob. cit., página 135. En general en sentido crítico véanse HASSEMER, W., que además de advertir del peligro al que incluso personal», en *Fundamentos...*, ob. cit., página 377 y 400-401; MAURACH, R./GOSSEL, J. C. H./ZIPF, H., *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., página 911; por su parte TIEDEMANN, Destaca la importancia de la vinculación formal del proceso penal actual. Esta vinculación a formas se denomina también formalismo (...). Sólo un proceso penal realizado debidamente, es decir formalista, es apropiado para condenar y remover la presunción de inocencia...», en (AA.W.), *Introducción al Derecho penal...*, ob. cit., página 145.

¹⁸⁰ DE LA CUESTA ARZAMENDI J. L., «La reforma de la legislación tutelar: ¿Un Derecho penal de menores y jóvenes», *Los derechos humanos ante la criminología y el Derecho Nacional*, Bilbao, 1986, página 167.

De otro lado, si lo que de verdad se pretende a través de este modelo es suprimir el Derecho penal para menores, debe tratarse de una verdadera supresión, lo que implica que no deberían adoptarse medidas educativas o asistenciales restrictivas de derechos en contra de su voluntad o la de sus representantes legales, salvo que traigan causa de una situación de riesgo o desamparo. De no ser así, por mucho que se califique de «educativo», continuará siendo penal, pero al margen de los principios limitadores y las garantías propias de este último¹⁸¹. De este modo, el Derecho penal desaparecería nominalmente para los menores pero, a cambio, se le podrían imponer coactivamente medidas restrictivas de sus derechos por hechos atentatorios a las normas sociales, medidas éstas esencialmente penales.

En efecto, lo que faltaría en estos sistemas desformalizados son, garantías y límites que en el Derecho penal de adultos existen¹⁸²; de manera que la intervención representada por este modelo se considera como afirma CANTARERO BANDRÉS, «un aspecto más sofisticado de la intervención

¹⁸¹ En general, sobre las instancias de control no formalizadas, advierte ROXIN que existen «otros sistemas de control social, oficialmente no penales, pero mucho más eficaces en el control de los individuos, y sobre todo mucho más difíciles de limitar y controlar democráticamente», en *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, traducido por Francisco Muñoz Conde, Reus, Madrid, 1981, página 36. Críticos frente a los sistemas de control social desformalizados, se muestran entre otros, GARCÍA PABLOS, A., *Derecho penal*, introducción, ob. cit., página 57 cuando afirma que «los partidarios de una radical no intervención penal, tiene que demostrar, caso a caso, que los otros controles informales disminuyen el coste social de aquélla, producen menos dolor —que la estigmatización no se produce o es menor—, respeta las garantías individuales, elimina la arbitrariedad y logra una mayor seguridad jurídica»; y SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al...*, ob. cit., página 25.

¹⁸² En este sentido y refiriéndose sólo al modelo tutelar FUNES ARTIAGA, J./GON ZORRILLA, C., «Delincuencia juvenil, justicia e intervención comunitaria», *Rev.' Menores*, núm. 7, páginas 52-53.

estrictamente penal»¹⁸³, lo que hace patente los llamados «equivocos de la filantropía»¹⁸⁴.

Los sistemas educativos se irán abandonando progresivamente favor de sistemas mixtos tendentes a coordinar los aspectos positivos de los modelos asistencial y educativo, pero limitados por las garantías y los principios básicos propios del sistema penal¹⁸⁵, en la búsqueda del equilibrio entre lo judicial, esto es, el garantismo y lo educativo, es decir, la resocialización¹⁸⁶.

El descrito modelo no encontró reflejo en la Legislación española. En efecto, en los años en los que surge y se desarrolla el mismo, en España continúa en vigor la Ley de Tribunales Tutelares de Menores 1948, reflejándose en las estadísticas de los mencionados órganos de los años 1965 y 1975, al contrario de lo propugnado por el modelo educativo, un considerable aumento del número de expedientes incoados por los Tribunales de Menores en su facultad reformadora¹⁸⁷.

1.2.3.2. EL MODELO MIXTO O DE RESPONSABILIDAD

¹⁸³ CANTARERO BANDRÉS, R., *Delincuencia juvenil y...*, ob. cit., página 323.

¹⁸⁴ Al respecto. FUNES ARTIAGA, J., «Menores y jóvenes en situación de conflicto ¡ posibles respuestas». *Justicia juvenil en la Comunidad autónoma del País Vasco. Situ y perspectiva*, Vitoria, 1997, página 50.

¹⁸⁵ En este sentido, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «La reforma de la Legislación lar...», ob. cit., página 168.

¹⁸⁶ GIMÉNEZ SALINAS COLOMER, E., «La mayoría de edad...», ob. cit., página 609; J TAIN IPIÑA, A., «Puntos cardinales para...», ob. cit., página 194.

¹⁸⁷ Véase al respecto las tablas estadísticas que recoge GIMÉNEZ SALINAS COLON en «La mayoría de edad...», ob. cit., páginas 613-615; la misma autora recoge otros datos estadísticos que reflejan los mismos resultados entre los años 1968 y 1977 en el ejercicio, de la facultad reformadora de los Tribunales Tutelares de menores, durante los cuales los expedientes abiertos y reabiertos pasan de 16.660 (1968), a 18.074 (1977): los expedientes fallados pasan de 16.127 (1968), a 18.008 (1977), en *Delincuencia juvenil y control* Círculo Editor Universo, Esplugues de Llobregat, 1981, página 48.

1.2.3.2.1. Presupuestos de un modelo mixto o de responsabilidad

En la década de los años 80, el denominado Estado de bienestar entra en crisis y con él el modelo educativo o de bienestar debido, entre otras razones, al mantenimiento o aumento de las tasas de criminalidad que se estaba produciendo¹⁸⁸. Esto ocasionaría un sentimiento creciente de alarma social e inseguridad ciudadana¹⁸⁹. En efecto, el incremento de las tasas reales de criminalidad y la consiguiente caída del apoyo al ideal rehabilitador, ponen en duda la viabilidad real del modelo educativo y el escaso éxito de los programas resocializadores, lo que provocará que muchos países que hasta ese momento habían articulado este modelo, o que continuaban con otros sistemas de corte asistencial, abanderando el argumento de la *inseguridad pública*, reclamaran un aumento de las medidas represivas¹⁹⁰. De este modo, comenzaron a redefinirse las finalidades de los Tribunales de menores, respetando importancia al papel exclusivo de la rehabilitación conforme al interés superior del menor y reconociendo la importancia de la *seguridad ciudadana*¹⁹¹.

¹⁸⁸ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. I., *Minoría de edad...*, ob. cit., página 107; CORONADO BUITRAGO, M. J., «Aspectos sustantivos del Anteproyecto de la Ley de Responsabilidad penal juvenil y del menor», ponencia presentada en las Jornadas de Jueces de Menores en noviembre de 1995, documento mecanografiado, página 8.

¹⁸⁹ LÓPEZ GARRIDO, D./GARCÍA ARÁN, M., *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid, 1996, página 30.

¹⁹⁰ En este sentido, JÜRGER TAS, J., «Prevención de la delincuencia, justicia de...», ob. ^Lit., página 37; GIMÉNEZ SALINAS COLOMER, E., «La reacción social a la delincuencia...», cit., página 60; RÍOS MARTÍN, J. C., *El menor infractor...*, ob. cit., páginas 222-224; CANTARERO BANDRÉS, R., «LOS menores y el Derecho penal», ob. cit., página 29.

¹⁹¹ En este sentido, FELD, B., «Sanción merecida para los delincuentes menores ob. cit., páginas 71-72; este autor recoge varios ejemplos de los cambios que en este sentido se estaban produciendo en las legislaciones de los estados de Norteamérica, de distintas enmiendas a las entonces legislaciones vigentes que expresamente aluden seguridad pública; la alusión a la seguridad pública también se manifiesta en la reglas de Beijing (Regla 2.3.b), que señala como objeto de la justicia de menores, entre otros, «satisfacer las necesidades de la sociedad».

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

Por otra parte, debe señalarse como segundo indicador de esta nueva etapa la preocupación por dotar al menor de las mismas garantías jurídicas que a los adultos, tanto en el ámbito penal como procesal¹⁹².

La preocupación por los derechos y garantías de las que los menores habían carecido que determinó un gran golpe a los modelos anteriores, se inicia con la sentencia dictada en el llamado «caso GAULT» Estados Unidos en 1967¹⁹³, que propició importantes cambios legislativos. Estos cambios tendrán lugar también en los países europeos, a partir de entonces el menor comienza a considerarse no sólo un objeto de protección, sino también un sujeto de derechos¹⁹⁴.

Esta preocupación por el reconocimiento de los derechos del menor en cualquier intervención que se produzca sobre él se aprecia con claridad en el

¹⁹² SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. I., *Minoría de edad penal...*, ob. cit., página 108.

¹⁹³ El 8 de junio de 1964, Gerald Francis Gault, de 15 años y su amigo Lewis, fueron denunciados por una vecina de haber vertido por teléfono «frases indecentes». Fueron detenidos, sin dejar notificación a los padres, que en ese momento no se encontraba el domicilio. Celebrado días más tarde la Audiencia ante el Tribunal juvenil, sin que se apersonara la persona denunciante, sin posibilidad de aportar testigos, sin tomarse constancia escrita de las actuaciones, etc., Gerald Gault fue condenado al internamiento hasta que cumpliera la edad de 21 años, en la Escuela industrial del Estado, por estimar el tribunal que se trataba de un delincuente juvenil. Tres años más tarde, en 1967, el Tribunal Supremo —al que se había pedido que declarase inconstitucional el Código Juvenil de ese Estado—, dictó la sentencia cuyos pronunciamientos más significativos que obligaron a todos los estados a cambiar sus leyes juveniles por considerar que eran inconstitucionales, fueron los siguientes «... Las garantías procesales deben ser también aplicadas a los menores. Ellas exigen: que se comunique al joven, a sus padres o guardadores y/ tiempo suficiente, los cargos que se le imputan, para que se pueda preparar la defensa en derecho también para el menor, de aconsejarse y de ser defendido, por Letrado; el privilegio de no acusarse a si mismo y de que si el sujeto lo hace, la confesión no valga, que el hecho haya sido probado por otros medios. El derecho de confrontar a los testigos y de que estos presten declaración bajo juramento...»; BARBERO SANTOS, M., «Delincuencia juvenil. Tratamiento», ob. cit., páginas 111-113; FELD, B., «Sanción merecida para los delincuentes menores...», ob. cit., página 69.

¹⁹⁴ Giménez Salinas Colomer, E., «LA MAYORÍA DE EDAD...», OB. CIT., PÁGINAS 615-6

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

ámbito internacional, fundamentalmente a partir de los años 80. En efecto, será precisamente en 1980 cuando el Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre *Prevención del delito y tratamiento del delincuente* celebrado en Caracas, formuló varios principios básicos que deberían quedar reflejados en un conjunto de reglas que habían de elaborarse para la administración de justicia de menores a fin de proteger los derechos humanos fundamentales de aquellos menores que se encontraban en dificultades con la justicia¹⁹⁵. Posteriormente, se elaborarían otros textos internacionales relativos a la materia¹⁹⁶ donde se propugna un sistema mixto de justicia penal juvenil que combine aspectos de los sistemas de bienestar y aquellos otros procedentes del sistema propiamente penal¹⁹⁷.

De otro lado, el fenómeno de reconocimiento de las garantías va ligado a un cambio de «imagen» o «perfil» del menor distanciado de las viejas concepciones de cariz paternalista: Se comienza a mirar al menor como a un sujeto capaz de confrontarse con el sistema normativo y de asumir la responsabilidad, incluso penal, de sus propias acciones¹⁹⁸.

Como afirma DE LEO, la premisa de este proceso que introduce la responsabilidad de los menores, consiste en pasar de una concepción ontológica de la responsabilidad, a una concepción funcional y sistemática, entendida como función que está siempre en la base de toda relación interpersonal, de todo

¹⁹⁵ Introducción al texto de las «Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de menores», aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas el 29 de noviembre de 1985, incluidas en el Anexo a la Resolución 40/33.

¹⁹⁶ La Convención de los Derechos del Niño, de 1989; las Reglas Mínimas para la administración de la Justicia de los menores (Reglas Beijing), de 1985; las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, de 1990; y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), de 1990.

¹⁹⁷ PÉREZ GARCÍA, O., «LOS actuales principios rectores...», ob. cit., página 48.

¹⁹⁸ PATRIZI, P., «La evolución del sistema de las garantías en la reciente legislación penal italiana para menores», *Jueces para la Democracia*, núm. 10, 1990, página 72.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

sistema de acción y de todo proceso de aprendizaje. El problema no es aplicar la respuesta sancionadora sólo si existe la imputabilidad, sino que, puesto que la respuesta se da siempre, el problema real es encontrar aquélla adecuadamente responsabilizante en relación a: «a) el carácter penal o no de la acción; b) el tipo de ligamen entre la autoridad responsable de la intervención y el menor responsable de la acción; c) el nivel de correspondencia a la responsabilidad expresado por el menor»¹⁹⁹.

De este modo entra en crisis el concepto de irresponsabilidad de menores mayores de cierta edad ante la comisión de un ilícito por entender que considerarlos responsables forma parte del proceso educativo²⁰⁰. Por ello, se

¹⁹⁹ DE LEO, G., «Per una definizione della responsabilità minorile», Esperienze di tizia minorile, núm. 1, página 142.

²⁰⁰ En este sentido, expresa el CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL en su informe «Anteproyecto de Ley Orgánica Penal y Juvenil y del Menor» de 1995, que la Ley que conozca el criterio de la responsabilidad del menor «(...) debe pretender ayudarle a asumir la responsabilidad personal, que consiste en ser dueño de los propios actos y decisiones, y que es por tanto materia propia de una política educadora y desarrolladora personalidad conforma al artículo 10,1 de la Constitución española», documento mecanografiado, página 13; en la Doctrina: DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., señala que «La duración de responsabilidad penal puede ser importante para su proceso de maduración...», en «La justicia juvenil en España: regulación actual y proyectos en curso Azpilcueta, 11, 1998, página 16; GONZÁLEZ ZORRILLA, C./FUNES ARTIAGA, J., señalan que la responsabilidad, que es un esquema regulador de interacciones de respuestas tendientes a desarrollar sentimientos de propiedad sobre los propios actos y de autoridad sobre mismo, constituye un derecho inalienable de los jóvenes», en «Delincuencia juvenil, justicia e intervención comunitaria», Revista menores, núm. 7, página 59; por eso, (continúan estos autores en las páginas 58 y 59) «la responsabilidad existe siempre, lo que varían las formas de respuesta que supone dicha responsabilidad y el ámbito en que tales propuestas se producen, las consecuencias negativas que comporta la declaración de irresponsabilidad son fundamentalmente las siguientes: les hace perder el status de normalidad, con la difusión de imágenes del adolescente o menor como distinto, o enfermo, con la consiguiente agravación de sus condiciones de segregación y marginación; introduce una ruptura incoherente en el modo de interrelación del joven con la sociedad, a través de la familia, escuela (...), basada en la exigencia de responsabilidad comenta la sumisión y la pasividad en el proceso educativo y, por último, sustituye el criterio de responsabilidad por otros criterios más confusos y muchos más con arbitraria respuesta, basados en el parámetro de la «peligrosidad social», que históricamente ha servido para el control de ciertos sectores sociales, precisamente los más débiles

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

rechaza —al menos como principio gene incuestionable— el paradigma de la inimputabilidad, y se admite capacidad elemental de responsabilidad de los menores, esto es, la capacidad «de asumir las consecuencias de sus actos»²⁰¹, bien entendido que presuponerla no significa castigarlos, sino «establecer entre ellos y las instituciones de control social una relación no mixtificante, basada en presupuestos claros y coherentes»²⁰².

El reconocimiento de la capacidad de responsabilidad, en opinión de GARCÍA PABLOS, no debe conducir a un modelo penal-represivo, mero sucedáneo o extensión del modelo de responsabilidad de adultos, sino a fórmulas propias y autónomas²⁰³. Se impone, pues, la tarea de redefinir un concepto de responsabilidad útil a toda el área del Derecho penal, concebido en sentido amplio, que permita asegurar a todos los sujetos límites perentorios de duración para cada medida de intervención coactiva prevista como consecuencia jurídica de la realización de la figura delictiva por medio de un hecho²⁰⁴.

En consecuencia, aceptado el hecho de que los menores han de ser responsables, la discusión principal se centra en cómo deben ser responsables, y ello dependerá del sistema que se elabore para dar respuesta a los menores infractores: «Qué finalidades persigue, qué medidas y técnicas de

económica, cultural y socialmente»; por último, señala FUNES ARTIAGA, J., que «en aspectos educativos responsabilidad quiere decir volver sobre tus actos, hacerlos conscientes asumirlos de la manera posible, a partir de una respuesta. En cada etapa evolutiva de vida de las personas, se es responsable, pero no más o menos sino diferentemente responsables. O dicho de otra manera las respuestas educativas que debemos recibir es distinguir que los aspectos positivos o negativos de unas u otras acciones son diferentes cada edad», en «Menores y jóvenes en situación...», ob. cit., página 62.

²⁰¹ GARCÍA PABLOS, A., «Presupuestos criminológicos y...», ob. cit., página 275.

²⁰² GONZÁLEZ ZORRILLA, C., «La justicia de menores...», ob. cit., página 139.

²⁰³ GARCÍA PABLOS, A., «Presupuestos criminológicos...», ob. cit., página 275.

²⁰⁴ En este sentido, BARATTA, A., «Principios de un Derecho penal mínimo...», ob. cit., Página 639, en la nota 16 de la misma página, Baratta expresa que las citadas consideraciones han sido confirmadas en el ámbito de una serie de Congresos internacionales sobre la relación entre Psiquiatría y Derecho.

intervención arbitra, cómo se articulan y aplican, a través de qué mecanismos procesales y con qué suerte de garantías, qué impacto producen de hecho en el joven y en el menor, etc.»²⁰⁵.

1.2.3.2.2. Características de un modelo mixto o de responsabilidad

Conforme a las anteriores premisas, desde un modelo mixto o de responsabilidad se realizan una serie de propuestas básicas que inciden tanto en el plano material como en el plano formal o procesal del sistema de intervención concreto que se arbitre.

En efecto, desde una perspectiva material y respecto del ámbito subjetivo, a diferencia de los modelos protector y educativo que no limitaban la intervención bien de los Tribunales de menores, bien los organismos administrativos, respectivamente, el modelo mixto distingue varios tramos de edad²⁰⁶: La minoría de edad por debajo del cual no intervienen los órganos judiciales; una segunda franja de en donde interviene el Derecho penal juvenil; y una última, la más discutida, que alcanzaría hasta los veintiún años, representa una etapa intermedia entre el Derecho penal juvenil y el Derecho penal adultos²⁰⁷.

²⁰⁵ GARCÍA PABLOS, A., Presupuestos criminológicos..., ob. cit., página 271. Para DE G. «supone definir el contexto jurídico institucional en el que la respuesta frente a la acción —que siempre se produce— va a desarrollarse», en «Per una definizione della...», Página 143.

²⁰⁶ En opinión de ALBRECHT, H. J., esta limitación respecto del grupo de jóvenes, a la limitación en la imposición de medidas privativas de libertad a los delitos más «pueden ser consideradas como importantes tendencias adicionales de evolución, las cuales están ligadas al mismo tiempo con un aumento de la aplicación de medidas de asistencia social para menores», en «Las sanciones en el Derecho Penal...», ob. cit., página 157

²⁰⁷ Sánchez García de Paz, M. I., MINORÍA DE EDAD..., OB. CIT., PÁGINA 109. <

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

Desde el punto de vista de los presupuestos de intervención, al contrario de lo que acontece en aplicación de los modelos tutelar o educativo, se propugna desde un modelo mixto no sólo la posibilidad de intervenir exclusivamente frente a la comisión de hechos delictivos, que además se propone un programa despenalizador que reduzca sustancialmente la intervención penal en el ámbito de los menores²⁰⁸. En este sentido, se aboga por la elevación de la edad mínima para ser sujeto de responsabilidad penal juvenil, esto es, se defiende la reducción del ámbito subjetivo de aplicación de un Derecho penal de menores.

Al mismo tiempo, se propone la reducción del ámbito objetivo del Derecho penal juvenil que podría llevarse a cabo mediante el establecimiento de un catálogo de tipos penales más restringido y/o mediante introducción de circunstancias que excluyan la sanción²⁰⁹.

Junto a estas propuestas despenalizadoras, desde un modelo se aboga por reducir la intensidad de la intervención mediante reducción de la imposición de las medidas privativas de libertad a de aquellas otras ambulatorias o de carácter abierto²¹⁰. De este el modelo de responsabilidad se caracteriza por el establecimiento de una variada gama de medidas alternativas basadas en principios educativos²¹¹ que por tanto no se conciben como retribución, sino como instrumento imprescindible para orientar de forma positiva el proceso de

²⁰⁸ García Pérez, O., *IBIDEM*, PÁGINAS 39 Y 56-59.

²⁰⁹ GARCÍA PÉREZ, O., *ibidem*, páginas 45-48; vid también el epígrafe II.3 del primer capítulo de esta monografía.

²¹⁰ GARCÍA PÉREZ, O., *ibidem*, páginas 39 y 56-59.

²¹¹ MARTAGUET, M. P., «la réforme du droit...», *ob. cit.*, página 278; GIMÉNEZ SALINAS COLOMER, E. /GONZÁLEZ ZORRILLA, C., «Jóvenes y cuestión...», *ob. cit.*, página 19.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

socialización del menor infractor, favoreciendo positivamente su proceso psicológico y personal de maduración y su adecuada integración social²¹².

De esta manera, las medidas están llamadas a cumplir una función predominantemente resocializadora o educativa y al margen, por tanto, de otras funciones asignadas tradicionalmente a la pena —expiación o intimidación (prevención general negativa), o reafirmación de la vigencia de la norma (prevención general positiva). En este sentido se habla de «castigo positivo», o «sanción positiva»²¹³, esto es, la sanción esencialmente consiste en una respuesta educativa que ha de ser perfectamente comprensible por el menor como consecuencia de su conducta delictiva²¹⁴, y cuya elección vendrá también condicionada por las necesidades del joven²¹⁵.

²¹² GARCÍA PABLOS, A., *Presupuestos criminológicos...*, ob. cit., páginas 279 y 280; en el mismo sentido PAZIENZA, F., «Il passo alia depenalizzazione sino alia maggiore età», *Rivista di diritto e procedura penale*, 1996, página 513.

²¹³ GARCÍA PABLOS, A., «Presupuestos criminológicos...», ob. cit., páginas 278 y 280; en éste sentido FELD, B. aludiendo a una sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América habla de que «a veces, el castigo es un tratamiento», en su «Sanción merecida para...», ob. cit., páginas 72 y 77. En contra de esta consideración de la «sanción positiva», se expresa Voss, al señalar que «ésta es seguramente la más antigua pretensión pedagógica, según la cual, la mera imposición del mal en que la pena consiste, alberga un efecto educativo. Esto es cierto y falso a la vez: naturalmente, en todo proceso educativo existe el castigo, ahora bien, dicho castigo sólo puede tener un efecto positivo donde se incardine en un contexto solidario de manera que se entienda por ambas Partes —punitiva y penada— como acontecimiento momentáneo, como relación estrecha y positiva que por ello, no sería realmente nociva. Si embargo, este presupuesto no se encuentra en absoluto en la ejecución penal (...). Una pena promueve únicamente odio hacia quién la impone, y es de suponer que esto es así, incluso cuando la pena en el momento originario de la medición, se consideraba una reacción justa frente al delito», Voss, M., «Penas privativas de libertad para menores y alternativas dinámicas a las sanciones ¿doble estrategia?» (traducido por Miguel A. Cobos Gómez de Linares), *Revista de "I"** para la Democracia, núm. 3, 1988, página 42.

²¹⁴ PAZIENZA, F., «Il passo alia depenalizzazione...», ob. cit., página 513; PRIETO SANCHIZ L., «Orientaciones básicas...», ob. cit., página 122.

²¹⁵ GIMÉNEZ SALINAS COLOMER, E., en el Prólogo a la obra de DÜNKEL/MEYER, *Derecho "Parado de menores*, ob. cit. Página 7.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

Si se pasa del ámbito material al ámbito formal, desde la perspectiva de un modelo mixto se pretende articular para el menor un proceso justo, lo que se traduce en el reconocimiento de las garantías procesales básicas, y en la aplicación de las reglas y principios del Derecho procesal penal —principio de legalidad, presunción de inocencia, actuación del Ministerio fiscal, asistencia letrada, derecho a presentar testigos, etc. —²¹⁶.

Junto a la preocupación por dotar al menor de las garantías que derivan de la articulación de un proceso, desde un modelo mixto de responsabilidad se recomienda la introducción de la desjudicialización²¹⁷ mediante la articulación de técnicas de «diversión», como programas de conciliación y mediación, o la aplicación de la «Probation», como suspensión del fallo o la suspensión condicional pena²¹⁸. Pero, al contrario de lo que se propugna en los modelos desformalizados, en este caso estas posibilidades quedan bajo la tutela de las instancias judiciales o del Ministerio fiscal, en tanto que son éstos quienes de forma reglada, esto es, conforme al principio de legalidad, pueden postularlas y/o aprobarlas, sin perjuicio de que en su ejecución intervengan las instituciones administrativas competentes, pero siempre bajo control judicial.

²¹⁶ MARTAGUET, M. P., «La réforme du droit...», ob. cit. página 280. En este sentido recuerda GARCÍA PABLOS que «no cabe exigir responsabilidad sin el escrupuloso respeto; los derechos y garantías establecidos en el Ordenamiento jurídico» en *Presupuestos criminológicos...*, ob. cit., páginas 277 y 278. En este sentido, conviene recordar que «Al día de hoy y en el marco de la llamada relación punitiva, los máximos derechos y garantías se han realizado en el ámbito del Derecho penal y del proceso penal ordinario, ambos orientados constitucionalmente e inspirados en la Declaración de los Derechos del Hombre», CANTARERO BANDRÉS, R., «LOS menores y el Derecho penal», ob. cit., página 29. No obstante, que se respeten las garantías propias del Derecho penal y del Derecho procesal penal, no implica que la reproducción exacta del modelo de los adultos, sobre todo en lo referente al ámbito de las consecuencias jurídicas.

²¹⁷ PÉREZ GARCÍA, O., «Los actuales principios rectores...», ob. cit., página 40.

²¹⁸ Al respecto, NÚÑEZ Y PAZ, M. A., «La aplicación de la probation en el Derecho positivo», *Revista de Derecho penal y criminología*, núm. 5 de 1995, páginas 703-755.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

Por todo lo expresado, se puede afirmar que adoptar un modelo de responsabilidad no significa abandonar el concepto de educación que está implícito en él, sino poner el acento en el tipo de respuesta que se arbitre por la comisión de un delito. Sólo la admisión del modelo responsabilidad legitimaría la imposición de consecuencias a los menores y jóvenes por la comisión de infracciones penales cuando éstas son coercitivas y afectan a su libertad²¹⁹. En definitiva, el modelo mixto «representa una tercera etapa, en la que el menor cobra autonomía, personalidad y sale definitivamente del ámbito del Derecho penal»²²⁰. En este sentido PAZIENZA afirma que se produce una «fuga del Derecho penal»²²¹.

El legislador español, tras el fracaso de los postulados paternalistas plasmados en la LTTM de 1948, inició desde la mitad de la década de los ochenta un proceso legislativo que, tras la formulación de varios proyectos de «ley penal del menor», culminó con la promulgación de la Ley Orgánica 4/1992, Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores que supone la materialización de un modelo mixto²²². De igual forma queda reflejado este modelo en la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad penal de los Menores de 13 de enero de 2000.

1.3 Legislación Comparada

1.3.1 Desarrollo de la Legislación Española de Menores

²¹⁹ Coronado Buitrago, M. J., «Aspectos sustantivos del Anteproyecto de la Ley Penal 'Y Juvenil del Menor», documento mecanografiado, página 8.

²²⁰ García Pablos, A., «Presupuestos criminológicos...», ob. cit., página 276.

²²¹ Paziienza, F., «11 passo alia depenalizzazione...», ob. cit., página 514.

²²² En contra Cantarero Bandrés, R., que lo enmarca en el modelo Welfare, en «Los Menores y el Derecho penal», ob. cit., página 28.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

En cuanto a los antecedentes legislativos sobre el tratamiento de los menores infractores, así como el relativo a la protección de la infancia abandonada²²³, podemos afirmar que a partir del siglo XIX ha existido una copiosa actividad legislativa, siendo el primer antecedente la Ley de 6 de febrero de 1822, sobre organización de la beneficencia española, a la que siguió la Ley de Ordenación de presidios de 1834, que regulaba la separación de los infractores jóvenes y su instrucción y reforma.²²⁴ En este sentido, son también dignas de elogio las constantes demandas recogidas por Concepción Arenal en sus *Estudios Penitenciarios* de 1877, en la que exigía la creación de colonias agrícolas para la rehabilitación social de los infractores jóvenes.²²⁵

Posteriormente, se dictó la Ley de 26 de julio de 1878 referente a los trabajos peligrosos de los niños²²⁶ y, unos años más tarde, la Ley de 4 de enero de 1883, que estableció la organización de asilos e instituciones de protección correccional.²²⁷ Por Real Decreto de 11 de agosto de 1888 se destinó al establecimiento penal de Alcalá de Henares a los infractores menores de

²²³ El origen y evolución de nuestra legislación de menores también ha sido tratado por RIOS MARIN, J.C.: El menor infractor ante la Ley penal cit., pp .89 y ss.

²²⁴ Cfr. GUALLART Y LÓPEZ DE GOICOECHEA, J.: El Derecho penal de los menores. Los tribunales para niños, cit., p. 95

²²⁵ Cfr. MIRET MAGDALENA, E.: Hacia una Ley española del menor, en Jornadas de estudio de la legislación para niños, Consejo Superior de protección de menores, Ministerio de Justicia, 1985, p. 10 Sobre los trabajos agrícolas e industriales en los asilos correccionales, véase DE COSSIO Y GOMEZ – ACEBO, M .: Las instituciones tutelares de la infancia abandonada, cit., pp. 106-108.

²²⁶ Cfr. ROCA, T.: Historia de la obra de los tribunales tutelares de la infancia abandonada, cit., p. 60.

²²⁷ Cfr. GUALLART Y LÓPEZ DE GOICOECHEA, J.: El derecho penal de los menores. Los tribunales para niños, cit., p. 95. Sobre esta Ley ha señalado RIOS MARTIN, J.C.: El menor infractor ante la Ley penal, cit., p. 99, que los jóvenes menores de dieciocho años que tuvieran su residencia en la provincia de Madrid y careciesen de medios lícitos de subsistencia, podían ingresar en las escuelas de reforma, a las que también tenían acceso los hijos de familia que se hallaren bajo tutela o curatela y fuesen objeto de corrección de sus padres.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

veinte años, pero esa disposición no alcanzó un cumplimiento global, ni estableció un sistema especial para el tratamiento de aquellos jóvenes, omisión que será corregida por el Real Decreto de 17 de junio de 1901, que creó la escuela central de Reforma y Corrección Penitenciaria de Alcalá de Henares para menores de veintitrés años, constituyendo esta disposición el primer paso hacia la creación de un establecimiento especial para la reforma de los jóvenes.²²⁸ El mentado Real Decreto de 1901 aplicó el sistema progresivo para los jóvenes internos en el establecimiento penal de Alcalá de Henares,²²⁹ incorporando el sistema correccional de las doctrinas penitenciarias del momento.²³⁰

Entre este elenco de disposiciones merecen también especial mención: La Ley de 13 de marzo de 1900, por la que se fijó las condiciones de trabajo de las mujeres y de los niños²³¹; el Real Decreto de 10 de marzo de 1902, que regulaba el ingreso en la Escuela Central de Reforma y Corrección Penitenciaria de Alcalá de Henares de los menores de quince años que, declarados irresponsables conforme al Código penal de 1870 por haber obrado sin discernimiento, carecían de persona que se encargara de su educación y vigilancia²³²; el Real Decreto de 8 de agosto de 1902, relativo al reformatorio de

²²⁸ Cfr. LOPEZ RIOCEREZO, J.: Delincuencia juvenil. Política recuperativa del joven delincuente, cit., p. 78.

²²⁹ En este sentido fue GUALLART Y LÓPEZ DE GOICOCHEA, J.: El derecho penal de los menores. Los tribunales para niños, cit., p. 65, el primero en reivindicar que el sistema progresivo, conocido como Machonochie o de Croffton, recibiese el nombre de Montesinos, por ser este el primero en aplicarlo en su presidio de Valencia.

²³⁰ Cfr. DE COSSIO Y GOMEZ – ACEBEDO, M.: Las instituciones tutelares de la infancia abandonada, cit., p.4.

²³¹ Cfr. ROCA, T.: Historia de la obra de los tribunales tutelares de menores en España, cit., pp.60 y 61.

²³² Cfr. BERNARDO DE QUIROS, C, /NAVARRO DE PALENCIA, A.: Teoría del Código Penal. Parte General, cit., p. 96.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

jóvenes infractores²³³; y el Real Decreto de 13 de febrero de 1903, referentes a las Escuelas –asilos de Madrid²³⁴.

En cuanto a la protección de la infancia, la Ley de 23 de Julio de 1903 tenía como objeto impedir la explotación de la infancia y representación de la mendicidad de los menores de dieciséis años²³⁵. Un año más tarde, por la Ley de 12 de agosto de 1904²³⁶, promovida inicialmente por PI Y MARGALL y aprobada definitivamente gracias a los esfuerzos del TOLOSSA LATOUR, se crea el Consejo Superior de Protección a la Infancia y las Juntas Provinciales y Municipales.

Otro real Decreto de 1907 reformó, en parte, los anteriores, ampliando la edad de ingreso a los veinte años y estableciendo una rebaja de penas como premio a la buena conducta²³⁷, lo que viene a constituir un paso hacia delante en la implementación ocho años después, de la libertad condicional de el referido país.

En 1908 se publicaron Leyes: Por un lado, la Ley sobre condena condicional de 17 de marzo, que modificó, de facto, el artículo 86 del Código Penal de 1870, al completar la suspensión de la condena para el mayor de

²³³ Cfr. VON LISZT, F.: Tratado de derecho penal, cit., p. 550

²³⁴ Cfr. GUALLART Y LÓPEZ DE GOICOCHEA, J.: El derecho penal de los menores. Los tribunales para niños.cit., p. 96

²³⁵ Cfr. Código penal interpretado por el Tribunal Supremo, cit., p. 15; JIMENEZ DE ASUA: Código penal reformado de 27 de octubre de 1932 y disposiciones penales de la República cit., p. 268.

²³⁶ Sobre esta Ley ha destacado ROCA, T.: Historia de la obra de los Tribunales Tutelares de Menores en España, cit., p. 60, que sitúa en la línea de proteger física y moralmente a los niños menores de diez años, encargándose también de la vigilancia de los que habían de ser entregados a la lactancia mercenaria y de los internados en instituciones protectoras.

²³⁷ Cfr. LÓPEZ RIOCEREZO, J.: Delincuencia juvenil. Política recuperativa, cit., p. 78

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

nueve y menor de quince años que hubiese obrado con discernimiento²³⁸, acordando, además, la entrega a sus familia "con encargo de vigilarlo y educarlo" o en su defecto, hacerle ingresar en un establecimiento de beneficencia destinado a la educación de huérfanos y abandonados²³⁹; y, por otro, la Ley de 31 de diciembre, sobre el régimen de prisión preventiva de los menores²⁴⁰.

En resumen, el movimiento mundial que estableció el tratamiento de los menores y adolescentes sobre bases de marcado sentido educativo – correccional tuvo en dicho país una profunda repercusión, fundamentalmente en el ámbito legislativo. Prueba de ello son, como hemos destacado anteriormente, las múltiples disposiciones relativas a la infancia infractora, y, en modo especial, los reiterados proyectos de creación de Tribunales para niños, a partir del presentado el 28 de octubre de 1912, por el entonces Ministro de Gracia y Justicia, ARIAS DE MIRANDA, hasta la Ley de 13 de diciembre de 1940, modificada por disposiciones posteriores²⁴¹.

En efecto, el primer intento serio de evitar el ingreso de los menores y adolescentes en prisión tiene lugar el 28 de octubre de 1912, al presentar dicho día en las Cortes un Proyecto de Ley de creación de los Tribunales

²³⁸ Cfr. JIMENEZ DE ASUA, L.: La delincuencia juvenil y los Tribunales para niños, cit. P. 11.

²³⁹ Cfr. BERNALDO DE QUIROS, C. / NAVARRO PLACENCIA, A.: Teoría del código penal. Parte general cit., p. 404.

²⁴⁰ Un estudio y crítica de las disposiciones de la Ley de 31 de diciembre de 1908, así como de la Ley de condena condicional, en BERNALD DE QUIROS, C. / NAVARRO DE PALENCIA, A.: Teoría del Código Penal. Parte general, cit., pp. 404-406

²⁴¹ Cfr. CUELLO CALON, E.: "El nuevo Derecho penal juvenil europeo y el tratamiento de los jóvenes delincuentes en España", cit., p. 502

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

especiales para niños²⁴², que constituirá el primer Proyecto oficial sobre la materia²⁴³. Posteriormente, con ocasión de la Asamblea Nacional de protección a la infancia y represión de la mendicidad, reunida en Madrid en abril de 1914, se elaboró una Proposición de Ley presentada por MONTERO-RIOS²⁴⁴, que quedará materializada en los dos Proyectos ministeriales de 1915 y 1917²⁴⁵. De estos tres Proyectos ninguno prosperó, tan sólo, la Proposición de Ley presentada por MONTERO-RIOS a la citada Asamblea llegó a ser Ley en 1918²⁴⁶.

²⁴² Este proyecto, que no llegó a buen fin, “procuraba ante todo fomentar la creación de patronatos protectores de la infancia y de reformatorios donde poder enviar a los menores, y, a imitación de la Ley austríaca, no establecía la institución con carácter obligatorio, si no tan sólo a petición de los Ayuntamientos, a los cuales se les concedería, siempre que acreditasen poseer establecimientos a propósito donde recoger a los niños, y juntas protectoras que ayudasen al Juez en su acción educadora. Cfr. ROCA, T.: Historia de la obra de los Tribunales Tutelares de menores en España, cit., pp. 82 y 83. También menciona VON LISZT, F.: Tratado del Derecho Penal, cit., p. 552 una Real orden de 14 de enero de 1913, relativa a la sección de menores en El Dueso.

²⁴³ En síntesis, sus notas mas características eran las siguientes: 1º La competencia se extendía a los menores de entre nueve y quince años que hubiesen cometido delitos o falta, siempre que la pena a imponer fuese correccional, no aflictiva 2º Instauración de un órgano jurisdiccional unipersonal 3º Adscripción a dicho Tribunal de un fiscal y de un Secretario; 4º Enjuiciamiento con ausencia de formas procesales (“de un modo paternal y sencillo”); 5º Determinación de la pena según prudente arbitro, sin sujeción al Código penal; 6º Establecimiento de régimen de libertad vigilada. Cfr. MARTIN OSOTOS, J.: Jurisdicción de menores, Barcelona, 1994, p. 83.

²⁴⁴ Cfr. GUALLART Y LÓPEZ DE GOICOCHEA, J.: El derecho penal de los menores. Los Tribunales para niños, cit., p. 153. En una de las bases de la Proposición de Ley se insistía en la necesidad de crear Sociedades Tutelares, lo que quedó materializado con la creación en 1916 de la Asociación Tutelar en Bilbao.

²⁴⁵ Si bien tanto el proyecto de Arias de Miranda como la Proposición de Ley de Montero Ríos admitían la previa declaración de la responsabilidad del menor por parte del Tribunal, la principal diferencia entre ambos se hallaba en que ésta última “extiende la acción de los Tribunales para niños a toda clase de delitos cometidos por los menores de quince años, mientras que aquel la limitaba a los delitos castigados en el Código penal con penas correccionales, pero no a las castigados con penas aflictivas” Cfr. ROCCA, T.: Historia de la obra de los Tribunales de menores en España, cit., p. 85.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 84.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

Lo que constituye el punto de partida de la Jurisdicción de menores en España, y sin duda, un hito histórico en la evaluación del tratamiento de los menores infractores, es la Ley de Bases de 2 de agosto de 1918 sobre organización y atribuciones del primer Tribunal de Menores, obra y mérito del que fuera Fiscal del Tribunal Supremo D. Avelino MONTERO-RÍOS y VILLEGAS²⁴⁷, cuyas ideas consistían en apartar al menor del derecho penal común y crear para él una jurisdicción especial.

La Ley de Bases de 1918, desarrollada por Real Decreto de 25 de noviembre de 1918, y completado con el Reglamento de 16 de junio de 1919, ha sido considerada el primer y más alto exponente de la influencia del positivismo en la regulación penal española²⁴⁸, de hecho, servirá de modelo a la posterior LTTM de 1948.

Por lo que respecta al procedimiento, la Ley de 2 de agosto de 1918, que fijaba el límite de edad penal en quince años, prescindía de toda formalidad y ritualismo procesal típico de la actividad jurisdiccional²⁴⁹, hasta el punto que el juez de menores no tenía que someterse a regla alguna de carácter

²⁴⁷ Cfr. COVIAN Y JUNCO: Memoria elevada al Gobierno de S.M. en la solemne apertura de los Tribunales el día 16 de septiembre de 1918. Madrid, 1918, p. L; GUALLART Y LÓPEZ DE GOICOCHEA, J.: El derecho penal de los menores. Los tribunales para niños, cit., p. 153; y VENTURA FACI, R.: “El menor como agente del delito”, cit., p. 167, quien califica a la Ley de Bases de 2 de Agosto de 1918 como “Ley Montero Ríos”.

²⁴⁸ Cfr. GONZALEZ ZORILLA, C.: “La justicia de menores en España”, epílogo del libro DE LEO, G.: La justicia de menores. La delincuencia juvenil y sus instituciones, cit., p. 120.

²⁴⁹ Esta Ley se limitaba a sentar bases, concretamente en la cuarta se prescribía: “en los procedimientos para enjuiciar a los delincuentes menores de quince años, el Tribunal no se someterá a las reglas procesales vigentes, limitándose la sustanciación a lo indispensable para puntualizar los hechos en que hayan de fundarse las resoluciones que se adopten (...)”. Cfr. COVIAN JUNCO: Memoria elevada al Gobierno de S. M. en la solemne apertura de los Tribunales el día 16 de septiembre de 1918, cit., p.L.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

jurídico, al ser su misión de carácter esencialmente paternal y estar dirigida a prestar atención a las condiciones morales del menor, lo que permitía la aplicación de medidas de carácter educativo, moral y religioso sin que pudiesen concurrir a las sesiones más que el Juez, el Secretario y algún delegado de Protección a la infancia²⁵⁰.

Surgiría a partir de esta fecha un sistema imperfecto e incoherente, obsesionado con la idea de sustraer a los menores del Derecho penal, que dará lugar a un sistema en el que se mezclará, sin orden, ni criterio, aspectos disciplinares, como si por sí mismos tuvieran entidad suficiente, olvidando que, en todo caso, siempre han de aplicarse en función del Derecho y subordinación a él²⁵¹.

Con admirada sagacidad, ya se percató CUELLO CALÓN en 1917 de lo que posteriormente sucedería, esto es, del peligro de aplicar a los menores infractores medidas correctivas o educadoras de forma indiscriminada. Resume apropiadamente cuando queremos expresar sobre este particular las siguientes palabras del susodicho tratadista:

“Pero como hoy la pena, si puede llamarse así por lo menos para los menores, no es propiamente pena, ni mal, ni castigo, no es de temer que se abuse de ella y se cause un perjuicio al penado”²⁵².

Como ya apuntara inicialmente GUALLART y LÓPEZ DE GOICOECHEA²⁵³, fue en 1920 cuando se creó por primera vez en Tribunal de

²⁵⁰ Cfr. MONTERO RÍOS, A.: Antecedentes y comentarios a la Ley de Tribunales para niños, cit., pp.30-37.

²⁵¹ Cfr., al respecto, MENDIZÁBEL OSES, L.: Derecho de menores. Teoría General, Madrid, 1977, p. 365.

²⁵² Cfr. CUELLO CALON, E.: Tribunales para niños, cit., p. 104

²⁵³ Cfr. GUALLART Y LÓPEZ DE GOICOECHEA, J.: El derecho penal de los menores. Los tribunales para niños, cit., p. 153.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

Menores, denominado entonces para niños, concretamente en Amurrio (Vizcaya)²⁵⁴, extendiéndose posteriormente estos Tribunales por las diferentes provincias españolas²⁵⁵ como jurisdicción no especializada, si no especial, en el sentido de su naturaleza híbrida, de tipo administrativo – judicial²⁵⁶.

Por Decreto – Ley de 15 de Julio de 1925, la citada Ley de Bases sufrió sus primeras reformas, ampliando desde entonces su competencia hasta los dieciséis años, con la excepción de los menores enrolados en los Ministerios de Guerra o de Marina, e imponiendo, además, los beneficios de la condena condicional, aunque no se diesen las condiciones normalmente exigibles para esta institución, cuando el reo fuese mayor de nueve años y menor de dieciséis²⁵⁷. Por otra parte, el citado Decreto – Ley añadió al término Tribunal el calificativo de “tutelar”²⁵⁸, dejando sentado, de este modo, la función correctiva, educativa y disciplinaria que los Tribunales de Menores estaban obligados a desempeñar.

Posteriormente, al objeto de lograr una equiparación con los preceptos del Código penal, se dictó un Decreto – Ley y un Reglamento, ambos de fecha 3 de febrero de 1929. Estas disposiciones constituirán la reforma más

²⁵⁴ Cfr. MIRET MAGDALENA, E.: *Hacia una Ley española del menor*, cit. P. 10; URRA PORTILLO, J.: “Respuesta social al joven infractor. Metalegislación” en *Política criminal comparada, hoy y mañana*, en CDJ, núm. IX, CGPJ, 1998, p. 213; GRACIA MARTIN, L. /BOLDOVA PASAMAR, M.A./ALASTUEY DOBON, M.C.: *Lecciones de consecuencia jurídica del delito*, cit., p. 346.

²⁵⁵ Como Tarragona, también en 1920, y Barcelona y Zaragoza en 1921, hasta obtener la obertura legal. Cfr. MARTIN OSTOS, J.: *Jurisdicción de menores*, cit., p. 130.

²⁵⁶ Cfr. URRA PORTILLO, J.: “Respuesta social al joven infractor. Metalegislación”, cit., p. 213.

²⁵⁷ Cfr. JIMENEZ DE ASÚA, L.: *La delincuencia juvenil y los Tribunales para niños*, cit., p. 11, y CASTEJON, F.: *Comentarios científicos – prácticos al Código penal de 1870*, vol. II, cit., p. 391.

²⁵⁸ Cfr. SANCHEZ MARTINEZ, F.: *Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores. Ley 4/1992*, cit., p-63.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

importante de la Ley de bases de 1918 toda vez que, como destaca RÍOS MARTÍN²⁵⁹, además de lograr una adaptación de la Ley al citado Código penal, se recogieron algunas enseñanzas prácticas que sirvieron para mejorar la actuación de los Tribunales. Las citadas disposiciones, dictadas en los últimos tiempos del régimen autocrático del general Primo de Rivera, fueron posteriormente reformadas por los Decretos de 16 y 30 de junio de 1931²⁶⁰, y declaradas Leyes de la República por Ley de 15 de septiembre de 1931²⁶¹.

Revisada la legislación en el periodo franquista, se dictó la Ley de 11 de Mayo de 1942 sobre infanticidio y abandono de niños, y la de 27 de septiembre de ese mismo año, por lo que se amplió el artículo 578 del Código penal con varias figuras ordenadas a la protección de los menores²⁶². Sin embargo la Ley más importante promulgada durante el Gobierno del General Franco fue la LTTM de 13 de diciembre de 1940, y el Reglamento de 22 de julio de 1942. Posteriormente, por Decreto de 11 de junio de 1948²⁶³ se aprobó el texto Refundido de la LTTM de 1948 y el Reglamento para su ejecución²⁶⁴. Su finalidad fue sistematizar la diversidad de disposiciones que regulaban el funcionamiento de estas instituciones y armonizar dicha legislación especial con los preceptos del Código penal de 1944²⁶⁵.

Por último, señalar que desde la promulgación de la Ley de Bases de 1918 hasta la LTTM de 1948 la situación de los tribunales tutelares en

²⁵⁹ Cfr. RÍOS MARTÍN, J.C.: El menor infractor ante la Ley penal, cit., p. 103

²⁶⁰ Cfr. ANTÓN ONECA, J.: Derecho penal, cit., p. 317

²⁶¹ Cfr. DEL ROSAL BLASCO, B.: “Joven delincuente y Derecho penal”, cit., p. 1044

²⁶² Cfr. ANTÓN ONECA, J.: cit., p. 82

²⁶³ BOEM núm. 201, de 19 de julio de 1948

²⁶⁴ Cfr. LANDROVE DÍAZ G.: Introducción al derecho penal español, cit., p. 73

²⁶⁵ Cfr. ANTÓN ONECA, J.: cit., p. 318

general no cambia, pese a los diversos regímenes políticos y a las muy diferentes circunstancias sociales y económicas vividas. Como es lógico, sí sufrirían cambios los principios que rigen la actuación de dichos Tribunales, así como la designación de los miembros que los componen, pero, en realidad, los aspectos procesales no experimentarán cambios dignos de mención.

1.4. MODELOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE JUSTICIA PENAL DE MENORES

Cualquier modelo de intervención sobre menores no puede quedar al margen de lo que en el marco del Derecho internacional y europeo se suscita. Por ello resulta necesario realizar un breve análisis del marco legal supranacional referido a las directrices que la comunidad internacional estima que deben seguir los estados para intervenir frente a la comisión de ilícitos penales por menores de edad.

Si bien es cierto que con anterioridad a la década de los años 80 se fueron elaborando numerosas declaraciones internacionales referidas sobre todo al reconocimiento de los derechos del menor²⁶⁶, no será hasta esa década

²⁶⁶ La actitud protectora respecto de los menores, que como se ha mencionado nace a finales del siglo **XIX**, encontró su expresión más general en la Declaración de los Derechos de los niños de Ginebra en 1928. Este texto por primera vez enuncia específicamente algunos derechos del niño. Posteriormente Naciones Unidas aprueba el 10 de diciembre de 1948 en New York una nueva declaración universal de los derechos del hombre que en artículo 25 declara que «la maternidad y la infancia tienen derecho a especiales cuidados y asistencia y que todos los niños nacidos fuera del matrimonio, deben gozar de la protección social. Posteriormente la ONU en el año 1959 elaboró una nueva declaración de los derechos del niño que agrupa en diez puntos los derechos fundamentales que deben ser reconocidos y garantizados a los menores. Esta anunciación abstracta de los derechos del menor se concretó posteriormente en la Convención de las Naciones Unidas sobre derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, en cuyos artículos 37 y 40 recoge los aspectos referentes a la justicia de menores; sobre esta evolución, PERUCHI, M., *Bamb adolescenti di fronte alta legge*, Casa editrice nuove ricerche, Ancona, 1994, páginas 1 CARLO MORO, A., *Manuale di diritto minorile*,

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

cuando se sienten las bases de los nuevos modelos legales en materia de justicia de menores²⁶⁷, que se han gestado y establecido tras la aparición de distintos textos internacionales que versan sobre la mencionada materia: Las «Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores», aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas el 29 de noviembre de 1985 e introducidas en el Anexo a su Resolución 40/33 — conocidas como *Reglas Beijing*»²⁶⁸—; la Recomendación número 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 17 de septiembre de 1987 sobre: «Reacciones sociales ante la Delincuencia juvenil», la «Convención sobre los Derechos del Niño», adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989²⁶⁹ y finalmente las Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil – conocidas como Directrices de Riad—, aprobadas por Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 45/112, de 1990.

De los mencionados textos, sólo la Convención de los Derechos del Niño forma parte del Ordenamiento jurídico interno ya que ratificado por España el 30 de noviembre de 1990²⁷⁰, siendo por tanto de aplicación directa conforme a

Zanichelli, Bologna, 1996, página 9; GANDULFO, Z., «Prevención del delito y tratamiento...», ob. cit., páginas 448-449.

²⁶⁷ El decenio de 1980-1990 ha estado marcado por la aparición de diversos derechos fundamentales de alcance supranacional o de alcance general, véase ZERMATTEN, J., á l'évolution des droits de l'enfant, quel système judiciaire: Système de protecti système de justice?, Revue intemationale ele criminologie et de pólíce technique, 2/9 gina 165; sobre la historia de la génesis de Naciones Unidas en el ámbito de la prevención de la delincuencia juvenil y de la Justicia penal; también SHÜLER-SPRINGORUM, H. instruments des Nations Unies...», ob. cit., páginas 153-156.

²⁶⁸ Por ser en esta ciudad China donde tuvo lugar la reunión interregional donde se enmendó y aprobó el Proyecto de Reglas mínimas.

²⁶⁹ Estos Textos internacionales vienen recogidos en CALATAYUD PÉREZ, E./MUÑO J. R./RAMOS ARIZA, M. C., Legislación básica sobre menores infractores, Granada, también ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R., Derecho penal de menores, ob. cit., páginas 47-5

²⁷⁰ BOE de 31 de diciembre de 1990

los artículos 10.2 de la Constitución y 1.5 del Código Civil. Los dos primeros textos, si bien no tienen carácter vinculante para el legislador, sí deberán inspirar la acción de los poderes públicos en materia de Justicia de menores tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional²⁷¹.

1.4.1. Las reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (reglas Beijing)

Representan las condiciones mínimas elaboradas y aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas con el objeto de servir de marco a los diversos estados en orden a que éstos, siempre que sea necesario, «*adapten su legislación, sus políticas y sus prácticas nacionales a las Reglas de Beijing*»²⁷², y procuren «*promulgar un conjunto de leyes, normas y disposiciones aplicables específicamente a los menores delincuentes*» (Regla 2.3). Es este sentido, se ha afirmado que son una clase de codificación de la administración de la justicia para los menores que versan sobre las sanciones y procedimientos, y trazan el camino que va desde la identificación de los jóvenes autores (Regla 10), hasta su reintegración en la sociedad (Regla 29)²⁷³.

Con el reconocido propósito de que las mismas puedan tener cabida en todos los estados que funcionan en el marco de condiciones nacionales y estructuras jurídicas diferentes²⁷⁴, las Reglas no establecen un

²⁷¹ En líneas generales, existe legislación internacional dedicada a la protección de menores, a la delincuencia juvenil y a los menores privados de libertad. Junto a los tres mencionados podemos destacar las Reglas para la protección de menores privados de libertad, de 14 de diciembre de 1990 y las Directrices para la delincuencia juvenil, (Directrices Riad)», Fundamento jurídico 5º, in fine de la sentencia 36/1991, de 14 de febrero.

²⁷² Apartado 5 de la Resolución 40/33 de la Asamblea General en donde se incluyen, mediante Anexo, las mencionadas Reglas.

²⁷³ SCHÜLER-SPRINGORUM, H., «Les instruments des Nations Unies...», ob. cit. página 157.

²⁷⁴ La Regla 1.5. dispone que «Las presentes Reglas se aplicarán según el contexto de condiciones económicas, sociales y culturales que predominen en cada uno de los estos miembros»; se puede pensar en

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

modelo rígido de Justicia de menores, sino que están formuladas de tal manera que puedan ser aplicables en diferentes sistemas jurídicos. De ahí que se establezcan fórmulas y conceptos amplios y flexibles. Por ejemplo, al menor delincuente se le define en la Regla 2.2.c) como *«todo niño o joven al que se ha imputado la comisión de un delito o se le ha considerado culpable de la comisión de un delito»*, sin hacer referencia a límites de edad; o se amplía el ámbito de aplicación de éstas *«no sólo a los menores delincuentes, sino también a los menores que puedan ser procesados por realizar cualquier acto concreto que no sea punible tratándose del comportamiento de los adultos»* (Regla 3.1), en tanto que en diversos sistemas jurídicos nacionales se considera delito en los menores una gama comportamientos distinta, y por lo general, más amplia que en el caso de adultos; o que se haga referencia tanto a Autoridad judicial, funcionario o personal *«encargado de administrar la justicia de menores»*, ya que estos operadores, según el país, pueden tener orígenes muy diversos²⁷⁵.

Las líneas directrices básicas de las Reglas de Beijing se pueden concretar en los siguientes puntos.

Tras establecer en su «Primera parte» una serie de principios generales, entre los que se alude a las necesarias políticas sociales como medida preventiva de la comisión de delitos que permitirían reducir al mínimo el

tres ejemplos ilustrativos: no todas las legislaciones tienen el mismo límite de edad a partir del cuál se puede exigir responsabilidad penal; determinadas conductas pueden ser constitutivas de delito o falta en un país y en cambio otro no; o a nivel procesal, en una legislación puede regir el principio de legalidad y en ¹⁰en otra el principio de oportunidad.

²⁷⁵ Así, el comentario a la Regla 22.1 recuerda que en el Reino Unido e Irlanda Norte, son jueces municipales; jueces con formación jurídica en los países que siguen el derecho romano; finalmente, en otras regiones se trata de personas con formación jurídica o sin ella designadas por elección o por nombramiento administrativo, miembros las juntas de la comunidad, etc.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

número de casos en que deba de intervenir el sistema de justicia de menores²⁷⁶, y designar su ámbito subjetivo de aplicación²⁷⁷, como objetivos fundamentales:

Responder a las diversas necesidades de los menores delincuentes (Regla 2.3), a cuyos efectos se recomienda la continua especialización del personal que deba intervenir (Reglas 12 y 22.1), así como la elaboración de informes sobre «*el medio social y las condiciones en que se desarrolla la vida del menor y sobre las circunstancias en las que se hubiere cometido el delito*» (Regla 16.1).

Al mismo tiempo, se deben proteger sus derechos y garantías individuales básicas en todas las etapas del procedimiento entre las que menciona: «*La presunción de inocencia, el derecho al asesoramiento, a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, a la presencia de los padres o tutores, a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos, y el derecho de apelación ante una autoridad superior*» (Reglas 2.3 y 7); garantizar que cualquier respuesta a los menores delincuentes sea en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito (Regla 5), esto es, el Principio de proporcionalidad, con objeto de «*evitar cualquier ampliación indebida de la red de control social oficial sobre menores*»²⁷⁸.

²⁷⁶ En este sentido, la Regla 1.3. señala que: «Con objeto de promover el bienestar del menor, a fin de reducir la necesidad de intervenir con arreglo a la Ley, y de someter a tratamiento efectivo, humano y equitativo, al menor que tenga problemas con la Ley, se concederá la debida importancia a la adopción de medidas concretas que permitan realizar plenamente todos los recursos disponibles, con inclusión de la familia, los voluntarios y otros grupos de carácter comunitario, así como las escuelas y otras institución la comunidad».

²⁷⁷ Definiendo al menor como: «todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, pueda ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto» (Regla 2.2.a), si bien se recomienda que: «la mayoría de edad penal no se fije a una edad en la que el menor no sea lo suficientemente maduro emocional, mental e intelectualmente (Regla 4); y «extender el alcance de los principios contenidos en las Reglas a los delincuentes adultos jóvenes» (Regla 3.3).

²⁷⁸ Conforme expresa el comentario a la citada Regla 5.

No olvida el texto hacer mención, como uno de los objetivos de la llamada justicia de menores, a la protección a los bienes jurídicos y defensa social cuando expresa que debe contribuir, tanto a la protección de los jóvenes, como «*al mantenimiento del orden pacífico de la sociedad*», así como a «*satisfacer las necesidades de la sociedad*» [Reglas 1.4 y 2.3.b)], respectivamente.

En relación a las medidas a adoptar frente a los menores que han delinquido, y con objeto de evitar al máximo el internamiento del menor, se recomienda que exista una amplia gama de medidas entre las que se citan la Libertad vigilada; las órdenes de prestación de servicios a la comunidad; las órdenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos, etc., (Regla 18); y el establecimiento de programas de «diversión» (Regla 11). Se recomienda que la aplicación de la privación de libertad con carácter preventivo se utilice como último recurso, en el plazo más breve posible, con todas las garantías y cuya ejecución deberá realizarse en centros separados de los adultos (Regla 13). La respuesta que se dé ha de ser siempre proporcionada al delito y a las circunstancias personales del menor, desaconsejándose las medidas privativas de libertad, salvo en los casos graves en que concurra violencia contra las personas o por reincidencia en la comisión de conductas graves, y siempre que no exista otra respuesta más apropiada (Regla 17), debiendo en tal caso estar separados de los adultos (Regla 26).

1.4.2. La Convención sobre los Derechos del Niño

El Preámbulo del Convenio, tras recordar los principios fundamentales de las Naciones Unidas y las disposiciones precisas de algunos tratados y declaraciones relativos a los derechos del hombre en general entre los que expresamente menciona las «Reglas de Beijing», reafirma la necesidad de proporcionar a los niños cuidado y asistencia especial en razón de su

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

vulnerabilidad²⁷⁹. Subraya de manera especial, la responsabilidad primordial de la familia en lo que respecta a la protección y la asistencia, la necesidad de una protección jurídica y no jurídica, la importancia del respeto de los valores culturales de la comunidad del niño y el papel crucial de la cooperación internacional para que los derechos del niño se hagan realidad.

A lo largo de su articulado, además de establecer de modo general todos los derechos de los menores²⁸⁰, se refiere en sus artículos 37 y 40 al régimen penal de los menores, fundamentándolo en el sistema garantístico en todas las situaciones de la vida del menor²⁸¹. En efecto, la Convención de los Derechos del Niño recoge una serie de disposiciones objeto de tutelar al niño que «sea considerado, acusado o declarado culpable de infringir las Leyes penales», entendiéndose por niño a «todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que en virtud de la Ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad» (artículo 1), y recomienda a los estados «establecer una edad mínima antes de la cual se supondrá que los niños no tienen capacidad para infringir las Leyes penales ».

Para los menores que hayan sido acusados o declarados culpables, se les reconoce el derecho a que se respeten sus derechos fundamentales y en particular, el derecho a beneficiarse de un procedimiento equitativo²⁸² rodeado de todas las garantías, a través de los siguientes principios:

²⁷⁹ Señala textualmente el Preámbulo que: «el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, antes como después del nacimiento»; al respecto, FAYA BARRIOS, A. L., «La protección internacional del menor», Protección jurídica del menor, Granada, 1997, páginas 255-26.

²⁸⁰ Derecho a la vida (artículo 6); derecho al nombre y a una nacionalidad derecho a expresar su opinión (artículo 12); libertad de expresión, de pensamiento, conciencia y religión (artículos 13 y 14); libertad de asociación (artículo 15); protección de su vida privada (artículo 16), etc.

²⁸¹ FELLINI GANDULFO, Z., «Prevención del delito y tratamiento...», ob. cit., página en opinión de esta autora los artículos 37 y 40 de la Convención «contienen normas de Derecho penal en opuesta contradicción a los presupuestos de las medidas, a las medidas y a los procedimientos para su ejecución que aún subsisten en los llamados modelos tutelares».

²⁸² Si bien muestra su preferencia por no recurrir a procedimientos judiciales, pero siempre que los mismos «respeten plenamente los derechos humanos y las garantías jurídicas» (artículo 40.3.b).

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

- El principio de legalidad, al establecer el artículo 40.2.a) que *«Ningún niño sea considerado, acusado o declarado culpable de infringir las Leyes penales por actos u omisiones que no estaban “prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron».*
- El principio de proporcionalidad en el *momento* de imposición de la medida, en virtud del cuál la consecuencia jurídica que se imponga deberá guardar una justa proporción, tanto con las circunstancias del menor, como con el hecho (artículo 40.4, infine).
- El principio de presunción de inocencia, en virtud del cual *«se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la Ley»* [artículo 40 b.i)].
- El derecho de defensa recogido en el artículo 40 b.ii), que señala que *«(...) dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia adecuada en la preparación y presentación de su defensa».*
- El derecho a un Juez imparcial e independiente, y a la posibilidad de interponer los recursos que estime oportunos contra la decisión del mismo frente a una autoridad u órgano judicial superior independiente e imparcial [artículos 40.b.iii), y 40.fc.vj],
- El derecho de no poder ser obligado a prestar testimonio ni a declararse culpable, y el de poder presentar e interrogar a sus propios testigos [artículo 40.b.iv).

Respecto de las medidas, la Convención establece la necesidad de disponer de diversas medidas alternativas al internamiento, tales como la libertad vigilada, la colocación en otra familia, etc. (artículo 40.4). Finalmente, la Convención de los Derechos del Niño introduce la desjudicialización, exigiendo en su artículo 40.3.2?) a los diversos estados que articulen los mecanismos necesarios para que cuando se estime conveniente puedan adoptar medidas para los menores infractores sin necesidad de recurrir a procesos judiciales.

1.4.3. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad.

Tienen como principal objeto el respetar los derechos y la seguridad de los menores, así como fomentar su bienestar físico y mental. En ella, el encarcelamiento se deberá usar como último recurso. Para los menores privados de su libertad en cualquiera de sus formas, se fomentará en todo momento la protección de los mismos, con miras a contrarrestar los efectos perjudiciales de todo tipo de detención y animará la integración a la sociedad.

Las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los menores privados de su libertad se deberán aplicar imparcialmente a todos los menores, sin que obre discriminación alguna por motivo de color, raza, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política, prácticas o creencias culturales, patrimonio, nacimiento, situación de familia, origen étnico o social o incapacidad; asimismo, se respetarán las creencias religiosas y culturales, así como las prácticas y preceptos morales de los menores.

Están concebidas para servir de patrones prácticos de referencia y para brindar alicientes y orientación a los profesionales que participen en la

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

administración del sistema de justicia de menores; cuando corresponda, los Estados deberán incorporarlas a su legislación o modificarla en consecuencia y establecer recursos eficaces en caso de inobservancia, incluida la indemnización en los casos en que se causen perjuicios a los menores. Es obligación de cada Estado la aplicación de las Reglas.

Para finalizar, cabe destacar que ninguna de las disposiciones contenidas en sus apartados, deberán interpretarse de manera que excluya la aplicación de los instrumentos y normas pertinentes de las Naciones Unidas ni de los referentes a los derechos humanos, reconocidos por la comunidad internacional, que velen mejor por los derechos, la atención y la protección de los menores, de los niños y de todos los jóvenes.

A efectos de las presentes Reglas, deben aplicarse las siguientes definiciones:

- Se entiende por menor toda persona de menos de dieciocho años de edad. La edad límite por debajo de la cual no se permitirá privar de la libertad a un niño debe fijarse por la ley;
- Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública.

La protección de los derechos individuales de los menores por lo que respecta especialmente a la legalidad de la ejecución de las medidas de detención será garantizada por la autoridad competente, mientras que los objetivos de integración social deberán garantizarse mediante inspecciones regulares y otras formas de control llevadas a cabo de conformidad con las

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

normas internacionales, la legislación y los reglamentos nacionales, por un órgano debidamente constituido que esté autorizado para visitar a los menores y que no pertenezca a la administración del centro de detención.

Las reglas serán aplicadas en el contexto de las condiciones económicas, sociales y culturales imperantes en cada Estado Miembro.

1.4.4. Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil.

Adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990.

Principios fundamentales

La prevención de la delincuencia juvenil es parte esencial de la prevención del delito en la sociedad. Si los jóvenes se dedican a actividades lícitas y socialmente útiles, se orientan hacia la sociedad y enfocan la vida con criterio humanista, pueden adquirir actitudes no criminógenas.

Para poder prevenir eficazmente la delincuencia juvenil es necesario que toda la sociedad procure un desarrollo armonioso de los adolescentes, y respete y cultive su personalidad a partir de la primera infancia.

A los efectos de la interpretación de las presentes Directrices, se debe centrar la atención en el niño. Los jóvenes deben desempeñar una función activa y participativa en la sociedad y no deben ser considerados meros objetos de socialización o control.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

En la aplicación de las presentes Directrices y de conformidad con los ordenamientos jurídicos nacionales, los programas preventivos deben centrarse en el bienestar de los jóvenes desde su primera infancia.

Deberá reconocerse la necesidad y la importancia de aplicar una política progresista de prevención de la delincuencia, así como de estudiar sistemáticamente y elaborar medidas pertinentes que eviten criminalizar y penalizar al niño por una conducta que no causa graves perjuicios a su desarrollo ni perjudica a los demás. La política y las medidas de esa índole deberán incluir:

La creación de oportunidades, en particular educativas, para atender a las diversas necesidades de los jóvenes y servir de marco de apoyo para velar por el desarrollo personal de todos los jóvenes, en particular de aquellos que están patentemente en peligro o en situación de riesgo social y necesitan cuidado y protección especiales;

La formulación de doctrinas y criterios especializados para la prevención de la delincuencia, basados en las leyes, los procesos, las instituciones, las instalaciones y una red de servicios, cuya finalidad sea reducir los motivos, la necesidad y las oportunidades de comisión de las infracciones o las condiciones que las propicien;

Una intervención oficial que se guíe por la justicia y la equidad, y cuya finalidad primordial sea velar por el interés general de los jóvenes;

La protección del bienestar, el desarrollo, los derechos y los intereses de todos los jóvenes;

El reconocimiento del hecho de que el comportamiento o la conducta de los jóvenes que no se ajustan a los valores y normas generales de

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

la sociedad son con frecuencia parte del proceso de maduración y crecimiento y tienden a desaparecer espontáneamente en la mayoría de las personas cuando llegan a la edad adulta;

La conciencia de que, según la opinión predominante de los expertos, calificar a un joven de “extraviado”, “delincuente” o “pre delincuente” a menudo contribuye a que los jóvenes desarrollen pautas permanentes de comportamiento indeseable.

Deben crearse servicios y programas con base en la comunidad para la prevención de la delincuencia juvenil, sobre todo si no se han establecido todavía organismos oficiales. Sólo en última instancia ha de recurrirse a organismos oficiales de control social.

Alcance de las Directrices

Las presentes Directrices deberán interpretarse y aplicarse en el marco general de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración de los Derechos del Niño, y la Convención sobre los Derechos del Niño, y en el contexto de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), así como de otros instrumentos y normas relativos a los derechos, los intereses y el bienestar de todos los menores y jóvenes.

Deberán igualmente aplicarse en el contexto de las condiciones económicas, sociales y culturales imperantes en cada uno de los Estados Miembros.

Prevención general

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

Deberán formularse en todos los niveles del gobierno planes generales de prevención que, entre otras cosas, comprendan:

Análisis a fondo del problema y reseñas de programas y servicios, facilidades y recursos disponibles;

Funciones bien definidas de los organismos, instituciones y personal competentes que se ocupan de actividades preventivas;

Mecanismos para la coordinación adecuada de las actividades de prevención entre los organismos gubernamentales y no gubernamentales;

Políticas, estrategias y programas basados en estudios de pronósticos que sean objeto de vigilancia permanente y evaluación cuidadosa en el curso de su aplicación;

Métodos para disminuir eficazmente las oportunidades de cometer actos de delincuencia juvenil;

Participación de la comunidad mediante una amplia gama de servicios y programas;

Estrecha cooperación interdisciplinaria entre los gobiernos nacionales, estatales, provinciales y municipales, con la participación del sector privado, de ciudadanos representativos de la comunidad interesada y de organismos laborales, de cuidado del niño, de educación sanitaria, sociales, judiciales y de los servicios de aplicación de la ley en la adopción de medidas coordinadas para prevenir la delincuencia juvenil y los delitos de los jóvenes.

Participación de los jóvenes en las políticas y en los procesos de prevención de la delincuencia juvenil, incluida la utilización de los recursos

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

comunitarios, y la aplicación de programas de autoayuda juvenil y de indemnización y asistencia a las víctimas;

Personal especializado en todos los niveles.

Procesos de socialización

Deberá prestarse especial atención a las políticas de prevención que favorezcan la socialización e integración eficaces de todos los niños y jóvenes, en particular por conducto de la familia, la comunidad, los grupos de jóvenes que se encuentran en condiciones similares, la escuela, la formación profesional y el medio laboral, así como mediante la acción de organizaciones voluntarias. Se deberá respetar debidamente el desarrollo personal de los niños y jóvenes y aceptarlos, en pie de igualdad, como copartícipes en los procesos de socialización e integración.

La familia

Toda sociedad deberá asignar elevada prioridad a las necesidades y el bienestar de la familia y de todos sus miembros.

Dado que la familia es la unidad central encargada de la integración social primaria del niño, los gobiernos y la sociedad deben tratar de preservar la integridad de la familia, incluida la familia extensa. La sociedad tiene la obligación de ayudar a la familia a cuidar y proteger al niño y asegurar su bienestar físico y mental. Deberán prestarse servicios apropiados, inclusive de guarderías.

Los gobiernos deberán adoptar una política que permita a los niños criarse en un ambiente familiar de estabilidad y bienestar. Deberán facilitarse

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

servicios adecuados a las familias que necesiten asistencia para resolver situaciones de inestabilidad o conflicto.

Cuando no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar, los intentos de la comunidad por ayudar a los padres en este aspecto hayan fracasado y la familia extensa no pueda ya cumplir esta función, se deberá recurrir a otras posibles modalidades de colocación familiar, entre ellas los hogares de guarda y la adopción, que en la medida de lo posible deberán reproducir un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y, al mismo tiempo, crear en los niños un sentimiento de permanencia, para evitar los problemas relacionados con el “desplazamiento” de un lugar a otro.

Deberá prestarse especial atención a los niños de familias afectadas por problemas criados por cambios económicos, sociales y culturales rápidos y desiguales, en especial a los niños de familias indígenas o de inmigrantes y refugiados. Como tales cambios pueden perturbar la capacidad social de la familia para asegurar la educación y crianza tradicionales de los hijos, a menudo como resultado de conflictos culturales o relacionados con el papel del padre o la madre, será necesario elaborar modalidades innovadoras y socialmente constructivas para la socialización de los niños.

Se deberán adoptar medidas y elaborar programas para dar a las familias oportunidad de aprender las funciones y obligaciones de los padres en relación con el desarrollo y el cuidado de sus hijos, para lo cual se fomentarán relaciones positivas entre padres e hijos, se hará que los padres cobren conciencia de los problemas de los niños y los jóvenes se fomentará la participación de los jóvenes en las actividades familiares y comunitarias.

Los gobiernos deberán adoptar medidas para fomentar la unión y la armonía en la familia y desalentar la separación de los hijos de sus padres, salvo

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

cuando circunstancias que afecten al bienestar y al futuro de los hijos no permita otra opción viable.

Al garantizar el derecho de los niños a una socialización adecuada, los gobiernos y otras instituciones deben basarse en los organismos sociales y jurídicos existentes pero, cuando las instituciones y costumbres tradicionales resulten insuficientes, deberán también prever y permitir medidas innovadoras.

La educación

Los gobiernos tienen la obligación de dar a todos los jóvenes acceso a la enseñanza pública.

Los sistemas de educación, además de sus posibilidades de formación académica y profesional, deberán dedicar especial atención a:

Enseñar los valores fundamentales y fomentar el respeto de la identidad propia y de las características culturales del niño, de los valores sociales del país en que vive el niño, de las civilizaciones diferentes de la suya y de los derechos humanos y libertades fundamentales;

Fomentar y desarrollar en todo lo posible la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física de los jóvenes;

Lograr que los jóvenes participen activa y eficazmente en el proceso educativo en lugar de ser meros objetos pasivos de dicho proceso;

Desarrollar actividades que fomenten un sentimiento de identidad y pertenencia a la escuela y la comunidad;

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

Alentar a los jóvenes a comprender y respetar opiniones y puntos de vista diversos, así como las diferencias culturales y de otra índole;

Suministrar información y orientación en lo que se refiere a la formación profesional, las oportunidades de empleo y posibilidades de carrera;

Proporcionar apoyo emocional positivo a los jóvenes y evitar el maltrato psicológico;

Evitar las medidas disciplinarias severas, en particular los castigos corporales.

Los sistemas de educación deberán tratar de trabajar en cooperación con los padres, las organizaciones comunitarias y los organismos que se ocupan de las actividades de los jóvenes.

Deberá darse información a los jóvenes y a sus familias sobre la ley y sus derechos y obligaciones con respecto a la ley, así como sobre el sistema de valores universales, incluidos los instrumentos de las Naciones Unidas.

Los sistemas de educación deberán cuidar y atender de manera especial a los jóvenes que se encuentren en situación de riesgo social. Deberán prepararse y utilizarse plenamente programas de prevención y materiales didácticos, planes de estudios, criterios e instrumentos especializados.

Deberá prestarse especial atención a la adopción de políticas y estrategias generales de prevención del uso indebido, por los jóvenes, del alcohol, las drogas y otras sustancias. Deberá darse formación y dotarse de medios a maestros y otros profesionales a fin de prevenir y resolver estos problemas. Deberá darse a los estudiantes información sobre el empleo y el uso indebido de drogas, incluido el alcohol.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

Las escuelas deberán servir de centros de información y consulta para prestar atención médica, asesoramiento y otros servicios a los jóvenes, sobre todo a los que están especialmente necesitados y son objeto de malos tratos, abandono, victimización y explotación.

Se aplicarán diversos programas educativos para lograr que los maestros, otros adultos y los estudiantes comprendan los problemas, necesidades y preocupaciones de los jóvenes, especialmente de aquellos que pertenecen a grupos más necesitados, menos favorecidos, a grupos de bajos ingresos y a minorías étnicas u otros grupos minoritarios.

Los sistemas escolares deberán tratar de alcanzar y promover los niveles profesionales y educativos más elevados en lo que respecta a programas de estudio, métodos y criterios didácticos y de aprendizaje, contratación y formación de personal docente capacitado. Deberá practicarse una supervisión y evaluación regulares de los resultados, tarea que se encomendará a las organizaciones profesionales y a los órganos competentes.

En cooperación con grupos de la comunidad, los sistemas educativos deberán planificar, organizar y desarrollar actividades extracurriculares que sean de interés para los jóvenes.

Deberá prestarse ayuda especial a niños y jóvenes que tengan dificultades para cumplir las normas de asistencia, así como a los que abandonan los estudios.

Las escuelas deberán fomentar la adopción de políticas y normas equitativas y justas, y los estudiantes estarán representados en los órganos encargados de formular la política escolar, incluida la política disciplinaria, y participarán en la adopción de decisiones.

La comunidad

Deberán establecerse servicios y programas de carácter comunitario, o fortalecerse los ya existentes, que respondan a las necesidades, problemas, intereses e inquietudes especiales de los jóvenes y ofrezcan, a ellos y a sus familias, asesoramiento y orientación adecuados.

Las comunidades deberán adoptar o reforzar una amplia gama de medidas de apoyo comunitario a los jóvenes, incluido el establecimiento de centros de desarrollo comunitario, instalaciones y servicios de recreo, a fin de hacer frente a los problemas especiales de los menores expuestos a riesgo social. Esta forma de ayuda deberá prestarse respetando los derechos individuales.

Deberán establecerse servicios especiales para brindar alojamiento adecuado a los jóvenes que no puedan seguir viviendo en sus hogares o que carezcan de hogar.

Se organizarán diversos servicios y sistemas de ayuda para hacer frente a las dificultades que experimentan los jóvenes al pasar a la edad adulta. Entre estos servicios deberán figurar programas especiales para los jóvenes toxicómanos en los que se dé máxima importancia a los cuidados, el asesoramiento, la asistencia y a las medidas de carácter terapéutico.

Los gobiernos y otras instituciones deberán dar apoyo financiero y de otra índole a las organizaciones voluntarias que prestan servicios a los jóvenes.

En el plano local deberán crearse o reforzarse organizaciones juveniles que participen plenamente en la gestión de los asuntos comunitarios.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

Estas organizaciones deberán alentar a los jóvenes a organizar proyectos colectivos y voluntarios, en particular proyectos cuya finalidad sea prestar ayuda a los jóvenes que la necesiten.

Los organismos gubernamentales deberán asumir especialmente la responsabilidad del cuidado de los niños sin hogar o los niños de la calle y de proporcionarles los servicios que necesiten. Deberá hacerse fácilmente accesible a los jóvenes la información acerca de servicios locales, alojamiento, empleo y otras formas y fuentes de ayuda.

Deberá organizarse una gran variedad de instalaciones y servicios recreativos de especial interés para los jóvenes, a los que éstos tengan fácil acceso.

Los medios de comunicación

Deberá alentarse a los medios de comunicación a que garanticen que los jóvenes tengan acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales.

Deberá alentarse a los medios de comunicación a que den a conocer la contribución positiva de los jóvenes a la sociedad.

Deberá alentarse a los medios de comunicación a que difundan información relativa a la existencia en la sociedad de servicios, instalaciones y oportunidades destinados a los jóvenes.

Deberá instarse a los medios de comunicación en general, y a la televisión y al cine en particular, a que reduzcan al mínimo el nivel de pornografía, drogadicción y violencia en sus mensajes y den una imagen desfavorable de la violencia y la explotación, eviten presentaciones degradantes

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

especialmente de los niños, de la mujer y de las relaciones interpersonales y fomenten los principios y modelos de carácter igualitario.

Los medios de comunicación deberán percatarse de la importancia de su función y su responsabilidad sociales, así como de su influencia en las comunicaciones relacionadas con el uso indebido de drogas y alcohol entre los jóvenes. Deberán utilizar su poder para prevenir el uso indebido de drogas mediante mensajes coherentes con un criterio equilibrado. Deberán fomentar campañas eficaces de lucha contra las drogas en todos los niveles.

Política social

Los organismos gubernamentales deberán asignar elevada prioridad a los planes y programas dedicados a los jóvenes y suministrar suficientes fondos y recursos de otro tipo para prestar servicios eficaces, proporcionar las instalaciones y el personal para brindar servicios adecuados de atención médica, salud mental, nutrición, vivienda y otros servicios necesarios, en particular de prevención y tratamiento del uso indebido de drogas y alcohol, y cerciorarse de que esos recursos lleguen a los jóvenes y redunden realmente en beneficio de ellos.

Sólo deberá recluirse a los jóvenes en instituciones como último recurso y por el período mínimo necesario, y deberá darse máxima importancia a los propios intereses del joven. Los criterios para autorizar una intervención oficial de esta índole deberán definirse estrictamente y limitarse a las situaciones siguientes: a) Cuando el niño o joven haya sufrido lesiones físicas causadas por los padres o tutores; b) cuando el niño o joven haya sido víctima de malos tratos sexuales, físicos o emocionales por parte de los padres o tutores; c) cuando el niño o joven haya sido descuidado, abandonado o explotado por los padres o tutores; d) cuando el niño o joven se vea amenazado por un peligro físico o moral debido al comportamiento de los padres o tutores; y e) cuando se haya

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

manifestado en el propio comportamiento del niño o del joven un grave peligro físico o psicológico para el niño o el joven mismo y ni los padres o tutores, ni el propio joven ni los servicios comunitarios no residenciales puedan hacer frente a dicho peligro por otro medio que no sea la reclusión en una institución.

Los organismos gubernamentales deberán dar a los jóvenes oportunidad de continuar su educación a jornada completa, financiada por el Estado cuando los padres o tutores no los puedan mantener, y de adquirir experiencia profesional.

Los programas de prevención de la delincuencia deberán planificarse y ejecutarse sobre la base de conclusiones fiables que sean resultados de una investigación científica, y periódicamente deberán ser supervisados, evaluados y readaptados en consonancia con esas conclusiones.

Deberá difundirse entre la comunidad profesional y el público en general información científica acerca del tipo de comportamiento o de situación que pueda resultar en la victimización de los jóvenes, en daños y malos tratos físicos y psicológicos contra ellos o en su explotación.

La participación en todos los planes y programas deberá ser, en general, voluntaria. Los propios jóvenes deberán intervenir en su formulación, desarrollo y ejecución.

Los gobiernos deberán comenzar a estudiar o seguir estudiando, formulando y aplicando políticas, medidas y estrategias dentro y fuera del sistema de justicia penal para prevenir la violencia en el hogar contra los jóvenes o que los afecte, y garantizar un trato justo a las víctimas de ese tipo de violencia.

Legislación y administración de la justicia de menores

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

Los gobiernos deberán promulgar y aplicar leyes y procedimientos especiales para fomentar y proteger los derechos y el bienestar de todos los jóvenes.

Deberán promulgarse y aplicarse leyes que prohíban la victimización, los malos tratos y la explotación de los niños y jóvenes, así como su utilización para actividades delictivas.

Ningún niño o joven deberá ser objeto de medidas de corrección o castigo severos o degradantes en el hogar, en la escuela ni en ninguna otra institución.

Deberán aprobarse y aplicarse leyes para limitar y controlar el acceso de los niños y jóvenes a las armas de cualquier tipo.

A fin de impedir que prosiga la estigmatización, victimización y criminalización de los jóvenes, deberán promulgarse leyes que garanticen que ningún acto que no sea considerado delito ni sea sancionado cuando lo comete un adulto se considere delito ni sea objeto de sanción cuando es cometido por un joven.

Debería considerarse la posibilidad de establecer un puesto de mediador o un órgano análogo independiente para los jóvenes que garantice el respeto de su condición jurídica, sus derechos y sus intereses, así como la posibilidad de remitir los casos a los servicios disponibles. El mediador u otro órgano designado supervisarían además la aplicación de las Directrices de Riad, las Reglas de Beijing y las Reglas para la protección de los menores privados de libertad. El mediador u otro órgano publicarían periódicamente un informe sobre los progresos alcanzados y las dificultades encontradas en el proceso de

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

aplicación. Se deberían establecer también servicios de defensa jurídica del niño.

Deberá capacitarse personal de ambos sexos encargado de hacer cumplir la ley y de otras funciones pertinentes para que pueda atender a las necesidades especiales de los jóvenes; ese personal deberá estar al corriente de los programas y posibilidades de remisión a otros servicios, y recurrir a ellos en la medida de lo posible con el fin de sustraer a los jóvenes al sistema de justicia penal.

Deberán promulgarse y aplicarse estrictamente leyes para proteger a los niños y a los jóvenes del uso indebido de drogas y de los traficantes de droga.

Investigación, formulación de normas y coordinación

Se procurará fomentar la interacción y coordinación, con carácter multidisciplinario e intradisciplinario, de los organismos y servicios económicos, sociales, educativos y de salud con el sistema de justicia, los organismos dedicados a los jóvenes, a la comunidad y al desarrollo y otras instituciones pertinentes, y deberán establecerse los mecanismos apropiados a tal efecto.

Deberá intensificarse, en los planos nacional, regional e internacional, el intercambio de información, experiencia y conocimientos técnicos obtenidos gracias a los proyectos, programas, prácticas e iniciativas relacionadas con la delincuencia juvenil, la prevención de la delincuencia y la justicia de menores.

Deberá promoverse e intensificarse la cooperación regional e internacional en asuntos relativos a la delincuencia juvenil, la prevención de la

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

delincuencia juvenil y la justicia de menores, con la participación de profesionales, expertos y autoridades.

Todos los gobiernos, el sistema de las Naciones Unidas y otras organizaciones interesadas deberán apoyar firmemente la cooperación técnica y científica en asuntos prácticos relacionados con la formulación de normas, en particular en los proyectos experimentales, de capacitación y demostración, sobre cuestiones concretas relativas a la prevención de la delincuencia juvenil y de delitos cometidos por jóvenes.

Deberá alentarse la colaboración en las actividades de investigación científica sobre las modalidades eficaces de prevención de la delincuencia juvenil y de los delitos cometidos por jóvenes y difundirse ampliamente y evaluarse sus conclusiones.

Los órganos, institutos, organismos y oficinas competentes de las Naciones Unidas deberán mantener una estrecha colaboración y coordinación en distintas cuestiones relacionadas con los niños, la justicia de menores y la prevención de la delincuencia juvenil y de los delitos cometidos por jóvenes.

Sobre la base de las presentes Directrices, la Secretaría de las Naciones Unidas, en cooperación con las instituciones interesadas, deberá desempeñar un papel activo de la investigación, colaboración científica, formulación de opciones de política, y en el examen y supervisión de su aplicación, y servir de fuente de información fidedigna acerca de modalidades eficaces para la prevención de la delincuencia.

1.4.5. Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio).

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

Tiene como objetivos fundamentales la aplicación de medidas no privativas de la libertad, así como salvaguardias mínimas para las personas a quienes se aplican medidas sustitutivas de la prisión.

También, tienen como objeto fomentar una mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal, especialmente en lo que respecta al tratamiento del delincuente, así como fomentar entre los delincuentes el sentido de su responsabilidad hacia la sociedad.

Las citadas Reglas se aplicarán teniendo en cuenta las condiciones políticas, económicas, sociales y culturales de cada país, así como los propósitos y objetivos de su sistema de justicia penal. Los Estados miembros se esforzarán por alcanzar un equilibrio adecuado entre los derechos de los delincuentes, los derechos de las víctimas y el interés de la sociedad en la seguridad pública y la prevención del delito.

La autoridad judicial, que tendrá a su disposición una serie de sanciones no privativas de la libertad, al adoptar su decisión deberá tener en consideración las necesidades de rehabilitación del delincuente, la protección de la sociedad y los intereses de la víctima, quien será consultada cuando corresponda. Podrán tomar las medidas siguientes:

- Sanciones verbales, como la amonestación, la reprensión y la advertencia;
- Libertad condicional;
- Penas privativas de derechos o inhabilitaciones;
- Sanciones económicas y penas en dinero, como multas y multas sobre los ingresos calculados por días;
- Incautación o confiscación;
- Mandamiento de restitución a la víctima o de indemnización;
- Suspensión de la sentencia o condena diferida;

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

- Régimen de prueba y vigilancia judicial;
- Imposición de servicios a la comunidad;
- Obligación de acudir regularmente a un centro determinado;
- Arresto domiciliario;
- Cualquier otra régimen que no entrañe reclusión;
- Alguna combinación de las sanciones precedentes.

En relación a la aplicación de las medidas no privativas de la libertad, las Reglas muestran un protocolo pormenorizado para su ejecución:

- Régimen de vigilancia. El objetivo de la supervisión es disminuir la reincidencia y ayudar al delincuente en su reinserción social de manera que se reduzca a un mínimo la probabilidad de que vuelva a la delincuencia. Si la medida entraña un régimen de vigilancia, la vigilancia será ejercida por una autoridad competente, en las condiciones correctas que haya prescrito la ley. Se brindará a los delincuentes, cuando sea necesario, asistencia psicológica, social, material y oportunidades para fortalecer los vínculos con la comunidad y facilitar su reinserción social.

- Obligaciones. Cuando la autoridad competente decida las obligaciones que deberá cumplir el delincuente, tendrá en cuenta las necesidades de la sociedad y las necesidades y los derechos del delincuente y de la víctima. Las obligaciones que ha de cumplir el delincuente serán prácticas, precisas y tan pocas como sea posible, y tendrán por objeto reducir las posibilidades de reincidencia en el comportamiento delictivo e incrementar las posibilidades de reinserción social del delincuente, teniendo en cuenta las necesidades de la víctima. La autoridad competente podrá modificar las obligaciones impuestas de conformidad con lo previsto en la legislación y según el progreso realizado por el delincuente.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

- Proceso de tratamiento. Se establecerán diversos sistemas, por ejemplo, ayuda psicosocial individualizada, terapia de grupo, programas residenciales y tratamiento especializado de distintas categorías de delincuentes, para atender a sus necesidades de manera más eficaz. El tratamiento deberá ser dirigido por profesionales con adecuada formación y experiencia práctica. La autoridad competente abrirá y mantendrá un expediente para cada delincuente.

- Disciplina e incumplimiento de las obligaciones. El incumplimiento de las obligaciones impuestas al delincuente puede dar lugar a la modificación o revocación de la medida no privativa de la libertad; lo anterior procederá solamente después de haber examinado cuidadosamente los hechos aducidos por el funcionario supervisor y por el delincuente. En caso de que el delincuente no cumpla las obligaciones impuestas, la ley determinará a quién corresponde dictar la orden de detenerlo o mantenerlo bajo supervisión.

1.4.6. Principios básicos para el tratamiento de los reclusos.

Adoptados y proclamados por la Asamblea General en su resolución 45/111, de 14 de diciembre de 1990:

1. Todos los reclusos serán tratados con el respeto que merecen su dignidad y valor inherentes de seres humanos.

2. No existirá discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otros factores.

3. Sin perjuicio de lo que antecede, es necesario respetar las creencias religiosas y los preceptos culturales del grupo a que pertenezcan los reclusos, siempre que así lo exijan las condiciones en el lugar.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

4. El personal encargado de las cárceles cumplirá con sus obligaciones en cuanto a la custodia de los reclusos y la protección de la sociedad contra el delito de conformidad con los demás objetivos sociales del Estado y con su responsabilidad fundamental de promover el bienestar y el desarrollo de todos los miembros de la sociedad.

5. Con excepción de las limitaciones que sean evidentemente necesarias por el hecho del encarcelamiento, todos los reclusos seguirán gozando de los derechos humanos y las libertades fundamentales consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y, cuando el Estado de que se trate sea parte, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, así como de los demás derechos estipulados en otros instrumentos de las Naciones Unidas.

6. Todos los reclusos tendrán derecho a participar en actividades culturales y educativas encaminadas a desarrollar plenamente la personalidad humana.

7. Se tratará de abolir o restringir el uso del aislamiento en celda de castigo como sanción disciplinaria y se alentará su abolición o restricción.

8. Se crearán condiciones que permitan a los reclusos realizar actividades laborales remuneradas y útiles que faciliten su reinserción en el mercado laboral del país y les permitan contribuir al sustento económico de su familia y al suyo propio.

9. Los reclusos tendrán acceso a los servicios de salud de que disponga el país, sin discriminación por su condición jurídica.

10. Con la participación y ayuda de la comunidad y de instituciones sociales, y con el debido respeto de los intereses de las víctimas, se crearán condiciones favorables para la reincorporación del ex recluso a la sociedad en las mejores condiciones posibles.

11. Los principios que anteceden serán aplicados en forma imparcial.

1.4.7. Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos.

Fueron adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977:

Observaciones preliminares.

1. El objeto de las reglas siguientes no es de describir en forma detallada un sistema penitenciario modelo, sino únicamente establecer, inspirándose en conceptos generalmente admitidos en nuestro tiempo y en los elementos esenciales de los sistemas contemporáneos más adecuados, los principios y las reglas de una buena organización penitenciaria y de la práctica relativa al tratamiento de los reclusos.

2. Es evidente que debido a la gran variedad de condiciones jurídicas, sociales, económicas y geográficas existentes en el mundo, no se pueden aplicar indistintamente todas las reglas en todas partes y en todo tiempo. Sin embargo, deberán servir para estimular el esfuerzo constante por vencer las dificultades prácticas que se oponen a su aplicación, en vista de que representan en su conjunto las condiciones mínimas admitidas por las Naciones Unidas.

3. Además, los criterios que se aplican a las materias a que se refieren estas reglas evolucionan constantemente. No tienden a excluir la posibilidad de experiencias y prácticas, siempre que éstas se ajusten a los principios y propósitos que se desprenden del texto de las reglas. Con ese espíritu, la administración penitenciaria central podrá siempre autorizar cualquier excepción a las reglas.

4. 1) La primera parte de las reglas trata de las concernientes a la administración general de los establecimientos penitenciarios y es aplicable a todas las categorías de reclusos, criminales o civiles, en prisión preventiva o

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

condenados, incluso a los que sean objeto de una medida de seguridad o de una medida de reeducación ordenada por el juez.

2) La segunda parte contiene las reglas que no son aplicables más que a las categorías de reclusos a que se refiere cada sección. Sin embargo, las reglas de la sección A, aplicables a los reclusos condenados serán igualmente aplicables a las categorías de reclusos a que se refieren las secciones B, C y D, siempre que no sean contradictorias con las reglas que las rigen y a condición de que sean provechosas para estos reclusos.

5. 1) Estas reglas no están destinadas a determinar la organización de los establecimientos para delincuentes juveniles (establecimientos Borstal, instituciones de reeducación, etc.). No obstante, de un modo general, cabe considerar que la primera parte de las reglas mínimas es aplicable también a esos establecimientos.

2) La categoría de reclusos juveniles debe comprender, en todo caso, a los menores que dependen de las jurisdicciones de menores. Por lo general, no debería condenarse a los delincuentes juveniles a penas de prisión.

PRIMERA PARTE

Reglas de aplicación general

Principio fundamental

6. 1) Las reglas que siguen deben ser aplicadas imparcialmente. No se debe hacer diferencias de trato fundadas en prejuicios, principalmente de raza, color, sexo, lengua, religión, opinión política o cualquier otra opinión, de origen nacional o social, fortuna, nacimiento u otra situación cualquiera.

2) Por el contrario, importa respetar las creencias religiosas y los preceptos morales del grupo al que pertenezca el recluso.

Registro

7. 1) En todo sitio donde haya personas detenidas, se deberá llevar al día un registro empastado y foliado que indique para cada detenido:

- a) Su identidad;
- b) Los motivos de su detención y la autoridad competente que lo dispuso;
- c) El día y la hora de su ingreso y de su salida.

2) Ninguna persona podrá ser admitida en un establecimiento sin una orden válida de detención, cuyos detalles deberán ser consignados previamente en el registro.

Separación de categorías

8. Los reclusos pertenecientes a categorías diversas deberán ser alojados en diferentes establecimientos o en diferentes secciones dentro de los establecimientos, según su sexo y edad, sus antecedentes, los motivos de su detención y el trato que corresponda aplicarles. Es decir que:

a) Los hombres y las mujeres deberán ser recluidos, hasta donde fuere posible, en establecimientos diferentes; en un establecimiento en el que se reciban hombres y mujeres, el conjunto de locales destinado a las mujeres deberá estar completamente separado;

b) Los detenidos en prisión preventiva deberán ser separados de los que están cumpliendo condena;

c) Las personas presas por deudas y los demás condenados a alguna forma de prisión por razones civiles deberán ser separadas de los detenidos por infracción penal;

d) Los detenidos jóvenes deberán ser separados de los adultos.

Locales destinados a los reclusos

9. 1) Las celdas o cuartos destinados al aislamiento nocturno no deberán ser ocupados más que por un solo recluso. Si por razones especiales, tales como el exceso temporal de población carcelaria, resultara indispensable que la administración penitenciaria central hiciera excepciones a esta regla, se deberá evitar que se alojen dos reclusos en cada celda o cuarto individual.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

2) Cuando se recurra a dormitorios, éstos deberán ser ocupados por reclusos cuidadosamente seleccionados y reconocidos como aptos para ser alojados en estas condiciones. Por la noche, estarán sometidos a una vigilancia regular, adaptada al tipo de establecimiento de que se trate.

10. Los locales destinados a los reclusos y especialmente a aquellos que se destinan al alojamiento de los reclusos durante la noche, deberán satisfacer las exigencias de la higiene, habida cuenta del clima, particularmente en lo que concierne al volumen de aire, superficie mínima, alumbrado, calefacción y ventilación.

11. En todo local donde los reclusos tengan que vivir o trabajar:

a) Las ventanas tendrán que ser suficientemente grandes para que el recluso pueda leer y trabajar con luz natural; y deberán estar dispuestas de manera que pueda entrar aire fresco, haya o no ventilación artificial;

b) La luz artificial tendrá que ser suficiente para que el recluso pueda leer y trabajar sin perjuicio de su vista.

12. Las instalaciones sanitarias deberán ser adecuadas para que el recluso pueda satisfacer sus necesidades naturales en el momento oportuno, en forma aseada y decente.

13. Las instalaciones de baño y de ducha deberán ser adecuadas para que cada recluso pueda y sea requerido a tomar un baño o ducha a una temperatura adaptada al clima y con la frecuencia que requiera la higiene general según la estación y la región geográfica, pero por lo menos una vez por semana en clima templado.

14. Todos los locales frecuentados regularmente por los reclusos deberán ser mantenidos en debido estado y limpios.

Higiene personal

15. Se exigirá de los reclusos aseo personal y a tal efecto dispondrán de agua y de los artículos de aseo indispensables para su salud y limpieza.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

16. Se facilitará a los reclusos medios para el cuidado del cabello y de la barba, a fin de que se presenten de un modo correcto y conserven el respeto de sí mismos; los hombres deberán poder afeitarse con regularidad.

Ropas y cama

17. 1) Todo recluso a quien no se permita vestir sus propias prendas recibirá las apropiadas al clima y suficientes para mantenerle en buena salud. Dichas prendas no deberán ser en modo alguno degradantes ni humillantes.

2) Todas las prendas deberán estar limpias y mantenidas en buen estado. La ropa interior se cambiará y lavará con la frecuencia necesaria para mantener la higiene.

3) En circunstancias excepcionales, cuando el recluso se aleje del establecimiento para fines autorizados, se le permitirá que use sus propias prendas o vestidos que no llamen la atención.

18. Cuando se autorice a los reclusos para que vistan sus propias prendas, se tomarán disposiciones en el momento de su ingreso en el establecimiento, para asegurarse de que están limpias y utilizables.

19. Cada recluso dispondrá, en conformidad con los usos locales o nacionales, de una cama individual y de ropa de cama individual suficiente, mantenida convenientemente y mudada con regularidad a fin de asegurar su limpieza.

Alimentación

20. 1) Todo recluso recibirá de la administración, a las horas acostumbradas, una alimentación de buena calidad, bien preparada y servida, cuyo valor nutritivo sea suficiente para el mantenimiento de su salud y de sus fuerzas.

2) Todo recluso deberá tener la posibilidad de proveerse de agua potable cuando la necesite.

Ejercicios físicos

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

21. 1) El recluso que no se ocupe de un trabajo al aire libre deberá disponer, si el tiempo lo permite, de una hora al día por lo menos de ejercicio físico adecuado al aire libre.

2) Los reclusos jóvenes y otros cuya edad y condición física lo permitan, recibirán durante el período reservado al ejercicio una educación física y recreativa. Para ello, se pondrá a su disposición el terreno, las instalaciones y el equipo necesario.

Servicios médicos

22. 1) Todo establecimiento penitenciario dispondrá por lo menos de los servicios de un médico calificado que deberá poseer algunos conocimientos psiquiátricos. Los servicios médicos deberán organizarse íntimamente vinculados con la administración general del servicio sanitario de la comunidad o de la nación. Deberán comprender un servicio psiquiátrico para el diagnóstico y, si fuere necesario, para el tratamiento de los casos de enfermedades mentales.

2) Se dispondrá el traslado de los enfermos cuyo estado requiera cuidados especiales, a establecimientos penitenciarios especializados o a hospitales civiles. Cuando el establecimiento disponga de servicios internos de hospital, éstos estarán provistos del material, del instrumental y de los productos farmacéuticos necesario para proporcionar a los reclusos enfermos los cuidados y el tratamiento adecuados. Además, el personal deberá poseer suficiente preparación profesional.

3) Todo recluso debe poder utilizar los servicios de un dentista calificado.

23. 1) En los establecimientos para mujeres deben existir instalaciones especiales para el tratamiento de las reclusas embarazadas, de las que acaban de dar a luz y de las convalecientes. Hasta donde sea posible, se tomarán medidas para que el parto se verifique en un hospital civil. Si el niño nace en el establecimiento, no deberá hacerse constar este hecho en su partida de nacimiento.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

2) Cuando se permita a las madres reclusas conservar su niño, deberán tomarse disposiciones para organizar una guardería infantil, con personal calificado, donde estarán los niños cuando no se hallen atendidos por sus madres.

24. El médico deberá examinar a cada recluso tan pronto sea posible después de su ingreso y ulteriormente tan a menudo como sea necesario, en particular para determinar la existencia de una enfermedad física o mental, tomar en su caso las medidas necesarias; asegurar el aislamiento de los reclusos sospechosos de sufrir enfermedades infecciosas o contagiosas; señalar las deficiencias físicas y mentales que puedan constituir un obstáculo para la readaptación, y determinar la capacidad física de cada recluso para el trabajo.

25. 1) El médico estará de velar por la salud física y mental de los reclusos. Deberá visitar diariamente a todos los reclusos enfermos, a todos los que se quejen de estar enfermos y a todos aquellos sobre los cuales se llame su atención.

2) El médico presentará un informe al director cada vez que estime que la salud física o mental de un recluso haya sido o pueda ser afectada por la prolongación, o por una modalidad cualquiera de la reclusión.

26. 1) El médico hará inspecciones regulares y asesorará al director respecto a:

- a)** La cantidad, calidad, preparación y distribución de los alimentos;
- b)** La higiene y el aseo de los establecimientos y de los reclusos;
- c)** Las condiciones sanitarias, la calefacción, el alumbrado y la ventilación del establecimiento;
- d)** La calidad y el aseo de las ropas y de la cama de los reclusos;
- e)** La observancia de las reglas relativas a la educación física y deportiva cuando ésta sea organizada por un personal no especializado.

2) El Director deberá tener en cuenta los informes y consejos del médico según se dispone en las reglas 25 (2) y 26, y, en caso de conformidad, tomar inmediatamente las medidas necesarias para que se sigan dichas recomendaciones. Cuando no esté conforme o la materia no sea de su

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

competencia, transmitirá inmediatamente a la autoridad superior el informe médico y sus propias observaciones.

Disciplina y sanciones

27. El orden y la disciplina se mantendrán con firmeza, pero sin imponer más restricciones de las necesarias para mantener la seguridad y la buena organización de la vida en común.

28. 1) Ningún recluso podrá desempeñar en los servicios del establecimiento un empleo que permita ejercitar una facultad disciplinaria.

2) Sin embargo, esta regla no será un obstáculo para el buen funcionamiento de los sistemas a base de autogobierno. Estos sistemas implican en efecto que se confíen, bajo fiscalización, a reclusos agrupados para su tratamiento, ciertas actividades o responsabilidades de orden social, educativo o deportivo.

29. La ley o el reglamento dictado por autoridad administrativa competente determinará en cada caso:

- a)** La conducta que constituye una infracción disciplinaria;
- b)** El carácter y la duración de las sanciones disciplinarias que se puedan aplicar;
- c)** Cuál ha de ser la autoridad competente para pronunciar esas sanciones.

30. 1) Un recluso sólo podrá ser sancionado conforme a las prescripciones de la ley o reglamento, sin que pueda serlo nunca dos veces por la misma infracción.

2) Ningún recluso será sancionado sin haber sido informado de la infracción que se le atribuye y sin que se le haya permitido previamente presentar su defensa. La autoridad competente procederá a un examen completo del caso.

3) En la medida en que sea necesario y viable, se permitirá al recluso que presente su defensa por medio de un intérprete.

31. Las penas corporales, encierro en celda oscura, así como toda sanción cruel, inhumana o degradante quedarán completamente prohibidas como sanciones disciplinarias.

32. 1) Las penas de aislamiento y de reducción de alimentos sólo se aplicarán cuando el médico, después de haber examinado al recluso, haya certificado por escrito que éste puede soportarlas.

2) Esto mismo será aplicable a cualquier otra sanción que pueda perjudicar la salud física o mental del recluso. En todo caso, tales medidas no deberán nunca ser contrarias al principio formulado en la regla 31, ni apartarse del mismo.

3) El médico visitará todos los días a los reclusos que estén cumpliendo tales sanciones disciplinarias e informará al director si considera necesario poner término o modificar la sanción por razones de salud física o mental.

Medios de coerción

33. Los medios de coerción tales como esposas, cadenas, grillos y camisas de fuerza nunca deberán aplicarse como sanciones. Tampoco deberán emplearse cadenas y grillos como medios de coerción. Los demás medios de coerción sólo podrán ser utilizados en los siguientes casos:

a) Como medida de precaución contra una evasión durante un traslado, siempre que sean retirados en cuanto comparezca el recluso ante una autoridad judicial o administrativa;

b) Por razones médicas y a indicación del médico;

c) Por orden del director, si han fracasado los demás medios para dominar a un recluso, con objeto de impedir que se dañe a sí mismo o dañe a otros o produzca daños materiales; en estos casos, el director deberá consultar urgentemente al médico, e informar a la autoridad administrativa superior.

34. El modelo y los métodos de empleo autorizados de los medios de coerción serán determinados por la administración penitenciaria central. Su aplicación no deberá prolongarse más allá del tiempo estrictamente necesario.

Información y derecho de queja de los reclusos

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

35. 1) A su ingreso cada recluso recibirá una información escrita sobre el régimen de los reclusos de la categoría en la cual se le haya incluido, sobre las reglas disciplinarias del establecimiento y los medios autorizados para informarse y formular quejas; y cualquiera otra información necesaria para conocer sus derechos y obligaciones, que le permita su adaptación a la vida del establecimiento.

2) Si el recluso es analfabeto, se le proporcionará dicha información verbalmente.

36. 1) Todo recluso deberá tener en cada día laborable la oportunidad de presentar peticiones o quejas al director del establecimiento o al funcionario autorizado para representarle.

2) Las peticiones o quejas podrán ser presentadas al inspector de prisiones durante su inspección. El recluso podrá hablar con el inspector o con cualquier otro funcionario encargado de inspeccionar, sin que el director o cualquier otro recluso miembro del personal del establecimiento se hallen presentes.

3) Todo recluso estará autorizado para dirigir por la vía prescrita sin censura en cuanto al fondo, pero en debida forma, una petición o queja a la administración penitenciaria central, a la autoridad judicial o a cualquier otra autoridad competente.

4) A menos que una solicitud o queja sea evidentemente temeraria o desprovista de fundamento, la misma deberá ser examinada sin demora, dándose respuesta al recluso en su debido tiempo.

Contacto con el mundo exterior

37. Los reclusos estarán autorizados para comunicarse periódicamente, bajo la debida vigilancia, con su familiar y con amigos de buena reputación, tanto por correspondencia como mediante visitas.

38. 1) Los reclusos de nacionalidad extranjera gozarán de facilidades adecuadas para comunicarse con sus representantes diplomáticos y consulares.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

2) Los reclusos que sean nacionales de Estados que no tengan representación diplomática ni consular en el país, así como los refugiados y apátridas, gozarán de las mismas facilidades para dirigirse al representante diplomático del Estado encargado de sus intereses o a cualquier autoridad nacional o internacional que tenga la misión de protegerlos.

39. Los reclusos deberán ser informados periódicamente de los acontecimientos más importantes, sea por medio de la lectura de los diarios, revistas o publicaciones penitenciarias especiales, sea por medio de emisiones de radio, conferencias o cualquier otro medio similar, autorizado o fiscalizado por la administración.

Biblioteca

40. Cada establecimiento deberá tener una biblioteca para el uso de todas las categorías de reclusos, suficientemente provista de libros instructivos y recreativos. Deberá instarse a los reclusos a que se sirvan de la biblioteca lo más posible.

Religión

41. 1) Si el establecimiento contiene un número suficiente de reclusos que pertenezcan a una misma religión, se nombrará o admitirá un representante autorizado de ese culto. Cuando el número de reclusos lo justifique, y las circunstancias lo permitan, dicho representante deberá prestar servicio con carácter continuo.

2) El representante autorizado nombrado o admitido conforme al párrafo 1 deberá ser autorizado para organizar periódicamente servicios religiosos y efectuar, cada vez que corresponda, visitas pastorales particulares a los reclusos de su religión.

3) Nunca se negará a un recluso el derecho de comunicarse con el representante autorizado de una religión. Y, a la inversa, cuando un recluso se oponga a ser visitado por el representante de una religión, se deberá respetar en absoluto su actitud.

42. Dentro de lo posible, se autorizará a todo recluso a cumplir los preceptos de su religión, permitiéndosele participar en los servicios organizados en el establecimiento y tener en su poder libros piadosos y de instrucción religiosa de su confesión.

Depósitos de objetos pertenecientes a los reclusos

43. 1) Cuando el recluso ingresa en el establecimiento, el dinero, los objetos de valor, ropas y otros efectos que le pertenezcan y que el reglamento no le autoriza a retener, serán guardados en un lugar seguro. Se establecerá un inventario de todo ello, que el recluso firmará. Se tomarán las medidas necesarias para que dichos objetos se conserven en buen estado.

2) Los objetos y el dinero pertenecientes al recluso le serán devueltos en el momento de su liberación, con excepción del dinero que se le haya autorizado a gastar, de los objetos que haya remitido al exterior, con la debida autorización, y de las ropas cuya destrucción se haya estimado necesaria por razones de higiene. El recluso firmará un recibo de los objetos y el dinero restituidos.

3) Los valores y objetos enviados al recluso desde el exterior del establecimiento serán sometidos a las mismas reglas.

4) Si el recluso es portador de medicinas o de estupefacientes en el momento de su ingreso, el médico decidirá el uso que deba hacerse de ellos.

Notificación de defunción, enfermedades y traslados

44. 1) En casos de fallecimiento del recluso, o de enfermedad o accidentes graves, o de su traslado a un establecimiento para enfermos mentales, el director informará inmediatamente al cónyuge, si el recluso fuere casado, o al pariente más cercano y en todo caso a cualquier otra persona designada previamente por el recluso.

2) Se informará al recluso inmediatamente del fallecimiento o de la enfermedad grave de un pariente cercano. En caso de enfermedad grave de dicha

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

persona, se le deberá autorizar, cuando las circunstancias lo permitan, para que vaya a la cabecera del enfermo, solo o con custodia.

3) Todo recluso tendrá derecho a comunicar inmediatamente a su familia su detención o su traslado a otro establecimiento.

Traslado de reclusos.

45. 1) Cuando los reclusos son conducidos a un establecimiento o trasladados a otro, se tratará de exponerlos al público lo menos posible y se tomarán disposiciones para protegerlos de los insultos, de la curiosidad del público y para impedir toda clase de publicidad.

2) Deberá prohibirse el transporte de los reclusos en malas condiciones de ventilación o de luz o por cualquier medio que les impongan un sufrimiento físico.

3) El traslado de los reclusos se hará a expensas de la administración y en condiciones de igualdad para todos.

Personal penitenciario

46. 1) La administración penitenciaria escogerá cuidadosamente el personal de todos los grados, puesto que de la integridad, humanidad, aptitud personal y capacidad profesional de este personal dependerá la buena dirección de los establecimientos penitenciarios.

2) La administración penitenciaria se esforzará constantemente por despertar y mantener, en el espíritu del personal y en la opinión pública, la convicción de que la función penitenciaria constituye un servicio social de gran importancia y, al efecto, utilizará todos los medios apropiados para ilustrar al público.

3) Para lograr dichos fines será necesario que los miembros del personal trabajen exclusivamente como funcionarios penitenciarios profesionales, tener la condición de empleados públicos y por tanto la seguridad de que la estabilidad en su empleo dependerá únicamente de su buena conducta, de la eficacia de su trabajo y de su aptitud física. La remuneración del personal deberá

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

ser adecuada para obtener y conservar los servicios de hombres y mujeres capaces. Se determinarán las ventajas de la carrera y las condiciones del servicio teniendo en cuenta el carácter penoso de sus funciones.

47. 1) El personal deberá poseer un nivel intelectual suficiente.

2) Deberá seguir, antes de entrar en el servicio, un curso de formación general y especial y pasar satisfactoriamente pruebas teóricas y prácticas.

3) Después de su entrada en el servicio y en el curso de su carrera, el personal deberá mantener y mejorar sus conocimientos y su capacidad profesional siguiendo cursos de perfeccionamiento que se organizarán periódicamente.

48. Todos los miembros del personal deberán conducirse y cumplir sus funciones en toda circunstancia, de manera que su ejemplo inspire respeto y ejerza una influencia benéfica en los reclusos.

49. 1) En lo posible se deberá añadir al personal un número suficiente de especialistas, tales como psiquiatras, psicólogos, trabajadores sociales, maestros e instructores técnicos.

2) Los servicios de los trabajadores sociales, de maestros e instructores técnicos deberán ser mantenidos permanentemente, sin que ello excluya los servicios de auxiliares a tiempo limitado o voluntarios.

50. 1) El director del establecimiento deberá hallarse debidamente calificado para su función por su carácter, su capacidad administrativa, una formación adecuada y por su experiencia en la materia.

2) Deberá consagrar todo su tiempo a su función oficial que no podrá ser desempeñada como algo circunscrito a un horario determinado.

3) Deberá residir en el establecimiento o en la cercanía inmediata.

4) Cuando dos o más establecimientos estén bajo la autoridad de un director único, éste los visitará con frecuencia. Cada uno de dichos establecimientos estará dirigido por un funcionario residente responsable.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

51. 1) El director, el subdirector y la mayoría del personal del establecimiento deberán hablar la lengua de la mayor parte de los reclusos o una lengua comprendida por la mayor parte de éstos.

2) Se recurrirá a los servicios de un intérprete cada vez que sea necesario.

52. 1) En los establecimientos cuya importancia exija el servicio continuo de uno o varios médicos, uno de ellos por lo menos residirá en el establecimiento o en su cercanía inmediata.

2) En los demás establecimientos, el médico visitará diariamente a los presos y habitará lo bastante cerca del establecimiento a fin de que pueda acudir sin dilación cada vez que se presente un caso urgente.

53. 1) En los establecimientos mixtos, la sección de mujeres estará bajo la dirección de un funcionario femenino responsable, que guardará todas las llaves de dicha sección del establecimiento.

2) Ningún funcionario del sexo masculino penetrará en la sección femenina sin ir acompañado de un miembro femenino del personal.

3) La vigilancia de las reclusas será ejercida exclusivamente por funcionarios femeninos. Sin embargo, esto no excluirá que funcionarios del sexo masculino, especialmente los médicos y personal de enseñanza, desempeñen sus funciones profesionales en establecimientos o secciones reservados para mujeres.

54. 1) Los funcionarios de los establecimientos no deberán, en sus relaciones con los reclusos, recurrir a la fuerza, salvo en caso de legítima defensa, de tentativa de evasión o de resistencia por la fuerza o por inercia física a una orden basada en la ley o en los reglamentos. Los funcionarios que recurran a la fuerza se limitarán a emplearla en la medida estrictamente necesaria e informarán inmediatamente al director del establecimiento sobre el incidente.

2) Los funcionarios penitenciarios recibirán un entrenamiento físico especial que les permita dominar a los reclusos violentos.

3) Salvo en circunstancias especiales, los agentes que desempeñan un servicio en contacto directo con los presos no estarán armados. Por otra parte, no se confiará jamás un arma a un miembro del personal sin que éste haya sido antes adiestrado en su manejo.

Inspección

55. Inspectores calificados y experimentados, designados por una autoridad competente, inspeccionarán regularmente los establecimientos y servicios penitenciarios. Velarán en particular por que estos establecimientos se administren conforme a las leyes y los reglamentos en vigor y con la finalidad de alcanzar los objetivos de los servicios penitenciarios y correccionales.

SEGUNDA PARTE

Reglas aplicables a categorías especiales

A. Condenados

Principios rectores

56. Los principios que se enumeran a continuación tienen por objeto definir el espíritu conforme al cual deben administrarse los sistemas penitenciarios y los objetivos hacia los cuales deben tender, conforme a la declaración hecha en la observación preliminar 1 del presente texto.

57. La prisión y las demás medidas cuyo efecto es separar a un delincuente del mundo exterior son aflictivas por el hecho mismo de que despojan al individuo de su derecho a disponer de su persona al privarle de su libertad. Por lo tanto, a reserva de las mediadas de separación justificadas o del mantenimiento de la disciplina, el sistema penitenciario no debe agravar los sufrimientos inherentes a tal situación.

58. El fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad contra el crimen. Sólo se alcanzará este fin si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

59. Para lograr este propósito, el régimen penitenciario debe emplear, tratando de aplicarlos conforme a las necesidades del tratamiento individual de los delincuentes, todos los medios curativos, educativos, morales, espirituales y de otra naturaleza, y todas las formas de asistencia de que puede disponer.

60. 1) El régimen del establecimiento debe tratar de reducir las diferencias que puedan existir entre la vida en prisión y la vida libre en cuanto éstas contribuyan a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a la dignidad de su persona.

2) Es conveniente que, antes del término de la ejecución de una pena o medida, se adopten los medios necesarios para asegurar al recluso un retorno progresivo a la vida en sociedad. Este propósito puede alcanzarse, según los casos, con un régimen preparatorio para la liberación, organizado dentro del mismo establecimiento o en otra institución apropiada, o mediante una liberación condicional, bajo una vigilancia que no deberá ser confiada a la policía, sino que comprenderá una asistencia social eficaz.

61. En el tratamiento no se deberá recalcar el hecho de la exclusión de los reclusos de la sociedad, sino, por el contrario, el hecho de que continúan formando parte de ella. Con ese fin debe recurrirse, en lo posible, a la cooperación de organismos de la comunidad que ayuden al personal del establecimiento en su tarea de rehabilitación social de los reclusos. Cada establecimiento penitenciario deberá contar con la colaboración de trabajadores sociales encargados de mantener y mejorar las relaciones del recluso con su familia y con los organismos sociales que puedan serle útiles. Deberán hacerse, asimismo, gestiones a fin de proteger, en cuanto ello sea compatible con la ley y la pena que se imponga, los derechos relativos a los intereses civiles, los beneficios de los derechos de la seguridad social y otras ventajas sociales de los reclusos.

62. Los servicios médicos del establecimiento se esforzarán por descubrir y deberán tratar todas las deficiencias o enfermedades físicas o mentales que constituyen un obstáculo para la readaptación del recluso. Para

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

lograr este fin deberá aplicarse cualquier tratamiento médico, quirúrgico y psiquiátrico que se juzgue necesario.

63. 1) Estos principios exigen la individualización del tratamiento que, a su vez, requiere un sistema flexible de clasificación en grupos de los reclusos. Por lo tanto, conviene que los grupos sean distribuidos en establecimientos distintos donde cada grupo pueda recibir el tratamiento necesario.

2) Dichos establecimientos no deben adoptar las mismas medidas de seguridad con respecto a todos los grupos. Convendrá establecer diversos grados de seguridad conforme a la que sea necesaria para cada uno de los diferentes grupos. Los establecimientos abiertos en los cuales no existen medios de seguridad física contra la evasión, y en los que se confía en la autodisciplina de los reclusos, proporcionan por este mismo hecho a reclusos cuidadosamente elegidos las condiciones más favorables para su readaptación.

3) Es conveniente evitar que en los establecimientos cerrados el número de reclusos sea tan elevado que llegue a constituir un obstáculo para la individualización del tratamiento. En algunos países se estima que el número de reclusos en dichos establecimientos no debe pasar de 500. En los establecimientos abiertos, el número de detenidos deberá ser lo más reducido posible.

4) Por el contrario, no convendrá mantener establecimientos que resulten demasiado pequeños para que se pueda organizar en ellos un régimen apropiado.

64. El deber de la sociedad no termina con la liberación del recluso. Se deberá disponer, por consiguiente, de los servicios de organismos gubernamentales o privados capaces de prestar al recluso puesto en libertad una ayuda postpenitenciaria eficaz que tienda a disminuir los prejuicios hacia él y le permitan readaptarse a la comunidad.

Tratamiento

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

65. El tratamiento de los condenados a una pena o medida privativa de libertad debe tener por objeto, en tanto que la duración de la condena lo permita, inculcarles la voluntad de vivir conforme a la ley, mantenerse con el producto de su trabajo, y crear en ellos la aptitud para hacerlo. Dicho tratamiento estará encaminado a fomentar en ellos el respeto de sí mismos y desarrollar el sentido de responsabilidad.

66. 1) Para lograr este fin, se deberá recurrir, en particular, a la asistencia religiosa, en los países en que esto sea posible, a la instrucción, a la orientación y la formación profesionales, a los métodos de asistencia social individual, al asesoramiento relativo al empleo, al desarrollo físico y a la educación del carácter moral, en conformidad con las necesidades individuales de cada recluso. Se deberá tener en cuenta su pasado social y criminal, su capacidad y aptitud física y mental, sus disposiciones personales, la duración de su condena y las perspectivas después de su liberación.

2) Respecto de cada recluso condenado a una pena o medida de cierta duración que ingrese en el establecimiento, se remitirá al director cuanto antes un informe completo relativo a los aspectos mencionados en el párrafo anterior. Acompañará a este informe el de un médico, a ser posible especializado en psiquiatría, sobre el estado físico y mental del recluso.

3) Los informes y demás documentos pertinentes formarán un expediente individual. Estos expedientes se tendrán al día y se clasificarán de manera que el responsable pueda consultarlos siempre que sea necesario.

Clasificación e individualización

67. Los fines de la clasificación deberán ser:

a) Separar a los reclusos que, por su pasado criminal o su mala disposición, ejercerían una influencia nociva sobre los compañeros de detención;

b) Repartir a los reclusos en grupos, a fin de facilitar el tratamiento encaminado a su readaptación social.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

68. Se dispondrá, en cuanto fuere posible, de establecimientos separados o de secciones separadas dentro de los establecimientos para los distintos grupos de reclusos.

69. Tan pronto como ingrese en un establecimiento un condenado a una pena o medida de cierta duración, y después de un estudio de su personalidad, se establecerá un programa de tratamiento individual, teniendo en cuenta los datos obtenidos sobre sus necesidades individuales, su capacidad y sus inclinaciones.

Privilegios

70. En cada establecimiento se instituirá un sistema de privilegios adaptado a los diferentes grupos de reclusos y a los diferentes métodos de tratamiento, a fin de alentar la buena conducta, desarrollar el sentido de responsabilidad y promover el interés y la cooperación de los reclusos en lo que atañe su tratamiento.

Trabajo

71. 1) El trabajo penitenciario no deberá tener carácter aflictivo.

2) Todos los condenados serán sometidos a la obligación de trabajar habida cuenta de su aptitud física y mental, según la determine el médico.

3) Se proporcionará a los reclusos un trabajo productivo, suficiente para ocuparlos durante la duración normal de una jornada de trabajo.

4) En la medida de lo posible, ese trabajo deberá contribuir por su naturaleza a mantener o aumentar la capacidad del recluso para ganar honradamente su vida después de su liberación.

5) Se dará formación profesional en algún oficio útil a los reclusos que estén en condiciones de aprovecharla, particularmente a los jóvenes.

6) Dentro de los límites compatibles con una selección profesional racional y con las exigencias de la administración y la disciplina penitenciarias, los reclusos podrán escoger la clase de trabajo que deseen realizar.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

72. 1) La organización y los métodos de trabajo penitenciario deberán asemejarse lo más posible a los que se aplican a un trabajo similar fuera del establecimiento, a fin de preparar a los reclusos para las condiciones normales del trabajo libre.

2) Sin embargo, el interés de los reclusos y de su formación profesional no deberán quedar subordinados al deseo de lograr beneficios pecuniarios de una industria penitenciaria.

73. 1) Las industrias y granjas penitenciarias deberán preferentemente ser dirigidas por la administración y no por contratistas privados.

2) Los reclusos que se empleen en algún trabajo no fiscalizado por la administración estarán siempre bajo la vigilancia del personal penitenciario. A menos que el trabajo se haga para otras dependencias del gobierno, las personas para las cuales se efectúe pagarán a la administración el salario normal exigible por dicho trabajo teniendo en cuenta el rendimiento del recluso.

74. 1) En los establecimientos penitenciarios se tomarán las mismas precauciones prescritas para proteger la seguridad y la salud de los trabajadores libres.

2) Se tomarán disposiciones para indemnizar a los reclusos por los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, en condiciones similares a las que la ley dispone para los trabajadores libres.

75. 1) La ley o un reglamento administrativo fijará el número máximo de horas de trabajo para los reclusos por día y por semana, teniendo en cuenta los reglamentos o los usos locales seguidos con respecto al empleo de los trabajadores libres.

2) Las horas así fijadas deberán dejar un día de descanso por semana y tiempo suficiente para la instrucción y otras actividades previstas para el tratamiento y la readaptación del recluso.

76. 1) El trabajo de los reclusos deberá ser remunerado de una manera equitativa.

2) El reglamento permitirá a los reclusos que utilicen, por lo menos, una parte de su remuneración para adquirir objetos destinados a su uso personal y que envíen otra parte a su familia.

3) El reglamento deberá igualmente prever que la administración reserve una parte de la remuneración a fin de constituir un fondo que será entregado al recluso al ser puesto en libertad.

Instrucción y recreo

77. 1) Se tomarán disposiciones para mejorar la instrucción de todos los reclusos capaces de aprovecharla, incluso la instrucción religiosa en los países en que esto sea posible. La instrucción de los analfabetos y la de los reclusos jóvenes será obligatoria y la administración deberá prestarle particular atención.

2) La instrucción de los reclusos deberá coordinarse, en cuanto sea posible, con el sistema de instrucción pública a fin de que al ser puesto en libertad puedan continuar sin dificultad su preparación.

78. Para el bienestar físico y mental de los reclusos se organizarán actividades recreativas y culturales en todos los establecimientos.

Relaciones sociales, ayuda postpenitenciaria

79. Se velará particularmente por el mantenimiento y el mejoramiento de las relaciones entre el recluso y su familia, cuando éstas sean convenientes para ambas partes.

80. Se tendrá debidamente en cuenta, desde el principio del cumplimiento de la condena, el porvenir del recluso después de su liberación. Deberá alentarse al recluso para que mantenga o establezca relaciones con personas u organismos externos que puedan favorecer los intereses de su familia así como su propia readaptación social.

81. 1) Los servicios y organismos, oficiales o no, que ayudan a los reclusos puestos en libertad a reintegrarse en la sociedad, proporcionarán a los liberados, en la medida de lo posible, los documentos y papeles de identidad necesarios, alojamiento, trabajo, vestidos convenientes y apropiados para el clima y la estación, así como los medios necesarios para que lleguen a su destino y puedan subsistir durante el período que siga inmediatamente a su liberación.

2) Los representantes acreditados de esos organismos tendrán todo el acceso necesario a los establecimientos y podrán visitar a los reclusos. Se les consultará en materia de proyectos de readaptación para cada recluso desde el momento en que éste haya ingresado en el establecimiento.

3) Convendrá centralizar o coordinar todo lo posible la actividad de dichos organismos, a fin de asegurar la mejor utilización de sus actividades.

B.- Reclusos alienados y enfermos mentales

82. 1) Los alienados no deberán ser reclusos en prisiones. Se tomarán disposiciones para trasladarlos lo antes posible a establecimientos para enfermos mentales.

2) Los reclusos que sufran otras enfermedades o anormalidades mentales deberán ser observados y tratados en instituciones especializadas dirigidas por médicos.

3) Durante su permanencia en la prisión, dichos reclusos estarán bajo la vigilancia especial de un médico.

4) El servicio médico o psiquiátrico de los establecimientos penitenciarios deberá asegurar el tratamiento psiquiátrico de todos los demás reclusos que necesiten dicho tratamiento.

83. Convendrá que se tomen disposiciones, de acuerdo con los organismos competentes, para que, en caso necesario, se continúe el tratamiento psiquiátrico después de la liberación y se asegure una asistencia social postpenitenciaria de carácter psiquiátrico.

C.- Personas detenidas o en prisión preventiva

84. 1) A los efectos de las disposiciones siguientes es denominado "acusado" toda persona arrestada o encarcelada por imputársele una infracción a la ley penal, detenida en un local de policía o en prisión, pero que todavía no ha sido juzgada.

2) El acusado gozará de una presunción de inocencia y deberá ser tratado en consecuencia.

3) Sin perjuicio de las disposiciones legales relativas a la protección de la libertad individual o de las que fijen el procedimiento que se deberá seguir respecto a los acusados, estos últimos gozarán de un régimen especial cuyos puntos esenciales solamente se determinan en las reglas que figuran a continuación.

85. 1) Los acusados serán mantenidos separados de los reclusos condenados.

2) Los acusados jóvenes serán mantenidos separados de los adultos. En principio, serán detenidos en establecimientos distintos.

86. Los acusados deberán dormir en celdas individuales a reserva de los diversos usos locales debidos al clima.

87. Dentro de los límites compatibles con un buen orden del establecimiento, los acusados podrán, si lo desean, alimentarse por su propia cuenta procurándose alimentos del exterior por conducto de la administración, de su familia o de sus amigos. En caso contrario, la administración suministrará la alimentación.

88. 1) Se autorizará al acusado a que use sus propias prendas personales siempre que estén aseadas y sean decorosas.

2) Si lleva el uniforme del establecimiento, éste será diferente del uniforme de los condenados.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

89. Al acusado deberá siempre ofrecérsele la posibilidad de trabajar, pero no se le requerirá a ello. Si trabaja, se le deberá remunerar.

90. Se autorizará a todo acusado para que se procure, a sus expensas o a las de un tercero, libros, periódicos, recado de escribir, así como otros medios de ocupación, dentro de los límites compatibles con el interés de la administración de justicia, la seguridad y el buen orden del establecimiento.

91. Se permitirá que el acusado sea visitado y atendido por su propio médico o su dentista si su petición es razonable y está en condiciones de sufragar tal gasto.

92. Un acusado deberá poder informar inmediatamente a su familia de su detención y se le concederán todas las facilidades razonables para comunicarse con ésta y sus amigos y para recibir la visita de estas personas, con la única reserva de las restricciones y de la vigilancia necesarias en interés de la administración de justicia, de la seguridad y del buen orden del establecimiento.

93. El acusado estará autorizado a pedir la designación de un defensor de oficio cuando se haya previsto dicha asistencia, y a recibir visitas de su abogado, a propósito de su defensa. Podrá preparar y dar a éste instrucciones confidenciales. Para ello, se le proporcionará, si lo desea, recado de escribir. Durante las entrevistas con su abogado, el acusado podrá ser vigilado visualmente, pero la conversación no deberá ser escuchada por ningún funcionario de la policía o del establecimiento penitenciario.

D.- Sentenciados por deudas o a prisión civil

94. En los países cuya legislación dispone la prisión por deudas u otras formas de prisión dispuestas por decisión judicial como consecuencia de un procedimiento no penal, los así sentenciados no serán sometidos a mayores restricciones ni tratados con más severidad que la requerida para la seguridad y el mantenimiento del orden. El trato que se les dé no será en ningún caso más severo que el que corresponda a los acusados a reserva, sin embargo, de la obligación eventual de trabajar.

E.- Reclusos, detenidos o encarcelados sin haber cargos en su contra

95. Sin perjuicio de las disposiciones del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, las personas detenidas o encarceladas sin que haya cargos en su contra gozarán de la misma protección prevista en la primera parte y en la sección C de la segunda parte. Asimismo, serán aplicables las disposiciones pertinentes de la sección A de la segunda parte cuando esta aplicación pueda redundar en beneficio de este grupo especial de personas bajo custodia, siempre que no se adopten medidas que impliquen que la reeducación o la rehabilitación proceden en forma alguna respecto de personas no condenadas por un delito penal.

1.4.8. Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.

Tienen como objetivo la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.

Antes de su enunciatura, se deberá de entender el significado de lo siguiente.

- Por “arresto” se entiende el acto de aprehender a una persona con motivo de la supuesta comisión de un delito o por acto de autoridad.
- Por “persona detenida”, se entiende toda persona privada de la libertad personal, salvo cuando ello haya resultado de una condena por razón de un delito.
- Por “persona presa”, se entiende toda persona privada de la libertad personal como resultado de la condena por razón de un delito.
- Por “detención”, se entiende la condición de las personas detenidas tal como se define *supra*.
- Por “prisión”, se entiende la condición de las personas presas tal como se define *supra*.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

- Por “un juez u otra autoridad”, se entiende una autoridad judicial u otra autoridad establecida por la ley cuya condición y mandato ofrezcan las mayores garantías posibles de competencia, imparcialidad e independencia.

Principio 1

Toda persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

Principio 2

El arresto, la detención o la prisión sólo se llevarán a cabo en estricto cumplimiento de la ley y por funcionarios competentes o personas autorizadas para ese fin.

Principio 3

No se restringirá o menoscabará ninguno de los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres so pretexto de que el presente Conjunto de Principios no reconoce esos derechos o los reconoce en menor grado.

Principio 4

Toda forma de detención o prisión y todas las medidas que afectan a los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión deberán ser ordenadas por un juez u otra autoridad, o quedar sujetas a la fiscalización efectiva de un juez u otra autoridad.

Principio 5

Los presentes principios se aplicarán a todas las personas en el territorio de un Estado, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión o creencia religiosa, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Las medidas que se apliquen con arreglo a la ley y que tiendan a proteger exclusivamente los derechos y la condición especial de la mujer, en particular de las mujeres embarazadas y las madres lactantes, los niños y los

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

jóvenes, las personas de edad, los enfermos o los impedidos, no se considerarán discriminatorias. La necesidad y la disposición a favor de tales medidas estarán siempre sujetas a revisión por un juez u otra autoridad.

Principio 6

Ninguna persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será sometida a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No podrá invocarse circunstancia alguna como justificación de la tortura o de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Principio 7

Los Estados deberán prohibir por ley todo acto contrario a los derechos y deberes que se enuncian en los presentes principios, someter todos esos actos a las sanciones procedentes y realizar investigaciones imparciales de las denuncias al respecto.

Los funcionarios que tengan razones para creer que se ha producido o está por producirse una violación del presente Conjunto de Principios comunicarán la cuestión a sus superiores y, cuando sea necesario, a las autoridades u órganos competentes que tengan atribuciones fiscalizadoras o correctivas.

Toda otra persona que tenga motivos para creer que se ha producido o está por producirse una violación del presente Conjunto de Principios tendrá derecho a comunicar el asunto a los superiores de los funcionarios involucrados, así como a otras autoridades u órganos competentes que tengan atribuciones fiscalizadoras o correctivas.

Principio 8

Las personas detenidas recibirán un trato apropiado a su condición de personas que no han sido condenadas. En consecuencia, siempre que sea posible se las mantendrá separadas de las personas presas.

Principio 9

Las autoridades que arresten a una persona, la mantengan detenida o investiguen el caso sólo podrán ejercer las atribuciones que les

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

confiera la ley, y el ejercicio de esas atribuciones estará sujeto a recurso ante un juez u otra autoridad.

Principio 10

Toda persona arrestada será informada en el momento de su arresto de la razón por la que se procede a él y notificada sin demora de la acusación formulada contra ella.

Principio 11

Nadie será mantenido en detención sin tener la posibilidad real de ser oído sin demora por un juez u otra autoridad. La persona detenida tendrá el derecho de defenderse por sí misma o ser asistida por un abogado según prescriba la ley.

Toda persona detenida y su abogado, si lo tiene, recibirán una comunicación inmediata y completa de la orden de detención, junto con las razones en que se funde.

Se facultará a un juez o a otra autoridad para considerar la prolongación de la detención según corresponda.

Principio 12

Se harán constar debidamente:

- a) Las razones del arresto;
- b) La hora del arresto de la persona y la hora de su traslado al lugar de custodia, así como la hora de su primera comparecencia ante el juez u otra autoridad;
- c) La identidad de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que hayan intervenido;
- d) Información precisa acerca del lugar de custodia.

La constancia de esas actuaciones será puesta en conocimiento de la persona detenida o de su abogado, si lo tiene, en la forma prescrita por la ley.

Principio 13

Las autoridades responsables del arresto, detención o prisión de una persona deberán suministrarle, en el momento del arresto y al comienzo del

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

período de detención o de prisión o poco después, información y una explicación sobre sus derechos, así como sobre la manera de ejercerlos.

Principio 14

Toda persona que no comprenda o no hable adecuadamente el idioma empleado por las autoridades responsables del arresto, detención o prisión tendrá derecho a que se le comuniquen sin demora, en un idioma que comprenda, la información mencionada en el principio 10, el párrafo 2 del principio 11, el párrafo 1 del principio 12 y el principio 13 y a contar con la asistencia, gratuita si fuese necesario, de un intérprete en las actuaciones judiciales posteriores a su arresto.

Principio 15

A reserva de las excepciones consignadas en el párrafo 4 del principio 16 y el párrafo 3 del principio 18, no se mantendrá a la persona presa o detenida incomunicada del mundo exterior, en particular de su familia o su abogado, por más de algunos días.

Principio 16

Prontamente después de su arresto y después de cada traslado de un lugar de detención o prisión a otro, la persona detenida o presa tendrá derecho a notificar, o a pedir que la autoridad competente notifique, a su familia o a otras personas idóneas que él designe, su arresto, detención o prisión o su traslado y el lugar en que se encuentra bajo custodia.

Si se trata de un extranjero, la persona detenida o presa será también informada prontamente de su derecho a ponerse en comunicación por los medios adecuados con una oficina consular o la misión diplomática del Estado del que sea nacional o de aquel al que, por otras razones, compete recibir esa comunicación, de conformidad con el derecho internacional o con el representante de la organización internacional competente, si se trata de un refugiado o se halla bajo la protección de una organización intergubernamental por algún otro motivo.

Si la persona detenida o presa es un menor o una persona incapaz de entender cuáles son sus derechos, la autoridad competente se encargará por

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

iniciativa propia de efectuar la notificación a que se hace referencia en este principio. Se velará en especial porque los padres o tutores sean notificados.

La autoridad competente hará o permitirá que se hagan sin demora las notificaciones a que se hace referencia en el presente principio. Sin embargo, la autoridad competente podrá retrasar una notificación por un período razonable en los casos en que las necesidades excepcionales de la investigación así lo requieran.

Principio 17

Las personas detenidas tendrán derecho a asistencia de un abogado. La autoridad competente les informará de ese derecho prontamente después de su arresto y les facilitará medios adecuados para ejercerlo.

La persona detenida que no disponga de asistencia de un abogado de su elección tendrá derecho a que un juez u otra autoridad le designe un abogado en todos los casos en que el interés de la justicia así lo requiera y sin costo para él si careciere de medios suficientes para pagarlo.

Principio 18

Toda persona detenida o presa tendrá derecho a comunicarse con su abogado y a consultarlo.

Se darán a la persona detenida o presa tiempo y medios adecuados para consultar con su abogado.

El derecho de la persona detenida o presa a ser visitada por su abogado y a consultarlo y comunicarse con él, sin demora y sin censura, y en régimen de absoluta confidencialidad, no podrá suspenderse ni restringirse, salvo en circunstancias excepcionales que serán determinadas por la ley o los reglamentos dictados conforme a derecho, cuando un juez u otra autoridad lo considere indispensable para mantener la seguridad y el orden.

Las entrevistas entre la persona detenida o presa y su abogado podrán celebrarse a la vista de un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero éste no podrá hallarse a distancia que le permita oír la conversación.

Las comunicaciones entre una persona detenida o presa y su abogado mencionadas en el presente principio no se podrán admitir como

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

prueba en contra de la persona detenida o presa a menos que se relacionen con un delito continuo o que se proyecte cometer.

Principio 19

Toda persona detenida o presa tendrá el derecho de ser visitada, en particular por sus familiares, y de tener correspondencia con ellos y tendrá oportunidad adecuada de comunicarse con el mundo exterior, con sujeción a las condiciones y restricciones razonables determinadas por ley o reglamentos dictados conforme a derecho.

Principio 20

Si lo solicita la persona detenida o presa, será mantenida en lo posible en un lugar de detención o prisión situado a una distancia razonable de su lugar de residencia habitual.

Principio 21

Estará prohibido abusar de la situación de una persona detenida o presa para obligarla a confesar o declarar contra sí misma o contra cualquier otra persona.

Ninguna persona detenida será sometida, durante su interrogatorio, a violencia, amenazas o cualquier otro método de interrogación que menoscabe su capacidad de decisión o su juicio.

Principio 22

Ninguna persona detenida o presa será sometida, ni siquiera con su consentimiento, a experimentos médicos o científicos que puedan ser perjudiciales para su salud.

Principio 23

La duración de todo interrogatorio a que se someta a una persona detenida o presa y la de los intervalos entre los interrogatorios, así como la identidad de los funcionarios que los hayan practicado y la de las demás personas presentes, serán consignadas en registros y certificadas en la forma prescrita por ley.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

La persona detenida o presa, o su abogado, cuando lo disponga la ley, tendrán acceso a la información descrita en el párrafo 1 del presente principio.

Principio 24

Se ofrecerá a toda persona detenida o presa un examen médico apropiado con la menor dilación posible después de su ingreso en el lugar de detención o prisión y, posteriormente, esas personas recibirán atención y tratamiento médico cada vez que sea necesario. Esa atención y ese tratamiento serán gratuitos.

Principio 25

La persona detenida o presa o su abogado, con sujeción únicamente a condiciones razonables que garanticen la seguridad y el orden en el lugar de detención o prisión, tendrá derecho a solicitar autorización de un juez u otra autoridad para un segundo examen médico o una segunda opinión médica.

Principio 26

Quedará debida constancia en registros del hecho de que una persona detenida o presa ha sido sometida a un examen médico, del nombre del médico y de los resultados de dicho examen. Se garantizará el acceso a esos registros. Las modalidades a tal efecto serán conformes a las normas pertinentes del derecho interno.

Principio 27

La inobservancia de los presentes principios en la obtención de las pruebas se tendrá en cuenta al determinar la admisibilidad de tales pruebas contra una persona detenida o presa.

Principio 28

La persona detenida o presa tendrá derecho a obtener, dentro de los límites de los recursos disponibles si se trata de fuentes públicas, cantidades razonables de materiales educacionales, culturales y de información, con sujeción a condiciones razonables que garanticen la seguridad y el orden en el lugar de detención o prisión.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

Principio 29

A fin de velar por la estricta observancia de las leyes y reglamentos pertinentes, los lugares de detención serán visitados regularmente por personas calificadas y experimentadas nombradas por una autoridad competente distinta de la autoridad directamente encargada de la administración del lugar de detención o prisión, y dependientes de esa autoridad.

La persona detenida o presa tendrá derecho a comunicarse libremente y en régimen de absoluta confidencialidad con las personas que visiten los lugares de detención o prisión de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del presente principio, con sujeción a condiciones razonables que garanticen la seguridad y el orden en tales lugares.

Principio 30

Los tipos de conducta de la persona detenida o presa que constituyan infracciones disciplinarias durante la detención o la prisión, la descripción y duración de las sanciones disciplinarias que puedan aplicarse y las autoridades competentes para aplicar dichas sanciones se determinarán por ley o por reglamentos dictados conforme a derecho y debidamente publicados.

La persona detenida o presa tendrá derecho a ser oída antes de que se tomen medidas disciplinarias. Tendrá derecho a someter tales medidas a autoridades superiores para su examen.

Principio 31

Las autoridades competentes procurarán asegurar, de conformidad con el derecho interno y cuando se necesite, la asistencia a los familiares de las personas detenidas o presas que estén a cargo de éstas, y en particular a los menores, y velarán especialmente por la tutela de los niños que hayan quedado privados de supervisión.

Principio 32

La persona detenida o su abogado tendrán derecho a interponer en cualquier momento una acción, con arreglo al derecho interno, ante un juez u otra autoridad a fin de impugnar la legalidad de su detención y, si ésta no fuese legal, obtener su inmediata liberación.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

El procedimiento previsto en el párrafo 1 del presente principio, será sencillo y expedito y no entrañará costo alguno para el detenido, si éste careciere de medios suficientes. La autoridad que haya procedido a la detención llevará sin demora injustificada al detenido ante la autoridad encargada del examen del caso.

Principio 33

La persona detenida o presa o su abogado tendrá derecho a presentar a las autoridades encargadas de la administración del lugar de detención y a las autoridades superiores y, de ser necesario, a las autoridades competentes que tengan atribuciones fiscalizadoras o correctivas una petición o un recurso por el trato de que haya sido objeto, en particular en caso de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Los derechos que confiere el párrafo 1 del presente principio, podrán ser ejercidos por un familiar de la persona presa o detenida o por otra persona que tenga conocimiento del caso cuando ni la persona presa o detenida ni su abogado tengan posibilidades de ejercerlos.

La petición o recurso serán confidenciales si así lo pidiere el recurrente.

Toda petición o recurso serán examinados sin dilación y contestados sin demora injustificada. Si la petición o recurso fueren rechazados o hubiere un retraso excesivo, el recurrente tendrá derecho a presentar una petición o recurso ante un juez u otra autoridad. Ni las personas detenidas o presas ni los recurrentes sufrirán perjuicios por haber presentado una petición o recurso de conformidad con el párrafo 1 del presente principio.

Principio 34

Si una persona detenida o presa muere o desaparece durante su detención o prisión, un juez u otra autoridad, de oficio o a instancias de un miembro de la familia de esa persona o de alguna persona que tenga conocimiento del caso, investigará la causa de la muerte o desaparición. Cuando las circunstancias lo justifiquen, se llevará a cabo una investigación iniciada de la misma manera cuando la muerte o desaparición ocurra poco después de

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

terminada la detención o prisión. Las conclusiones de esa investigación o el informe correspondiente serán puestos a disposición de quien lo solicite, a menos que con ello se obstaculice la instrucción de una causa penal en curso.

Principio 35

Los daños causados por actos u omisiones de un funcionario público que sean contrarios a los derechos previstos en los presentes principios serán indemnizados de conformidad con las normas del derecho interno aplicables en materia de responsabilidad.

La información de la que se deba dejar constancia en registros a efectos de los presentes principios estará disponible, de conformidad con los procedimientos previstos en el derecho interno, para ser utilizada cuando se reclame indemnización con arreglo al presente principio.

Principio 36

Se presumirá la inocencia de toda persona sospechosa o acusada de un delito y se la tratará como tal mientras no haya sido probada su culpabilidad conforme al derecho en un juicio público en el que haya gozado de todas las garantías necesarias para su defensa.

Sólo se procederá al arresto o detención de esa persona en espera de la instrucción y el juicio cuando lo requieran las necesidades de la administración de justicia por motivos y según condiciones y procedimientos determinados por ley. Estará prohibido imponer a esa persona restricciones que no estén estrictamente justificadas para los fines de la detención o para evitar que se entorpezca el proceso de instrucción o la administración de justicia, o para el mantenimiento de la seguridad y el orden en el lugar de detención.

Principio 37

Toda persona detenida a causa de una infracción penal será llevada sin demora tras su detención ante un juez u otra autoridad determinada por ley. Esa autoridad decidirá sin dilación si la detención es lícita y necesaria. Nadie podrá ser mantenido en detención en espera de la instrucción o el juicio salvo en virtud de orden escrita de dicha autoridad. Toda persona detenida, al

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

comparecer ante esa autoridad, tendrá derecho a hacer una declaración acerca del trato que haya recibido durante su detención.

Principio 38

La persona detenida a causa de una infracción penal tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o puesta en libertad en espera de juicio.

Principio 39

Excepto en casos especiales indicados por ley, toda persona detenida a causa de una infracción penal tendrá derecho, a menos que un juez u otra autoridad decida lo contrario en interés de la administración de justicia, a la libertad en espera de juicio con sujeción a las condiciones que se impongan conforme a derecho. Esa autoridad mantendrá en examen la necesidad de la detención.

Cláusula general

Ninguna de las disposiciones del presente Conjunto de Principios se entenderá en el sentido de que restrinja o derogue ninguno de los derechos definidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

1.4.9. Convención Iberoamericana de los derechos de los jóvenes.

La *Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes* es un tratado internacional de derechos humanos, firmado el 11 de octubre del 2005 en la ciudad española de Badajoz y vigente desde el 1 de marzo de 2008. Su alcance de aplicación está circunscrito a los 21 países que conforman la Comunidad Iberoamericana de Naciones.

La *Convención* es un acuerdo de carácter vinculante que establece el compromiso de los Estados Parte a garantizar a las personas jóvenes de entre 15 y 24 años de edad, sin discriminación alguna, el cumplimiento de los derechos humanos recogidos en el articulado.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

De forma particular, los Estados Parte deben abstenerse de interferir en el goce de los derechos dentro de su jurisdicción; impedir la violación de los mismos por parte de individuos, grupos, instituciones, corporaciones, etc.; y tomar medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales, etc. Para lograr la plena realización de los derechos.

La Organización Iberoamericana de Juventud (OIJ), organismo internacional de carácter multigubernamental, ha impulsado el proceso de elaboración y consolidación de la *Convención*. La OIJ busca contribuir a posicionar este tratado de Derechos Humanos como un instrumento jurídico trascendente que genere impacto en las legislaciones de los países y que ofrezca la base jurídica para la realización de acciones emprendidas a favor de las y los jóvenes.

Se debe resaltar que la *Convención* es el primer tratado internacional en vigor que reconoce específicamente los derechos de las personas jóvenes, por esta razón está sirviendo como referente para los procesos similares adelantados en otras regiones del mundo.

CAPÍTULO II

PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL DEL MENOR.

2.1 Precisión terminológica.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

La expresión “Principios jurídicos” o “principios generales del derecho” se ha usado y se usa con diversos sentidos²⁸³. Algunos de ellos son:

a) Norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico.

Ej. Principio de igualdad constitucional, Artículo 4º, Constitución Mexicana.

b) Norma dirigida a los órganos de aplicación del derecho y que señala con carácter general cómo se debe seleccionar la norma, aplicarla o interpretarla. Artículo 14 constitucional.

c) En el sentido de regula iuris, esto es, de un enunciado o máxima de la ciencia jurídica de un considerable grado de generalidad y que permite la sistematización del ordenamiento jurídico o de un sector del mismo. Tales principios pueden o no estar en el derecho positivo. Ej. De principios expuestos: Artículo 133 constitucional. Ej. De principios implícitos: El legislador racional.

d) Principio en el sentido de norma programática o directriz, esto es, de norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines. En las constituciones se encuentran muchos de estos casos, por ejemplo artículo 25, fracs. VII y VIII de la Constitución mexicana.

2.2 Concepto de minoría de edad en el ámbito penal.

Según la Ley de Justicia para adolescentes, se entenderá como menor a las personas de entre 12 años cumplidos y menores de 18 años de edad,

²⁸³MARÍA DEL PILAR E. T., Principios penales, en Letras Jurídicas, revista electrónica de la Universidad Veracruzana, 2009.

a quienes se atribuya o compruebe la realización de una conducta tipificada como delito en las leyes estatales.

2.3 PRINCIPIOS DEL SISTEMA DE JUSTICIA PARA MENORES EN LA LEGISLACIÓN.

A fin de tener una idea concreta y abstracta y poder realizar un estudio comparado de los principios que regulan nuestra legislación, resulta indispensable analizar conceptualmente todos y cada uno de los principios, desde los puntos de vista normativo y doctrinal, haciendo notar en la opinión del dicente sus debilidades y fortalezas, reiterando que se trata de un estudio de índole enunciativa y no limitativa.

2.3.1 Garantizo Penal

Para Luigi Ferrajoli²⁸⁴, el garantismo penal es un modelo de derecho, no solo de derecho penal, sino de derecho en general, orientado a garantizar los derechos subjetivos.

La universalidad de los derechos fundamentales no consiste en el hecho que todos compartan el valor de esos derechos fundamentales. Si la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano fuera sometida a referéndum, seguramente, este referéndum podría dar un dato negativo. La universalidad de los derechos fundamentales y su carácter democrático consiste en el hecho de garantizar a todos, y no en el hecho de que sean aceptados por todos, son establecidos precisamente porque no todos aceptan su carácter democrático y su rol de garantía de todos los seres humanos. En este sentido, los derechos fundamentales son la base de la igualdad, la igualdad jurídica es la

²⁸⁴ Direito e razao, teoría do garantismo penal, 2da, edicao, SP, 2000, p. 37 yss.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

igualdad en los derechos fundamentales, los derechos fundamentales son derechos universales en el sentido que son producidos por reglas generales y abstractas que inmediatamente producen la titularidad de esos derechos.

Los derechos fundamentales son normas generales que requieren leyes de actuación, es decir de garantías; pues sin garantías estos derechos quedan en papel.

Por ejemplo establece Ferrajoli que el derecho a la vida tiene la necesidad de una legislación que regule su desarrollo, que es el derecho penal y la prohibición del homicidio sin el código penal, sin ese rol garantista del código penal, que prohíba y sancione la violación de derechos fundamentales como la vida, la integridad personal, la libertad, etc. Estos crímenes no serían punibles. Todos los derechos fundamentales requieren de una legislación que regule su ejercicio.

Para Ferrajoli, la construcción de la democracia consiste en la construcción de garantías, de instituciones y garantías en derecho penal, en derecho social (derecho a la salud, educación etc.) Estos son derechos que requieren de una legislación para su ejercicio IMSS, SEP, son instituciones reguladas, sin las cuales estos derechos (salud, educación) serían promesas, promesas no cumplidas. El garantismo es la otra cara del constitucionalismo, y designa las técnicas a través de las cuales se puede lograr el máximo de efectividad de implementación de este gran edificio constitucional que el sistema de derechos fundamentales representa desde las diferentes dimensiones de la democracia.

2.3.2. Celeridad Procesal.

Al respecto, la norma en su artículo 5, fracción I, enuncia:

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

“...Garantiza que los procesos en que están involucrados los adolescentes se realicen sin dilación y con la menor duración posible...”.

En ese sentido, debe de tomarse en consideración que la pretensión legislativa tiende, en el mismo supuesto, a dos aspectos: El primero es la rapidez o eficiencia con que deben de desahogarse las actuaciones en un proceso de menores, lo más rápido posible, ello al considerar que una de las pretensiones de la norma básica en torno a la víctima es una reparación del daño inmediata, además de ello, para el imputado el proceso alargado y consecuentemente las limitaciones de sus derechos suspendas, son indudablemente un perjuicio, vale también agregar que una resolución judicial más cercana al hecho punible proporciona al Juzgador un debate más actualizado, desahogo de pruebas inmediato, evitando así que los lapsos prolongados sin actuar provoquen olvido en los partícipes humanos del juicio; aún cuando no se citó en nuestra legislación el principio enunciado en el presente, tiene inmerso el diverso de concentración, esto es, procurar que las actuaciones que se practiquen sean mínimas, es decir, desechando lo innecesario, pero que además de ello y en forma ordinaria, se lleven todas a cabo en un periodo corto.

Este es un procedimiento al que aspira todo procedimiento penal, porque resulta indispensable que los juicios penales se resuelvan con prontitud, tal y como lo establece el artículo 17 de la Constitución Política Mexicana²⁸⁵, la

²⁸⁵ ARTICULO 17. NINGUNA PERSONA PODRA HACERSE JUSTICIA POR SI MISMA, NI EJERCER VIOLENCIA PARA RECLAMAR SU DERECHO. (REFORMADO EN SU INTEGRIDAD MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION EL 18 DE JUNIO DE 2008)
TODA PERSONA TIENE DERECHO A QUE SE LE ADMINISTRE JUSTICIA POR TRIBUNALES QUE ESTARAN EXPEDITOS PARA IMPARTIRLA EN LOS PLAZOS Y TERMINOS QUE FIJEN LAS LEYES, EMITIENDO SUS RESOLUCIONES DE MANERA PRONTA, COMPLETA E IMPARCIAL. SU SERVICIO SERA GRATUITO, QUEDANDO, EN CONSECUENCIA, PROHIBIDAS LAS COSTAS JUDICIALES.
EL CONGRESO DE LA UNION EXPEDIRA LAS LEYES QUE REGULEN LAS ACCIONES COLECTIVAS. TALES LEYES DETERMINARAN LAS MATERIAS DE APLICACION, LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES Y LOS MECANISMOS DE REPARACION DEL DAÑO. LOS JUECES FEDERALES CONOCERAN DE FORMA EXCLUSIVA SOBRE ESTOS PROCEDIMIENTOS Y MECANISMOS. (ADICIONADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION EL 29 DE JULIO DE 2008)

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

oralidad debe de ir de la mano de la celeridad, pues al no existir gran cantidad de documentos como hoy día en el juicio ordinario, pueden evitarse las etapas procesales que traen consigo los juicios escritos²⁸⁶.

Indudablemente que las fortalezas de éste principio tienden a la reducción de los plazos ordinarios que transcurren para la obtención de una resolución definitiva, teniendo como consecuencia de la concentración y celeridad en forma indubitable la frescura y recuerdo mediato del hecho punible por parte de los testigos y peritos, así como por los interesados, pero para lo cual indiscutiblemente se requiere una preparación apropiada para el desahogo de las audiencias, con fines específicos.

Su finalidad es resolver lo más rápido posible un juicio, pero ello no depende exclusivamente de los operadores del sistema, que actualmente lo integran, puesto que es necesario para ello la participación de los colegios y barras de abogados y en forma genérica del litigante en sí, puesto que debe de dejar de lado las argucias y chicanadas con las que se prolongan los procedimientos, justificando así –por tiempo, no por eficacia- sus honorarios. Sin que se pierda de vista que es indiscutiblemente necesario establecer que la legislación en Jalisco se encaminó en principio al sistema acusatorio adversarial, que en su *vacatio legis* se reformó dicha legislación, derogando el principio de oralidad²⁸⁷.

LAS LEYES PREVERAN MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS. EN LA MATERIA PENAL REGULARAN SU APLICACION, ASEGURARAN LA REPARACION DEL DAÑO Y ESTABLECERAN LOS CASOS EN LOS QUE SE REQUERIRA SUPERVISION JUDICIAL.

LAS SENTENCIAS QUE PONGAN FIN A LOS PROCEDIMIENTOS ORALES DEBERAN SER EXPLICADAS EN AUDIENCIA PUBLICA PREVIA CITACION DE LAS PARTES.

LAS LEYES FEDERALES Y LOCALES ESTABLECERAN LOS MEDIOS NECESARIOS PARA QUE SE GARANTICE LA INDEPENDENCIA DE LOS TRIBUNALES Y LA PLENA EJECUCION DE SUS RESOLUCIONES.

LA FEDERACION, LOS ESTADOS Y EL DISTRITO FEDERAL GARANTIZARAN LA EXISTENCIA DE UN SERVICIO DE DEFENSORIA PUBLICA DE CALIDAD PARA LA POBLACION Y ASEGURARAN LAS CONDICIONES PARA UN SERVICIO PROFESIONAL DE CARRERA PARA LOS DEFENSORES. LAS PERCEPCIONES DE LOS DEFENSORES NO PODRAN SER INFERIORES A LAS QUE CORRESPONDAN A LOS AGENTES DEL MINISTERIO PUBLICO.

NADIE PUEDE SER APRISIONADO POR DEUDAS DE CARACTER PURAMENTE CIVIL.

²⁸⁶ Gonzalo Armenta, El Juicio Oral y la Justicia Alternativa en México, p. 37

²⁸⁷ Ibidem.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

Tiende a que el proceso se realice en el menor tiempo posible y con la mejor unidad; la reunión de la mayor actividad procesal en el menor número posible de actos permite una mayor utilización del tiempo para hacer efectiva la concentración sólo puede tenerse como prueba aquella controvertida en el juicio oral.

Se pretende garantizar que las audiencias se difieran excepcionalmente y las actuaciones incidentales se pronunciaran en una resolución final.

2.3.3. Certeza jurídica.

Contemplado por la fracción II, del ordinal 5, de la Ley de Justicia Integral para Adolescentes, a su letra dice:

“...Que restringe la discrecionalidad de las decisiones de todas las autoridades del sistema, remitiéndolas al marco estricto de la ley...”

También previsto como principio de legalidad, este principio significa que todo proceso jurisdiccional se debe de constreñir a lo establecido por la ley, lo anterior en acatamiento irrestricto a lo dispuesto por el artículo 14 Constitucional, que literalmente enuncia:

“...Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho...”(Sic)

El principio de legalidad o certeza jurídica, es el principal límite impuesto por las exigencias del estado de derecho, al ejercicio de la potestad

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

punitiva e incluye una serie de garantías para los ciudadanos que genéricamente pueden reducirse a la imposibilidad de que el estado intervenga penalmente más allá de lo que permita la ley; su contenido esencial radica en que no puede sancionarse ninguna conducta ni imponerse pena alguna que no se encuentre establecida en la ley, sólo se puede castigar un hecho si su punibilidad se encuentra prevista en una ley antes de su comisión. Implica entonces dicho principio la obligación del legislador a declarar que un hecho es delictuoso, describirlo con claridad y precisión, lo que nos lleva al tipo penal formulado.

Al analizar este principio, indiscutiblemente tendremos la obligación de considerar que nos encontramos en una etapa de adecuación del nuevo sistema, donde resulta obligatorio realizar una crítica reiterada a la no observancia del garantismo establecido en nuestra norma, denotándose además que la implementación de éste sistema tiene naturaleza jurisdiccional y no administrativa, puesto que el proceso de menores es un instrumento a través del cual unos órganos jurisdiccionales (independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley), aplicarán el derecho objetivo al caso en concreto, de modo definitivo e irrevocable, mediante el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Su génesis, nos lleva a establecer indudablemente ante la presencia de un procedimiento penal especial que además se encuentra amplificado por normas especiales en relación con el derecho penal de adultos, esto por supuesto, dada la minoría de edad del imputado y a la finalidad sancionadora educativa que preside este procedimiento. Debiendo ser diferentes las responsabilidades de los menores con las de los adultos tratándose de índole penal.

2.3.4 Contradicción.

Enunciado en la ley minoril, bajo la fracción III, del numeral 5, establece lo siguiente:

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

“...El desahogo de las pruebas se efectúa en condiciones que permitan a las partes el adecuado ejercicio de los derechos que el ordenamiento procesal les confiere, a fin de debatir los elementos de convicción dentro del juicio...”

Constituido como uno de los pilares del sistema integral de Justicia para Menores, la contradicción consiste en el indispensable interés de someter a refutación y contra argumentación la información, actos y pruebas de la contraparte, lo anterior debido a que las partes podrán debatir los hechos y argumentos jurídicos de la parte contraria, así también tendrán la facultad de controvertir cualquier medio de prueba que se presente durante el proceso.

De la misma manera, la contradicción permite el ejercicio efectivo de lo dispuesto por el artículo 20, de nuestra Carta Magna, que obliga a esclarecer los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito sean reparados. Asimismo, logra que el juzgador obtenga una perspectiva más clara de la situación sometida a valoración, al favorecer un acercamiento a la verdad, brindando una visión detallada de los aspectos a valorar.

Podemos afirmar sin vacilación alguna que el principio de contradicción constituye una exigencia ineludible vinculada al derecho a un proceso con todas las garantías, para cuya observancia adquiere singular relevancia el deber de los órganos judiciales de posibilitarlo.

A modo de corolario, se puede afirmar que en el Juicio Oral la contradicción entre el acusador y el acusado adquiere fundamental importancia al posibilitar a las partes el pleno control recíproco de las probanzas presentadas en el proceso y una directa oposición de argumentos y alegatos allí interpuestos. De esta manera, es decir; posibilitando el desarrollo de un debate oral ampliamente contradictorio, se garantiza la observancia de la garantía

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

constitucional de defensa en juicio que exige, sustancialmente en lo que nos ocupa, que el órgano jurisdiccional no dicte una resolución sin antes poder valorar la defensa que pueda ejercer quien en definitiva resulte acusado en el juicio.

2.3.5. Especialización.

Localizable bajo la fracción IV, del mismo ordenamiento legal, dispone:

“...Todas las autoridades que intervienen en el Sistema, deben tener la capacitación y preparación suficiente para aplicar con eficiencia y eficacia el sistema, debiendo conocer a plenitud los derechos de la adolescencia...”

La especialización relativa al perfil del funcionario, como factor para la obtención de los fines perseguidos por el sistema de justicia juvenil, debe entenderse en dos vertientes:

1. Capacitación o instrucción multidisciplinaria sobre el sistema de administración de justicia juvenil, referida a sus fines, operadores, fases, el fenómeno de la delincuencia juvenil en general y la situación del adolescente que delinque con conocimiento de los derechos reconocidos a los menores y de las modalidades que adquiere el conocimiento, esto es, con conocimiento especializado en la materia y con énfasis particular y preponderante en el aspecto jurídico, y

2. Perfil especial en cuanto al trato y actitud humanitaria hacia el adolescente.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

Desde el inicio del proceso, todas las actuaciones y diligencias estarán a cargo de órganos especializados en materia de justicia para adolescentes.

Las referencias que la ley haga al ministerio público, defensor de oficio, juez y sala del Tribunal Superior de Justicia, se entenderán hechas a servidores públicos y órganos especializados en justicia para adolescentes, quienes contarán con equipos técnicos multidisciplinarios que los auxiliarán con opiniones técnicas para la toma de decisiones.

La especialización del personal requiere ser comprendida, atendiendo a la formación de profesionistas en conocimientos con un grado mayor de profundidad en aspectos particulares y concretos, situación que está regulada ampliamente en la normatividad educativa mexicana, así como en los instrumentos internacionales de Naciones Unidas, todos ellos congruentes y revisados por los expertos en el derecho específico para los menores de edad.

Al respecto, las Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores de las Naciones Unidas señalan en su artículo 22 la necesidad de personal especializado, y de manera precisa indica que: *“el personal encargado de administrar justicia de menores responderá a las diversas características de los menores que entren en contacto con dicho sistema...”*. A este mismo numeral, el comentario oficial que se expresa es relativo a que: *“Es indispensable que todas estas personas tengan siquiera una formación mínima de derecho, sociología, psicología, criminología y ciencias del comportamiento. Esta es una cuestión a la que se atribuye tanta importancia como a la especialización orgánica y a la independencia de la autoridad competente.”*

3.2.6. Inmediación.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

“Tiene por objeto que el Juez personalmente escuche los argumentos de las partes y adquiera pleno conocimiento de los hechos, en tanto que los sujetos procesales serán quienes le ministren los elementos necesarios para adquirir pleno conocimiento de los hechos y formular su juicio...”

Tradicionalmente, se define al principio de inmediación como la obligatoriedad del juzgador de recibir la producción de pruebas y alegatos sin intermediación alguna. También se ha dicho que, en virtud del principio de inmediación, el juez debe tener una relación directa y sin intermediarios con el proceso, tanto con los demás sujetos del mismo, es decir, las partes y los intervinientes, como con su contenido o materia, de principio a fin.

El principio de inmediación presupone que todos los elementos de prueba que son vertidos en un proceso y que servirán para la toma de decisiones preliminares en el proceso y la determinación de la responsabilidad penal de una persona, sean presenciados sin mediaciones o intermediarios por el juez en una audiencia, de modo tal que éste esté en aptitud de determinar, previa valoración libre de la prueba ofrecida, la decisión en cuestión.

Fundamentalmente a través de este principio se busca que el Juez permanezca en contacto permanente con el acusado durante todo el proceso, a fin de que pueda interrogarlo, leer su lenguaje corporal y aclarar dudas cuando las tenga.

Este principio rompe con la práctica omisa y opuesta a todo umbral de legalidad del proceso, y de la mal vista situación de que el juzgador nunca conoce al reo, como ocurre algunas veces en nuestro sistema procesal penal. La propuesta toral en los nuevos juicios orales, se deberá tener como premisa básica, la inmediación a grado tal, que si el juez, no asistiera o abandonara la

audiencia, el juicio sería anulado y dicha nulidad podría pedirla cualquiera de las partes²⁸⁸.

Todo sujeto tiene derecho a actuar en el proceso, y el juez debe de proveer las medias necesarias para atender a las partes contendientes, sin favoritismos ni desproporciones.

2.3.7. Interés superior del adolescente

“Garantiza que toda medida que el Estado adopte frente a los adolescentes que realizan conductas ilícitas, deba interpretarse y aplicarse siempre en el sentido de fortalecer los derechos de los menores...”

El principio del interés superior del adolescente implica que la actuación de las instituciones, tribunales y autoridades encargadas de la aplicación del sistema penal para adolescentes, deberá estar orientada hacia lo que resulte más benéfico y conveniente para el pleno desarrollo de su persona y sus capacidades, y que las medidas especiales impliquen mayores derechos que los reconocidos a las demás personas, esto es, habrán de protegerse, con un cuidado especial, los derechos de los menores, sin que esto signifique adoptar medidas de protección tutelar.

Este principio implica que las políticas, acciones y toma de decisiones del Estado relacionadas con los menores de dieciocho años deben buscar en beneficio directo del infante y del adolescente a quienes van dirigidas, y que las instituciones de bienestar social, públicas y privadas, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos, al actuar en sus respectivos ámbitos, otorguen prioridad a los temas relacionados con dichos menores.

²⁸⁸ CASANUEVA REGUART, S.E. Juicio Oral, teoría y practica, Porrúa, 2009.p. 85

De lo anterior, se pueden enunciar los siguientes fundamentos:

- ❖ El niño es todo ser humano menor de 18 años de edad,
- ❖ El Estado deberá velar por el interés superior del niño,
- ❖ La detención, o encarcelamiento o prisión de un niño se utilizará tan solo como medida de último recurso,
 - ❖ Cuando los menores puedan ser procesados deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible para su tratamiento,
 - ❖ El sistema de justicia para menores garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito,
 - ❖ En todas las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas tales como la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos y el derecho de apelación ante una autoridad superior, y
 - ❖ La autoridad pertinente recurrirá en la mayor medida posible a la libertad condicional y la concederá tan pronto como sea posible.

En síntesis, el principio del interés superior del adolescente maximiza los derechos del mismo y restringe los efectos negativos de la sujeción al sistema de justicia penal para adolescentes. (Justicia Alternativa y justicia penal para adolescentes en el sistema acusatorio)

2.3.8 Jurisdiccionalidad

“Que deposita en una jurisdicción especializada la facultad para dirimir los conflictos de los adolescentes mediante la aplicación de la ley...”

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

Este principio significa que deben instaurarse tribunales formal y materialmente hablando, en razón de de que si se ha admitido la naturaleza penal de este sistema de justicia, y se ha aceptado que se inscribe dentro del régimen de asunción plena de derechos y también de responsabilidades, ello conduce a que los adolescentes, además de gozar de múltiples garantías, puedan verlas restringidas e, incluso, puedan ser privados de su libertad, total o parcialmente, en el menor número de casos; por tanto, debe admitirse que tales facultades, conforme a nuestra tradición jurídica, solo son admisibles cuando provienen de una autoridad judicial.

Así, los órganos que han de juzgar a los adolescentes que hayan cometido delitos, para satisfacer el mandato constitucional, no sólo deben desempeñar la función jurisdiccional material, sino también deben quedar inscritos formalmente, con todas las consecuencias inherentes a ello, dentro del Poder Judicial del Estado Mexicano y absolutamente separado del poder ejecutivo. (La Nueva Justicia Integral para Adolescentes, Israel Alvarado Martínez)

2.3.9 Mínima Intervención

El Derecho penal esta dirigido a posibilitar la vida del hombre en sociedad ordenando las relaciones humanas y protegiendo bienes jurídicos que son estimados como fundamentales para la convivencia²⁸⁹.

Este principio postula la necesidad de restringir al máximo la intervención de la ley penal, reservándola sólo para casos de ataques graves a las normas de convivencia social que no pueden ser eficazmente controlados por otros mecanismos menos traumáticos.

²⁸⁹ ZAMORA JIMENEZ, A. /BARBA ÁLVAREZ, R., Teoría Jurídica del delito, Ángel Editor, 2010, p 55 y ss.

La mínima intervención se traduce en que la limitación o privación de derechos del adolescente debe acotarse al máximo.

El texto legal establece una amplísima posibilidad de no apertura de expediente alguno contra menores que han cometido actos delictivos, bien porque se haya producido pensemos en corrección dentro del ámbito familiar, bien porque el menor este dispuesto a reparar el daño causado. Ello puede ser criticable al existir riesgos en la aplicación del principio de oportunidad, pero también puede proporcionar diversas ventajas.

La cuestión puede ser abordada desde tres de sus implicaciones:

a) Alternatividad. Este principio se desprende del contenido en el artículo 40.3b de la Convención sobre los Derechos del Niño, de acuerdo con ello, se debe buscar resolver el menor número de conflictos a nivel judicial.

b) Internación como medida más grave. La normatividad secundaria siempre deberá atender a esta condición; esto es, que el internamiento solo podrá preverse respecto de las conductas más graves.

c) Breve término. Será de especial importancia determinar que es lo que implica el postulado constitucional previsto en el artículo 18 al decir: “el internamiento se utilizará sólo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse a los adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves.

2.3.10 Proporcionalidad

“Las medidas deben ser racionales, justificadas y proporcionales a la conducta desplegada y daño ocasionado por el adolescente...”

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

El principio de proporcionalidad responde a la idea de evitar una utilización desmedida de las sanciones que conllevan una privación o una restricción de la libertad, buscando el equilibrio entre la acción delictiva y la sanción que se pueda imponer, optando por la que menos perjudique los derechos fundamentales del menor.

La necesaria discrecionalidad que ha de otorgarse al Juez de Menores para poder adaptar a imponer a las circunstancias del menor debe necesariamente tener como contrapeso el principio de proporcionalidad y el acusatorio y así se destaca con nitidez por la jurisprudencia menor.

La proporcionalidad en la determinación de la medida, considera tanto las condiciones internas del sujeto, como las externas de la conducta que se despliega, esto es, deberá atender tanto el bien jurídico que quiso proteger como a su consecuencia, sin que implique el sacrificio desproporcionado de los derechos de quienes los vulneran; de manera que el juzgador puede determinar cual será la pena aplicable que oscila entre las que el legislador estableció como mínimas y máximas para una conducta determinada.

En tal sentido, se debe dar un tratamiento distinto a cada conducta al asignar medidas diferentes, lo cual permite presumir que, para ello, el legislador consideró sus características específicas, así como la posible vulneración de los bienes jurídicos contra los que atenta²⁹⁰.

Para concluir, la pena ha de ser proporcional a la gravedad del hecho, tanto por su jerarquía respecto del bien jurídico afectado, como por la intensidad del ataque al mismo. Han de excluirse penas iguales para hechos diferentes, puesto que esto puede implicar una forma de discriminación.

²⁹⁰ ALVARADO MARTÍNEZ, I., La Nueva Justicia Integral para Adolescentes, México, 2010 p. 57 y 58.

2.3.11 Protección Integral de los Derechos del Adolescente

“Que requiere en todo momento que las autoridades del sistema respeten y garanticen la protección de los derechos de los adolescentes sujetos al mismo...”

Con este principio se establece la obligación de respetar la calidad específica del menor, reconociendo que es una persona en desarrollo. En el preámbulo de la convención sobre los Derechos del Niño se dice: “el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección, tanto antes como después del nacimiento...”.

En las Reglas de Administración de Justicia de Menores, en el rubro de las orientaciones fundamentales, también se señala que los Estados miembros procurarán promover el bienestar del menor y de su familia, creando condiciones que le garanticen una vida significativa en la comunidad, “Fomentando durante el periodo de edad en que el menor es más propenso a un comportamiento desviado, un proceso de desarrollo personal y de educación”.

El cuidado de los menores detenidos y su preparación para su reintegración a la sociedad constituyen un servicio social de gran importancia y, a tal efecto, se deben adoptar medidas eficaces para fomentar los contactos abiertos entre los menores y la comunidad local.

En el sistema de justicia integral para adolescentes, se implementa el principio de protección mediante el reconocimiento de bondades importantes tales como la homologación, competencia específica para quienes cometen conductas tipificadas en las leyes penales, la finalidad de la reintegración social y familiar, así como el desarrollo de su persona por medio de las medidas de orientación, protección y tratamiento; la implementación de formas alternativas

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

de justicia; la aplicación del debido proceso legal y el internamiento como medida extrema por el tiempo más breve que proceda, entre otros²⁹¹.

Evidentemente, también en este ámbito sucede lo que en el interés superior: El desarrollo integral, base de la protección de la misma naturaleza se aprecia y mide desde afuera del menor, conforme a ciertos patrones o referencias culturales.

La Corte ha insistido en el deber del Estado de procurar el desarrollo integral del niño y el adolescente, es decir, el despliegue de sus potencialidades, el acceso a su mejor destino, la realización –en su hora– de su “proyecto de vida”.

El interés superior del menor, que implica realización cabal de sus derechos, queda bien servido cuando se provee al desarrollo integral a través de una protección igualmente plenaria.

2.3.12 Reincorporación social, familiar y cultural del adolescente

“Que orienta los fines del Sistema hacia la adecuada convivencia del adolescente que ha sido sujeto de alguna medida...”

Orienta los fines del Sistema Integral de Justicia para Adolescentes a fortalecer el respeto por la dignidad y los derechos fundamentales del adolescente, así como reasumir una función constructiva en la sociedad y en su familia.

2.3.13. Subsidiariedad

²⁹¹ VILLANUEVA CASTILLEJA, Ruth, El nuevo sistema de menores, México, 2009, pp. 76 y 78.

“Por el que se reduce la acción del Estado a lo que la sociedad civil no puede alcanzar por sí misma...”

2.3.14. Transversalidad

“Para la interpretación y aplicación de las medidas que se impongan al adolescente se debe tomar en cuenta la totalidad de los derechos con que se encuentran investidos, como sujetos de diversa identidad; así como de las condiciones especiales o contingentes existentes al momento en que se les sujeta al Sistema...”

CAPÍTULO III

CRÍTICA AL MODELO DE JUSTICIA DE MENORES EN NUESTRO ENTORNO JURÍDICO

3.1 España

El 13 de enero de 2001 entró en vigor la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores de Edad. Esta Ley ha supuesto la consolidación del reconocimiento del menor de edad como sujeto de derechos en el proceso penal y en ella se ha cuidado de forma especial el aspecto de las garantías, cuya protección última corre a cargo del Juez, aunque también se confiere esta función al Ministerio Fiscal en su condición de defensor de la legalidad y de los derechos de los menores de edad.

La nueva ley es técnicamente mejor que la anterior y no cabe duda de que esto se debe a que fue ampliamente discutida y consensuada con todos los operadores que intervienen en el ámbito de los adolescentes infractores, sin embargo, las novedades que presenta son muy pocas respecto de las

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

contenidas en la actualmente vigente Ley Orgánica 4/92 sobre Reforma de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores.

Es interesante comentar la evolución que en España ha experimentado la respuesta que el Estado y la sociedad han venido dando a los menores de edad en conflicto con la ley penal, porque de alguna forma refleja lo que está ocurriendo en América latina, al haberse abandonado en pocos años la doctrina de la situación irregular para pasar a la de la protección integral.

La Ley sobre Tribunales Tutelares de Menores del 11 de junio de 1948, atribuía el conocimiento y sustanciación de las infracciones cometidas por niños y adolescentes a unos órganos de naturaleza administrativa, denominados Tribunales Tutelares de Menores, con funciones de protección y reforma. Las funciones punitivas o de reforma descansaban en un concepto tan amplio de delincuencia juvenil que sus decisiones afectaban a los derechos y libertades, tanto de los infractores de las leyes penales como de todos aquellos que contravenían una normativa municipal y provincial, cometían pequeños actos de vandalismo, faltaban al respeto a sus padres y tutores o eran considerados “prostituidos, licenciosos, vagos y vagabundos” (art. 9º).

En 1978 España estrenó, después de casi cuarenta años de dictadura, una Constitución democrática que impulsó la transformación del Estado y del ordenamiento jurídico. Esos cambios se inspiraron en el reconocimiento de unos valores superiores (la libertad, la justicia, la igualdad, el pluralismo político) y de un conjunto de libertades y derechos fundamentales de carácter no sólo político y civil, sino cultural, social y económico con sólidas bases en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de Roma de 1950. La persona se convertía así en el centro de la protección jurídica y los derechos fundamentales se reconocían explícitamente como anteriores al Estado y no mera creación convencional de éste.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

Las leyes nacionales fueron modificándose para adaptarse a la Constitución y, entre ellas la Ley Orgánica 6/1985, de 1º de julio del Poder Judicial (LOPJ), que con el fin de garantizar derecho de tutela judicial efectiva reconocido a todos los españoles y españolas sin distinción de edad, introdujo un cambio radical para el futuro de la llamada justicia juvenil. Esta Ley, en desarrollo de las previsiones constitucionales, creó los Juzgados de Menores, integrados plenamente en el poder judicial y les atribuyó el conocimiento de aquellos hechos tipificados como delito o falta por la ley cuando fueran cometidos por menores, separándose así las funciones protectoras de las reformadoras. Sin embargo, sus actuaciones y procedimiento siguieron rigiéndose por la Ley de Tribunales Tutelares de 1948. En 1989 la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño y su ratificación por España en 1990 fue determinante para avanzar hacia la transformación definitiva de la justicia para los menores de edad, ya que puso a los jueces y demás operadores jurídicos en contacto no sólo con ese tratado internacional de protección de la infancia, sino con un conjunto de normas aprobadas por la comunidad internacional que guardan una estrecha relación con la Justicia de la infancia y la adolescencia. Estas normas son las Reglas Mínimas de Naciones Unidas (Beijing) para la administración de justicia de menores, las Reglas de Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad y las Directrices de Naciones Unidas (Riad) para la prevención de la delincuencia juvenil.

En este contexto histórico, un grupo numeroso de jueces de menores, fieles a su compromiso profesional y con innegable voluntad de convertir a España en un país moderno, interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra el art. 15 de la entonces vigente Ley de Tribunales Tutelares de Menores, cuya redacción era la siguiente: “las sesiones que los Tribunales Tutelares celebren no serán públicas y el Tribunal no se sujetará a las reglas procesales vigentes en las demás jurisdicciones, limitándose en la

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

tramitación a lo indispensable para puntualizar los hechos en que hayan de fundarse las resoluciones que se dicten, las cuales se redactarán concisamente, haciéndose en ellas mención concreta de las medidas que hubieran de adoptarse. Las decisiones de estos tribunales tomarán el nombre de acuerdos, y la designación del lugar, día y hora en que habrán de celebrarse las sesiones será hecha por el Presidente del respectivo Tribunal. Los locales en los que actúen los Tribunales de Menores no podrán ser utilizados para actos judiciales.

En 1991 el Pleno del Tribunal Constitucional en su Sentencia 36/1991, de 14 de febrero (STC) declaró inconstitucional el art. 15 de la referida Ley, en lo relativo al procedimiento aplicable en el ejercicio de la facultad de corrección o reforma, iniciándose así la segunda fase de la historia de la justicia juvenil. La Sentencia recoge referencias expresas al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Convención sobre los Derechos del Niño, afirmando que del tenor literal de estos tratados “resulta inequívocamente que este procedimiento no es otra cosa que una variante del proceso penal, cuyos principios básicos debe respetar”.

La fundamentación jurídica de la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) parte del reconocimiento de que ese artículo estaba inspirado en el modelo positivista y correccional, que considera al menor irresponsable de sus actos, “al que no han de aplicar, para examinar su conducta, las garantías jurídicas de otras jurisdicciones, por entender que no es posible imponerle medidas de carácter represivo, que tengan la consideración de penas o sanciones”, siendo “el juez el encargado de velar por sus intereses en base a criterios meramente paternalistas”.

Continúa argumentando el Alto Tribunal que, en su aspecto reformador, el mencionado precepto infringía lo dispuesto en los tratados internacionales ratificados por España y en los derechos fundamentales y garantías constitucionalmente reconocidas, para más adelante afirmar que la

exclusión de las garantías es en sí misma inconstitucional y, consecuentemente, “la diversidad radical en la tramitación de los procedimientos, de manera que se respeten en unos casos y se ignoren en otros los derechos garantizados en el art. 24 de la Constitución Española (CE), habrá de considerarse violatoria de lo dispuesto en el art. 9.3 (principio de seguridad jurídica). Como esta última es precisamente la situación,...ya ahora podemos afirmar que el art. 15 LTTM viola el principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 CE... y el principio de igualdad del art. 14 CE”. El Tribunal Constitucional (TC) tuvo también en cuenta que al declarar la inconstitucionalidad del art. 15 referido se creaba un vacío normativo, por lo en el mismo fallo ordenó a las Cortes que procedieran a reformar esta legislación y encomendó que “En tanto esto no suceda, serán los propios jueces quienes habrán de llenar el vacío producido”, guiados en todo momento por lo dispuesto en el art. 40.2.b de la Convención sobre los Derechos del Niño y por la doctrina constitucional sobre los derechos consagrados en el art. 24 de la CE, en especial sobre el derecho al juez imparcial. En 1992, como consecuencia de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 1991, entró en vigor la Ley Orgánica 4/92 que regulaba la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores. La misma Ley reconoce “el carácter de reforma urgente, que adelanta parte de una renovada legislación que será objeto de medidas legislativas posteriores”, pero su importancia radica en que efectivamente supone una transformación en la percepción y tratamiento de la infancia desde el punto de vista jurídico-legal a partir de la incorporación de los principios rectores de los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos y ratificados por España.

3.2 Italia

El 24 de octubre de 1989 entró en vigor el Decreto de 22 de septiembre de 1988, relativo al nuevo proceso penal aplicable a los menores. Esta norma puede considerarse como la primera verdadera reforma desde que se aprobara la ley de 1934. La nueva normativa opta por un sistema intermedio

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

en el que conviven elementos del modelo de justicia y rasgos del modelo asistencial. La orientación del sistema es eminentemente educativa.

Las medidas dirigidas a la educación del niño o del joven y a su reinserción en el medio social y familiar tienen absoluta prioridad sobre las sanciones y las penas; la prisión es considerada siempre como recurso último y subsidiario para el caso de que el resto de las medidas resulten infructuosas. En este contexto, e inspirándose en los modelos asistenciales, se atribuye un verdadero protagonismo al menor.

Como se ha indicado en líneas antecedentes, la reforma del proceso penal juvenil italiano se ha plasmado, tras largos años de práctica jurisprudencial, en un Decreto del Presidente de la República de fecha del 22 de septiembre de 1988. Esta norma indica ya en su artículo primero dedicado a establecer los principios generales del proceso, que en todo lo que su articulado no prevea, se aplicará el Código de Procedimiento Penal General aplicable a los adultos.

La ley de 1934 establecía una edad mínima, la de 14 años, hasta la cual todos los niños eran considerados incapaces de entender y de querer, y por lo tanto se declaraban inimputables. Con relación a los jóvenes entre 14 y 18 años era preceptivo estudiar cada caso individualmente con objeto de determinar la existencia o la inexistencia de capacidad de entender y de actuar. En caso de ser declarado capaz, el menor se veía obligado a responder penalmente de sus actos, sin perjuicio de su derecho a disfrutar de la atenuante de minoría de edad.

La nueva norma, en su artículo 3.1 otorga competencia a los tribunales de menores para conocer de todos los casos incoados contra menores de 18 años sin hacer referencia al límite mínimo de responsabilidad penal. Sin embargo, más adelante en su articulado recoge la edad de 14 años

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

que ya existía en la legislación anterior, declarando inimputables a los menores que no hayan alcanzado esa edad.

Los delitos contemplados tanto por la norma de 1934 y sus modificaciones, como los que entran dentro del ámbito material de la nueva ley, son los mismos que los actos calificados como delitos en el Código Penal aplicable a los adultos.

La competencia para conocer de los procesos penales contra menores corresponde a los tribunales de menores. Estos Tribunales constituyen un órgano especializado compuesto por dos magistrados ordinarios y por dos magistrados honorarios, nombrados los dos últimos por el Consejo Superior de Magistratura.

El juez de indagaciones preliminares al servicio del Tribunal de Menores se encarga de “instruir” el asunto, aunque jurídicamente no se trate de un verdadero juez de instrucción y, por su parte, el juez de vigilancia se encarga de la ejecución y del seguimiento de la medida. Las sentencias dictadas por esta jurisdicción son apelables ante la sección juvenil del tribunal de apelación de cada región.

La competencia territorial del tribunal de menores abarca, por lo general, el distrito judicial del tribunal de apelación, correspondiente por norma a la región. Algunas regiones muy grandes disponen de más de un tribunal; es el caso de Lombardía, Campania y Sicilia.

Desde el punto de vista material, los tribunales de menores son competentes en lo civil (patria potestad, tutela), en lo administrativo (desorientación y desadaptación, reflejados en conductas irregulares como las fugas, el absentismo escolar, etc.), y en lo penal (conductas tipificadas como delitos en el Código Penal italiano).

La Dirección de Bienestar Social, en el libro “Sistemas de Justicia Penal Juvenil en Europa”, elabora un breve resumen del procedimiento minoril en Italia, el cual será transcrito a fin de crear un panorama más amplio dentro de la reforma de justicia juvenil en Italia.

“...Cuando un menor comete un delito, se le puede denunciar a la policía. Es entonces la sección de menores de la Policía Judicial la que se encarga de detener al menor. Esta detención, sin embargo, será obligatoria o facultativa en función de la gravedad de los hechos.

Si la infracción no reviste especial relevancia o gravedad, la policía puede optar por desestimar el caso. En la práctica esta desestimación, está a veces acompañada por una amonestación informal que hasta ahora no ha quedado plasmada legalmente. En los casos que presentan gravedad, la sección de menores de la policía judicial debe actuar con vistas a un proceso penal, y por lo tanto detener al menor.

En tales supuestos, darán aviso a los padres o tutores del joven a fin de que asistan al interrogatorio, en el que los agentes deben actuar con cautela, procurando dar a estas actuaciones forma de diálogo. Para ello, como se verá en el apartado 3.1. Del presente capítulo, los agentes de la sección juvenil de la Policía Judicial tienen una formación adecuada al trato con menores.

En este punto, y cuando la policía ha detenido al menor “in fraganti”, dispone de pruebas de su autoría y culpabilidad en un delito, los agentes de la policía encargados del caso pueden decretar una medida de detención preventiva que, en función de la gravedad del caso, se lleva a cabo en un centro o comunidad pública especializado en menores que actuará como institución de observación, en su propia casa o en el seno de otra familia cuando

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

la suya no presente las garantías suficientes. Cuando opta por una de estas medidas cautelares, debe informar inmediatamente a los padres o tutores del joven, al fiscal y a los servicios asistenciales del Tribunal de Menores.

Una vez que el caso se encuentra en la Fiscalía, el fiscal debe encargarse de indagar aquellos hechos que en el atestado policial no queden totalmente aclarados. También pide informes sobre la personalidad del menor, sobre su situación familiar y social, y estos datos le serán proporcionados por el Servicio de Asistencia del Tribunal. Considerados todos estos extremos conforme al artículo primero del Decreto regulador del nuevo proceso penal italiano, y habiendo calificado los hechos como constitutivos de un delito tipificado en el Código Penal, debe llevar el caso ante el tribunal de menores.

Cuando el caso llega a la autoridad judicial, ésta tiene que pronunciarse sobre la medida cautelar a que se encuentra, en su caso, sometido el menor. Si considera que el delito reviste mucha gravedad, que el delincuente es peligroso o que hay riesgo, en caso de dejarlo en libertad, de que no acuda al juicio, el Tribunal decreta la prolongación de la medida que se estaba llevando en el centro de observación, o en el ámbito familiar.

El tribunal, a través del juez de investigaciones preliminares, procede a la instrucción del asunto. Con este objeto vuelve a analizar los hechos, los informes del Servicio Asistencial del Tribunal y solicitan más datos si los considera necesarios. Los profesionales del Servicio Asistencial pueden entonces recurrir a los servicios sociales locales y a los servicios educativos y sanitarios para conseguir la información requerida por el juez. El informe elaborado reviste mucha importancia, ya que las características psíquicas, psicológicas, familiares y sociales del menor se convierten en un factor determinante de la medida, que de acuerdo con la ley debe adecuarse a la personalidad del menor.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

En este punto del procedimiento entra en escena el Juez de Menores. En efecto, se inicia la vista, que se caracteriza por producirse, por norma general, a puerta cerrada, a fin de respetar el principio de publicidad restringida que la legislación prevé en los casos de procesos penales contra menores. Sin embargo, cuando el menor tiene más de 16 años, puede solicitar del tribunal que su proceso se desarrolle en audiencia pública, petición que sin embargo no es de naturaleza para el juez. En efecto, si éste, tras sopesar las razones alegadas considera que la publicidad del proceso puede revertir en interés del menor, procede en audiencia pública. Si considera que las consecuencias de este tipo de juicio pueden ser perjudiciales para el menor, deniega la petición.

La vista se desarrolla con pleno uso de las garantías procesales para el imputado. Asisten el fiscal, el abogado defensor, y los padres o tutores del joven, y se inicia el debate contradictorio, en el que el juez por lo general, conforme al principio acusatorio, se limita a pronunciarse sobre los extremos sometidos a discusión por las partes en el debate contradictorio.

El juez italiano, a la hora de sentenciar, tiene a su disposición una amplia gama de medidas. En primer lugar, cuando, después del informe pericial, se haya comprobado que el menor no alcanza los 14 años de edad, pronuncia un auto de desestimación del caso por tratarse de un sujeto no imputable penalmente. En tales supuestos, el juez puede remitir el caso a los servicios sociales, para que los mismos, si lo consideran oportuno, acudan a los procedimientos civiles de protección de la Infancia.

En aquellos casos en los que durante la instrucción o investigación preliminar, se haya observado la irrelevancia de los hechos y el carácter muy ocasional del comportamiento delictivo, el fiscal solicita del tribunal un auto de desestimación si en su opinión, la intervención en el resto del procedimiento puede resultar perjudicial para el menor desde el punto de vista educativo. En

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

estas ocasiones, el juez, por lo general, estima la petición del fiscal, pero puede ocurrir, excepcionalmente, que difiera en su diagnóstico del caso y en tales supuestos devuelve las actuaciones al fiscal para que prepare la acusación, o para que, si lo estima oportuno, recurra en apelación contra su decisión.

Otra medida a la que puede recurrir la autoridad judicial es la de la suspensión a prueba del proceso. Esta suspensión puede alcanzar un máximo de 3 años cuando el delito cometido tiene prevista en el Código Penal una pena de reclusión de 12 años (máximo), y no podrá ser superior a 1 año en todos los demás casos. Durante el período probatorio el joven queda sometido al control, la observación, asistencia y orientación del Servicio de Asistencia Juvenil de la Administración de Justicia que colabora activamente con los servicios sociales locales.

Esta medida puede conllevar determinadas prescripciones para el menor, como son la de reparar los daños provocados por el delito, llegar a un acuerdo de conciliación con la víctima, respetar determinadas prohibiciones (prohibición de frecuentar determinadas personas y lugares fundamentalmente). En caso de transgredir las prescripciones impuestas, el juez puede revocar la suspensión del proceso. Si por el contrario, el menor supera la prueba, el juez da por compensado el delito.

Cuando, dada la gravedad y la naturaleza del delito, es aplicable una pena de privación de libertad no superior a 2 años, el juez puede recurrir a sanciones sustitutorias como la libertad vigilada, medida que se acomodará en su modalidad a las necesidades profesionales y/o educativas del menor, y a las circunstancias familiares y sociales que rodean al menor. El magistrado de vigilancia competente para la ejecución de la sentencia convoca al menor, a sus padres, o tutor, al delegado de libertad vigilada y a los servicios de asistencia juvenil, a fin de comunicarles las modalidades de aplicación de la sentencia, ajustándolas a las necesidades educativas, profesionales, familiares y sociales del joven. Otras medidas sustitutorias son el servicio comunitario o prestaciones

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

a favor de la comunidad, o el confinamiento en el propio domicilio del menor, sometido a la vigilancia de los padres o tutores.

El Tribunal de Menores puede, por último, recurrir a las penas privativas de libertad. Las mismas se cumplirán en instituciones especialmente diseñadas para los menores: se trata de los llamados reformatorios judiciales y de las prisiones-escuela. Ambas son instituciones cerradas, pero los primeros se rigen por un régimen interno menos estricto que las segundas, debido a que tienen un carácter más marcadamente educativo. Ambos centros disponen de instalaciones educativas escolares y de formación profesional...” (Sic)

Finalmente y a fin de esclarecer la función específica de cada una de las instituciones que intervienen en el proceso, enunciaremos de manera cronológica su empleo:

- **Policía.** La sección de menores de la Policía Judicial es el cuerpo policial competente para encargarse de los asuntos donde intervienen menores, los agentes que la componen están obligados por ley a tener la formación adecuada y necesaria al trato con niños y jóvenes. Para ello, se crean cursos de formación previos y continuados en los que se insiste en los aspectos jurídico-procesales (derechos del niño), psicológicos y pedagógicos. Cabe destacar, que esta normativa se aplica únicamente en los municipios más grandes, por ser los que disponen de una sección de menores en su organización.

- **Fiscal.** Ejerce las funciones de acusador público, y es el competente para calificar los hechos determinando si son constitutivos de delito o si no lo son. Debe actuar conforme a los estrictos criterios establecidos por la ley y por lo tanto, de acuerdo con el principio de legalidad vigente en Italia, debe remitir al tribunal de menores todas aquellas conductas que infrinjan la ley y que están tipificadas en el Código Penal, sin poder, en principio, juzgar de la relevancia o de la irrelevancia de un caso.

- **Servicio de asistencia al menor.** Los tribunales de menores disponen en su sede de un Servicio de Asistencia al Menor competente para elaborar el informe social, psicológico y educativo, que remite al Fiscal y al Tribunal de Menores, para que éstos valoren las condiciones que han intervenido en la comisión del delito, siendo estos factores tan importantes o más a la hora de acordar la medida, la naturaleza y la gravedad del delito. A esta función se añade su intervención en la ejecución de la medida. Una vez decretada, el juez de vigilancia debe reunirse con el Servicio de Asistencia al Menor del Tribunal así como con los servicios sociales locales para determinar la modalidad de ejecución de la medida y el control que de ella se hace. Estos servicios se encargan del control de la conducta del menor y de ayudarlo, tanto en cuanto a la orientación educativa como en cuanto a las actividades de tiempo libre.

- **El Juez de menores.** Los tribunales de menores constituyen un órgano especializado compuesto por dos magistrados ordinarios y por dos magistrados honorarios nombrados por el Consejo Superior de la Magistratura. Todos ellos han de poseer una formación, además de puramente jurídica, abierta a las ciencias que, de una forma o de otra, incidan en materias relacionadas con los menores, la familia, la educación y los servicios sociales. Por lo general, estas disciplinas son la psicología, la pedagogía, la sociología, la psiquiatría y los estudios de trabajo social.

3.3 Brasil

En Mayo de 2003, fue creada la Secretaría de Reforma Judicial, elegida por el gobierno del Presidente Lula como una de las prioridades durante

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

su mandato, para hacer la articulación de políticas volcadas al cambio del Sistema judicial.

La estrategia de actuación de la Secretaría está centrada en tres conjuntos de acciones:

La primera iniciativa es la reforma constitucional, aprobando en diciembre pasado la enmienda constitucional 45, que introduce innovaciones en relación a la macro estructura del Poder Judicial. Creamos en Brasil, ahora, el Consejo Nacional de Justicia, conferimos autonomía a las defensas públicas provinciales, instituímos la federalización de los crímenes contra los derechos humanos, entre una serie de otras medidas que ahora están en nuestra Constitución federal.

El segundo conjunto de acciones se dirige a la reforma procesal, a la reforma legislativa, enviando al Congreso Nacional 23 proyectos de ley que cambian el Código de Proceso Penal, Civil y Laboral, en un intento de hacer el proceso más efectivo y más rápido.

El tercer conjunto de acciones son aquellas sobre la modernización de gestión del Poder Judicial.

Sin embargo, tras algunos trabajos de investigación y diagnósticos sobre acceso a la justicia por medio de alternativas de reducción de conflictos, fue visible que en cuestión de la resolución alternativa en el ámbito penal de niñez y adolescencia no había casi nada en Brasil.

De allí nació el programa Promoviendo Prácticas Restaurativas de un Sistema de Justicia Brasileño. En estos programas existen algunos colaboradores como el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en Brasil (PNUD), el ILANUD en Brasil, las cortes de justicia de tres provincias:

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

Distrito Federal, San Pablo y Río Grande do Sul, juntamente con las escuelas, la Magistratura, el Ministerio Público, la Defensa Pública y tan importante en cuanto a todos los otros corresponsables, los programas de asistencia social.

Los objetivos del proyecto son los siguientes: Profundizar el análisis, la diseminación, la difusión y la evaluación de ese modelo restaurativo en los sistemas de justicia brasileño. Para eso se trabaja en dos ejes: Un eje teórico y otro práctico.

Las experiencias internacionales sobre justicia restaurativa, en gran parte de los casos, están en países que tienen una cultura jurídica diferenciada. Entonces, se debe tener mucho cuidado en cómo hacer esa adaptación para nuestra realidad.

En ese eje teórico se publicó un manual de apoyo a los jueces, a los profesionales y a los técnicos que quieran hacer una experiencia concreta de justicia restaurativa, compilando todos los datos, todo lo aprendido en esos tres proyectos pilotos.

En el eje práctico, existen tres experiencias concretas de aplicación del modelo restaurativo. La primera es en el núcleo ponderante que está en Brasilia y funciona en la justicia criminal para adultos; y los otros dos pilotos están en el ámbito de la niñez y adolescencia.

El primero de ellos está en San Pablo, en la ciudad de San Caetano do Sul. Es un proyecto que tiene la característica de unir la actuación represiva y las escuelas de la red pública. Nuestros esfuerzos se orientan a capacitar a los agentes educadores para que los conflictos que son típicamente disciplinarios no lleguen al Juzgado de Niñez como conflictos que reclaman una intervención estatal. Esos proyectos trabajan con el proceso de conocimiento.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

Entonces, la idea es conseguir la remisión en gran parte de los Estados, y que los otros ni siquiera lleguen a los fiscales. Y el trabajo de capacitación está enfocado en los educadores y agentes del propio Juzgado de Niñez y Adolescencia de San Caetano.

El otro proyecto piloto está ubicado en Porto Alegre, también en el Juzgado de la Niñez y Juventud, pero ahora en el proceso de ejecución. Aquí estamos probando modelos restaurativos con casos de niños ya privados de su libertad, a fin de lograr una rápida concreción de una libertad asistida. Además, estamos intentando una aproximación entre víctima y ofensor; y los resultados parecen muy interesantes.

Hay una preocupación muy grande también por documentar todas las etapas o estadios de la capacitación y de su aplicación práctica para que lleguemos a un resultado de evaluación que pueda legitimar el modelo. Como no hay tradición en el Brasil sobre este tipo de experiencias, esta es la primera en cuanto a una política pública; y entendemos también que es estratégico el convencimiento. Eso se logra con un monitoreo de las experiencias y una evaluación que estará terminada de aquí a seis u ocho meses.

El primer principio se refiere a precedentes e informaciones sobre las prácticas restaurativas y todos los procedimientos en que los participantes tomarán parte.

El segundo principio habla de la voluntariedad: Nadie puede ser obligado a ser parte de un procedimiento restaurativo si así no lo quiere.

Después, tenemos el principio de respeto entre todos los participantes; y no sólo de las víctimas y ofensores sino principalmente psicólogos, los asistentes sociales, los representantes de la comunidad que puedan ser parte de estos encuentros restaurativos. Este principio dice que

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

todas las personas implicadas en este conflicto deben tener esa atención, haciendo hincapié en sus necesidades y posibilidades. Aquí no estamos hablando de víctima o de ofensor.

Hay una preocupación en el Brasil sobre la cuestión de capacitación. La Carta expresa el derecho a exigir la confidencialidad de toda la información referente a ese proceso restaurativo. Si las partes no logran llegar a un acuerdo, lo que pasó en esas sesiones no puede ser considerado por el juez para fijar la pena en el proceso tradicional.

En el municipio de Sao Paolo, las cifras tanto de internamiento como de medidas alternativas a la privación de libertad, pueden resultar sorprendentemente elevadas. Son 6,147 adolescentes los que se encuentran actualmente privados de libertad y 3,516 en medidas de medio abierto.²⁹²

3.4 México

Como ya se dijo con anterioridad, las reformas del 12 de diciembre del 2005 y 18 de junio en los diversos numerales de la Constitución Federal, fueron trascendentes para el cambio del sistema de justicia mixto, que fue observado en México de manera tradicional, sin embargo fueron algunas entidades federativas quienes se adelantaron, estableciendo en sus respectivas legislaciones en materia de impartición de justicia de menores, resultando fundado lo abordado por Pastrana Berdejo y Benavente Cherroes al respecto:

²⁹² Datos proporcionados por la Fundación Estatal de Bienestar del Menor, órgano estatal de gobierno encargado de la ejecución de las medidas socioeducativas o sanciones.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

“Fueron las entidades federativas quienes empezaron, en la autonomía para legislar en materia de proceso penal dentro de su jurisdicción, al dar las más importantes reformas al proceso penal.²⁹³”

El estado de Nuevo León, realizó modificaciones en su Código de Procedimientos Penales, incorporando el procedimiento penal oral, todo ello deriva del propio texto de la Constitución Federal, puesto, anterior a que se llevaran a cabo las reformas de 2005 y 2008, no se establecía el procedimiento de las etapas en que el proceso de impartición de justicia de menores debiera de desenvolverse.

No es sino hasta el **18 de Junio de 2008** que se da una reforma a la Constitución Federal, en donde, en el artículo 20 Constitucional se menciona que el proceso penal será acusatorio y oral, rigiéndose a través de los principios de publicidad, contradicción, continuidad e inmediación. Asimismo, en el decreto de reforma constitucional en su segunda disposición transitoria, indica que el sistema acusatorio entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años.

En razón de lo anterior, procedemos al análisis individual de las reformas realizadas en materia de juicio oral y justicia para Adolescentes dentro de los estados de Nuevo León, Aguascalientes, Guanajuato, Chihuahua y Oaxaca.

3.5 Nuevo León.

El estado de Nuevo León ha sido precursor en la introducción de los juicios orales en el orden jurídico internacional.

²⁹³ Pastrana Berdejo, Juan David. y Benavente Chorres, Hesbert. *Implementación del Proceso Penal Acusatorio Adversarial en Latinoamérica*. Editorial Flores Editor y Distribuidor, S. A. de C. V. México, 2009, Pág. 229.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

La incorporación de los juicios orales en esta entidad comenzó con la iniciativa del Ejecutivo estatal del 29 de diciembre de 2004, proceso legislativo que culminó con la publicación en el *Periódico Oficial del Estado de Nuevo León* del Decreto 164 de Reformas y Adiciones al Código de Procedimientos Penales para la referida entidad.²⁹⁴

Nuevo León realizó modificaciones en su Código de Procedimientos Penales, incorporando el procedimiento penal oral, todo ello deriva del propio texto de la Constitución Federal, puesto, anterior a que se llevaran a cabo las reformas de 2005 y 2008, no se establecía el desarrollo de las etapas en que el proceso de impartición de justicia de menores debiera de desenvolverse. Misma conclusión a la que se refiere Juan Antonio Castillo López, ya que en México no se establecía un régimen especial para procurar justicia en ésta materia, y como se observo, las entidades federativas se encontraban divididas, puesto que unas implementaban un modelo tutelar y otras un sistema garantista.²⁹⁵

En materia de Justicia para Adolescentes, el Poder Legislativo Estatal trabaja sobre cinco ejes fundamentales:

1.- El compromiso de la Legislatura de Nuevo León de convertirse en un líder de carácter nacional para presionar la implementación de un sistema de justicia penal para adolescentes.

2.- Analizar el elaborar y poner a consideración del Pleno una iniciativa de reforma constitucional para permitir que con carácter excepcional y como medida protectora se permita el internamiento de menores desde los 12 años de edad.

²⁹⁴ LAVEAGA G (Compilador). "65 Propuestas para Modernizar el Sistema Penal en México." México, Editorial: Instituto Nacional de Ciencias Penales, Primera Reimpresión, 2000. Pág. 126.

²⁹⁵ Castillo López, Juan Antonio. "*Justicia de Menores en México*", México, Editorial Porrúa S. A. de C. V., Primera Edición, 2006. Pág. 107.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

3.- ¿Qué reformas deben de realizarse al Código Civil y al Código Penal para fomentar la paternidad responsable y sancionar la corrupción de menores?

4.- Ver la conveniencia de elevar los rangos de sanción para establecer la mayor en 10 años de internamiento para menores de 16 a 18 años y de 8 años para menores infractores de los 14 hasta los 16, esto sólo para casos de menores que reporten grados de psicopatías graves en las que tengan tendencia a reincidir en la comisión de delitos.

5.- ¿Cuáles son los principios, sugerencias, modificaciones que deben contemplarse en los centros de internamiento para menores infractores a efecto de cumplir el objetivo correccional y de reinserción del menor infractor?²⁹⁶

3.6 Aguascalientes.

El nuevo sistema de Justicia para adolescentes entró en vigor el doce de Septiembre de dos mil seis, destinándose a la fecha más de \$20'000,000.00 a su creación e implementación, contando con dos Juzgados y un Tribunal Unitario Especializados en Justicia Minoril.

Al Juez Especializado en Justicia para Adolescentes, en preparación o en ejecución, le corresponde:

- Aprobar los acuerdos reparatorios;
- Resolver sobre la suspensión del proceso a prueba;

²⁹⁶ LXXII Legislatura del Honorable Congreso del Estado de Nuevo León, 2011.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

- Resolver sobre el otorgamiento, revisión, sustitución, modificación o cese de medidas cautelares;
- Recabar la declaración preparatoria del adolescente a quien se le impute la realización de una conducta tipificada como delito;
- Resolver sobre la vinculación a proceso del adolescente imputado;
- Resolver sobre la admisión de las pruebas que se desahogarán en la audiencia de juicio;
- Controlar que la ejecución de toda medida se aplique de conformidad con la sentencia definitiva que la impuso;
- Controlar el otorgamiento o denegación de cualquier beneficio relacionado con la ejecución de las medidas;
- Ordenar la cesación de la medida una vez transcurrido el plazo fijado por la sentencia;
- Atender las solicitudes que hagan los adolescentes sujetos a una medida y determinar lo que corresponda;
- Visitar los centros de internamiento para adolescentes, por lo menos dos veces al mes; y
- Las demás atribuciones que la Ley le asigne.²⁹⁷

²⁹⁷ Artículos 24, 25 y 26 de la Ley del Sistema de Justicia para Adolescentes del Estado de Aguascalientes

Para la determinación de la medida aplicable, se deberá considerar la comprobación del hecho punible típico y el grado de autoría o participación del adolescente en éste, las características del caso concreto, las circunstancias y la gravedad del hecho o hechos punibles típicos cometidos, la edad del adolescente al momento de dictar la sentencia y las posibilidades que tenga de cumplir con la medida y con la reparación del daño.

La duración promedio en el Juzgado de Preparación durante la etapa intermedia es de un mes veintidós días, previa al juicio que va desde la radicación hasta el auto de apertura a juicio. En el Juzgado Especializado, la duración aproximada es de cuatro meses, debido a los plazos del procedimiento y a que no siempre se pueden desahogar todas las pruebas en una sola audiencia.

3.7 Guanajuato.

La incorporación de los juicios orales en esta entidad comenzó con la reforma publicada en su Ley del Proceso Penal el día tres de Septiembre del año dos mil diez, implementándose en la primera de cuatro regiones el uno de Septiembre de dos mil once, con la próxima habilitación de las demás regiones durante un periodo aproximado de cuatro años.²⁹⁸

Según información del Consejo de Coordinación para la implementación del Sistema de Justicia Penal, los avances en la capacitación de su personal han sido favorables, logrando una difusión optimista del sistema que, aunado a la implementación de tecnología de punta en materia, favorecen a la aceptación del nuevo procedimiento.

²⁹⁸ Región 2: 01/01/13
Región 3: 01/01/14
Región 4: 01/01/15

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

El sistema de Justicia para Adolescentes entró en vigor el doce de Septiembre del año dos mil seis, constituido por Jueces de adolescentes, de impugnación y de ejecución.

El Juez de adolescentes, en primera instancia se encargará de:

- Declarar en la forma y términos que esta Ley establece, cuando la conducta atribuida esté o no tipificada como delito en las leyes del Estado o en otras leyes que deban aplicar los tribunales del Estado;
- Declarar si el adolescente fue o no autor o partícipe de la conducta atribuida, tipificada como delito;
- Dictar las medidas señaladas en la ley; y
- Las demás que les otorguen la ley minoril y otras disposiciones legales aplicables.

Al juez de impugnación le corresponde, en segunda instancia, conocer y resolver de los medios de impugnación interpuestos en el proceso instaurado al adolescente, que realiza los demás actos que le son previstos en la ley, así como aquéllos que conforme al Código de Procedimientos Penales u otras leyes correspondan a los juzgadores de segundo grado.

El Juez de Ejecución será el encargado de conocer y resolver lo relativo a la ejecución de las medidas previstas en las fracciones III a VII del

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

artículo 101,²⁹⁹ de la Ley de Justicia para Adolescentes, para lo cual tendrá las siguientes facultades:

1. Resolver lo relativo a la suspensión, cumplimiento y variación de las condiciones de ejecución de las medidas impuestas por el Juez para Adolescentes;

2. Aprobar el cumplimiento de los Programas Personalizados de Ejecución que al efecto se elaboren respecto de las medidas dictadas por el Juez para Adolescentes y, en su caso, velar por que se lleven a cabo;

3. Acordar en relación a las peticiones o quejas que puedan plantear los adolescentes sobre la ejecución de las medidas, que puedan afectar a sus derechos reconocidos por ésta y otras leyes;

4. Realizar visitas a los Centros de Internación y entrevistas con los adolescentes y, en su caso, hacer las recomendaciones respecto de las irregularidades que detecte;

5. Acordar las medidas de apremio para lograr el cumplimiento de las medidas a que se refieren las fracciones III a VI del artículo 101 de esta Ley que, en su caso, hayan sido impuestas por el Juez para Adolescentes.

²⁹⁹ “**Artículo 101.** Al adolescente cuya responsabilidad se hubiere declarado legalmente, se le podrán imponer las siguientes medidas:

[...]

III. Prestación de servicios a la comunidad;

IV. Libertad asistida;

V. Observación de reglas de conducta;

VI. Tratamiento bajo custodia familiar o en hogares sustitutos; y

VII. Internamiento.”

Para efectos de la variación de las condiciones de ejecución de la medida impuesta por el Juez para Adolescentes, a que se refiere la fracción I de este artículo, la Dirección General de Reintegración Social para Adolescentes, podrá hacer la solicitud en cualquier momento al Juez de Ejecución, cuando considere que las condiciones en que se ejecuta, impida la finalidad de la misma, con excepción de la medida de internamiento a que se refiere la fracción VII del artículo 101 de esta Ley, la que no estará sujeta a variación.

El Juez de Ejecución, una vez que haya analizado el informe que al efecto acompañe a su solicitud la Dirección General de Reintegración Social para Adolescentes, determinará fundada y motivadamente, la variación de las condiciones de ejecución de la medida, dentro de los diez días siguientes a la recepción de la misma.

3.8 Chihuahua.

Este Estado se encuentra en etapa de operación, las reformas a sus leyes locales fueron efectuadas por regiones, consumándose en la primer región el uno de Enero de dos mil siete, en la segunda región el uno de Febrero de dos mil ocho y en la tercer región el uno de Julio de la misma anualidad.³⁰⁰

El Poder Judicial en el Estado de Chihuahua se conforma de la siguiente manera: Supremo Tribunal de Justicia, Juzgados de Primera Instancia, Juzgados Menores y Juzgados de Paz.

La Jurisdicción de primera instancia en materia penal estará a cargo de los jueces de garantía y de los tribunales de juicio oral, en los términos de la legislación procesal.

³⁰⁰ *Avances en la implementación de la reforma de justicia penal año 2011, Consejo de Coordinación para la implementación del Sistema de Justicia Penal, Secretaría de Gobernación.*

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

Cuenta con el paquete legislativo completo reformado, trabaja continuamente en la capacitación de su personal y en la difusión del sistema.

En cuanto a las legislaciones reformadas y creadas, se encuentran las siguientes:

- 1) Nuevo Código Penal
- 2) Nuevo Código de Procedimientos Penales del Estado;
- 3) Nueva Ley Orgánica del Ministerio Público;
- 4) Ley de Atención y Protección a Víctimas u Ofendidos del Delito;
- 5) Ley Estatal de Seguridad Ciudadana;
- 6) Ley General Penitenciaria y de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

Por lo que ve a la Justicia Especial para Adolescentes, se rige en el siguiente sentido:

- **Derecho a optar por modalidad de juicio.** El adolescente, su padre, madre, o ambos, su representante o su defensor, podrán solicitar que la audiencia sea pública y el Juez de Juicio Oral así lo resolverá de considerarlo conveniente.

- **Audiencia de individualización.** Declarado responsable el adolescente en el hecho imputado, se celebrará una audiencia de individualización de la medida sancionadora dentro de los tres días siguientes, prorrogables hasta por otros tres, a solicitud del adolescente y su defensor, a fin de aportar pruebas. En dicha audiencia deberán estar presentes el adolescente, su defensor y el Ministerio Público.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

- **Requisitos de la sentencia.** La sentencia debe estar fundada y motivada, escrita en un lenguaje accesible al adolescente y deberá contener, además de los requisitos generales, la medida que en su caso llegue a imponerse, su duración y lugar de aplicación y ejecución, así como la medida de mayor gravedad que se impondría en caso de incumplimiento.

- **Disposiciones de las medidas.** Las medidas sancionadoras se sujetarán a las siguientes disposiciones:

- I. Serán proporcionales a las circunstancias y gravedad de la conducta realizada por el adolescente; y,
- II. Tomarán en cuenta, a su favor, sus necesidades particulares y las posibilidades reales de cumplirlas. En caso de que la sentencia sea condenatoria, el Juez de Juicio Oral deberá imponer en todos los casos la sanción de amonestación y hasta un máximo de cuatro medidas más, compatibles entre sí, de modo que su ejecución pueda ser simultánea y, en ningún caso, sucesiva.

- **Criterios para la individualización de la medida sancionadora.** Para la determinación de la medida sancionadora y a fin de lograr una correcta individualización, el Juez de Juicio Oral debe considerar:

- I. Los fines establecidos en dicha Ley;
- II. La edad del adolescente y sus circunstancias personales, familiares y sociales, así como su vulnerabilidad;
- III. La forma y grado de participación del adolescente en el hecho;
- IV. La gravedad del hecho;
- V. La posibilidad de que la medida sancionadora impuesta sea cumplida por el adolescente;
- VI. El daño causado por el adolescente y sus esfuerzos por repararlo; y,

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

VII. Cualquier otro supuesto que establezca la legislación penal, siempre que no sea contrario a los principios y fines de esta Ley.

- **Audiencia de comunicación de la sentencia.** En caso de que la sentencia sea condenatoria, el Juez de Juicio Oral explicará al adolescente las medidas impuestas, los motivos de su decisión, las características generales de la ejecución de la medida y las consecuencias de su incumplimiento. En particular, le hará saber sobre la posibilidad de que la medida se pueda agravar, al grado de aplicar el internamiento de conformidad con lo dispuesto en esta Ley. Estas prevenciones formarán parte integral de la sentencia. (Ley de Justicia Especial para Adolescentes Infractores del Estado de Chihuahua. Artículo 82)

- **Notificación a la Subdirección.** Firme la sentencia, el Juez de Juicio Oral establecerá las condiciones y la forma en que se debe cumplir, y notificará de esto a la Subdirección de Ejecución de Medidas para Adolescentes para que elabore el Plan Individual de Ejecución.³⁰¹

3.9 Oaxaca.

Desde Septiembre de 2007, el nuevo sistema es total y absolutamente garantista, esto es, privilegia la defensa total de las garantías que en un proceso penal tienen tanto las víctimas como los imputados.

Desde la puesta en marcha del actual sistema en Oaxaca se ha encontrado ya una solución satisfactoria a los intereses de los involucrados y sólo una minoría de asuntos ha llegado a la etapa de Juicio, lo que es una muestra tangible de la eficacia del sistema.

³⁰¹ Ley de Justicia Especial para Adolescentes Infractores del Estado de Chihuahua, Artículos 77-83.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

Tal y como lo relata el Magistrado integrante de la Primera Sala Penal y Especializada en Adolescentes del Honorable Tribunal Superior de Justicia en Oaxaca, en la audiencia de Juicio en la que una Juez especializada celebró la primera audiencia de este tipo en la historia de Oaxaca y en la que por primera vez se dictó una sentencia marca un hito histórico pues *“procesalmente se abandona totalmente el esquema escrito y se acude a la oralidad para que los Jueces especializados se pronuncien sobre la imputación planteada por el Ministerio Público”*.

En Oaxaca existe un Juzgado especializado en adolescentes, que cuenta actualmente con tres jueces y personal adscrito. Se cuenta con dos salas para las audiencias y se ha acudido a las regiones del Istmo de Tehuantepec, Tuxtepec y la Costa para resolver diversas cuestiones planteadas por las partes.

Se han interpuesto cuatro recursos de apelación que han sido resueltos por la Primera Sala Penal y especializada en Adolescentes en un promedio de cinco días hábiles, lo que contrasta muy favorablemente con la duración de cualquier recurso de apelación hecho valer en el sistema escrito pero además debe subrayarse que se resuelve con total transparencia y con la presencia de las partes, generándose los dos primeros criterios judiciales para este tipo de asuntos.

Cabe destacar que en este sistema se ha privilegiado totalmente el uso de las nuevas tecnologías para beneficio del usuario judicial.

Así, independientemente de que han desaparecido los voluminosos expedientes y las actuaciones judiciales se han llevado al formato digital, los antiguos expedientes de varios tomos y miles y miles de fojas, se han convertido en prácticos discos de audio y video que además, si fuere el caso, pueden transmitirse, a la velocidad de la luz, a cualquier parte del mundo, haciendo uso de la Red Internet, cuyo uso ya se encuentra previsto en la nueva legislación

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

procesal penal, naturalmente, guardadas las previsiones para proteger la identidad de los adolescentes, previsión de especialidad que supera cualquier otra, dado el carácter vulnerable de las personas en crecimiento.

La Ley de Justicia para adolescentes distingue tres grupos específicos de edad:

- I.- Entre doce y menos de catorce años;
- II.- Entre catorce y menos de dieciséis años y;
- III.- Entre dieciséis y menos de dieciocho años.

Esta distinción tiene por objeto responder a las necesidades de desarrollo psíquico y físico de los adolescentes, con el fin de propiciarles respuestas Estatales y/o Judiciales adecuadas a su edad y a su desarrollo personal. Para ello se cuenta con la asistencia de peritos psicólogos y médicos que asistan al adolescente imputado en todas las etapas.

Los procesos en los que se ven involucrados adolescentes son de alta prioridad y especial importancia pública. El sistema de Justicia para adolescentes prevé el respeto al debido proceso, estableciéndose la presunción de inocencia como basamento del enjuiciamiento penal. El adolescente debe ser considerado y tratado como inocente hasta que no se compruebe, por los medios legalmente establecidos, su culpabilidad en el hecho que se le atribuye.

Del mismo modo, se prevé la defensa adecuada del adolescente por conducto de defensores especializados, esto es, todo adolescente tiene derecho a ser asistido por un licenciado en derecho en todas las etapas del proceso no pudiendo recibírsele ninguna declaración sin la asistencia de éste ni por otra autoridad que no sea la judicial bajo pena de nulidad. Asimismo, tiene derecho a reunirse oportunamente con su defensor en estricta confidencialidad.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

En caso de que no elija su propio defensor o de que se limite a designar una persona de confianza, se le designará a un defensor público.

También tendrá derecho a conocer el contenido de la investigación, a presentar por sí o por medio de su defensor, todas las pruebas y los argumentos necesarios para su defensa y a rebatir cuanto sea contrario a ella.

Igualmente, dispone de todo un sistema de medios de impugnación. Todo adolescente tiene derecho a impugnar ante un tribunal distinto del que emitió la decisión, en los supuestos previstos por las leyes, cualquier resolución definitiva o provisional que le cause un agravio irreparable. Además de los recursos previstos por el Código Procesal Penal³⁰², el adolescente podrá recurrir toda medida ordenada por autoridad administrativa que implique una restricción de sus derechos fundamentales o que le cause agravio, a través de los recursos de Reconsideración Administrativa y de Inconformidad.

El juicio será público, sin embargo, con el objeto de salvaguardar la identidad del adolescente, el juez, a solicitud del imputado, sus padres o su defensor determinará que la audiencia se verifique a puerta cerrada y sólo asistirán a ella las partes y los intervinientes.

Los principios rectores del sistema de Justicia para adolescentes son la protección integral, el respeto de los derechos del adolescente, su interés superior, su formación integral y la reinserción en su familia y en la sociedad.

El interés superior del adolescente es el principio dirigido a asegurar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos y garantías del adolescente y se determina apreciando:

- 1.- La opinión del adolescente;

³⁰² Revocación, apelación, casación.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

2.- La necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías del adolescente y sus deberes;

3.- La necesidad de equilibrio entre las exigencias del bien común y los derechos y garantías del adolescente;

4.- La necesidad de equilibrio entre los derechos de las personas y los derechos y garantías del adolescente; y

5.- La condición específica del adolescente como persona que está en proceso de desarrollo.

Queda expresamente prohibida la incomunicación del adolescente. Todo adolescente tiene derecho a establecer una comunicación efectiva, por vía telefónica o por cualquier otro medio, inmediatamente luego de ser detenido, con su familia, su defensor o con la persona o agrupación a quien desee informar sobre el hecho de su detención o privación de libertad. Todo adolescente tiene derecho a abstenerse de declarar y a no autoincriminarse.

Su silencio no puede ser valorado en su contra. Si consintiera en prestar declaración, deberá hacerlo ante el juez en presencia de su defensor y previa entrevista en privado con éste. En ningún caso se le exigirá protesta de decir verdad. Está prohibido el uso de cualquier medio para hacerle declarar en su contra, o en contra de otra persona, ni podrán formularse cargos evidentemente improcedentes con el propósito de obtener una confesión.

Comprobada la responsabilidad de un adolescente en un hecho tipificado como delito en las leyes penales, el juez podrá imponer al adolescente en forma simultánea o alternativa, y garantizando la proporcionalidad, las siguientes medidas sancionadoras:

- a) Medidas socio-educativas;
- b) Amonestación;
- c) Libertad asistida;

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

- d) Prestación de servicios a la comunidad, y;
- e) Restauración a la víctima.

II. Medidas de orientación y supervisión. El juez podrá imponer, además de las previstas en el artículo 201 en sus fracciones:

- I. Residir en un lugar determinado;
 - II. Frecuentar o dejar de frecuentar determinados lugares o personas;
 - III. Abstenerse de consumir drogas o estupefacientes o de abusar de las bebidas alcohólicas;
 - IV. Participar en programas especiales para la prevención y tratamiento de adicciones;
 - VII. Someterse a tratamiento médico o psicológico, de preferencia en instituciones públicas, si es necesario;
 - X. No poseer o portar armas;
 - XI. No conducir vehículos;
 - XII. Abstenerse de viajar al extranjero; (todos del Código Procesal Penal),
- las siguientes órdenes de orientación y supervisión al adolescente:

a) Obligación de iniciar o concluir la educación básica si aún no lo ha hecho o de matricularse y asistir a un centro de educación formal o a otro cuyo objetivo sea el aprendizaje de una profesión o la capacitación para algún tipo de trabajo;

b) prohibición de visitar bares y discotecas, así como determinados centros de diversión y deportivos; y,

c) en caso de delitos sexuales, la obligación de integrarse a programas de educación sexual. En ningún caso se podrán atribuir responsabilidades al adolescente por el incumplimiento de las medidas

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

sancionadoras, por la falta de apoyo de la persona o institución obligada a asegurar el cumplimiento de dichas medidas.

II. Medidas sancionadoras privativas de libertad:

- a) La privación de libertad domiciliaria;
- b) La privación de libertad durante el tiempo libre;
- c) La privación de libertad en régimen semiabierto, y
- d) La privación de libertad en centros especializados de internamiento.

La implementación del sistema de Justicia para adolescentes representa un parte aguas en la historia jurídica en el Estado de Oaxaca. Todos los elementos señalados y que son la columna vertebral del sistema de Adolescentes se apoyan en el Código Procesal Penal, aplicado de manera supletoria a la Justicia de adolescentes a partir del primero de enero de dos mil siete, que contiene todos los elementos procesales para conducir no sólo a la administración de Justicia, sino a la Sociedad de Oaxaca en su conjunto, a una nueva etapa más justa, más humana, más garantista.³⁰³

3.10 Jalisco.

Iniciamos la dinámica del análisis de nuestra legislación en el Estado, que deviene de la implementación del Código de Justicia Integral para Menores, que tiene vigencia en nuestro estado a partir del diecisiete de Febrero de dos mil siete, en donde en forma por demás reiterada caemos en el supuesto de traer a nuestro Estado un proyecto sudamericano y de corte acusatorio adversarial, pues se implementa sin que hubiese existido la participación de conocedores de la materia, principalmente funcionarios judiciales, trayendo

³⁰³ Sistema Especializado en Justicia para Adolescentes, Juan Vázquez Urdiales, Juicio Oral Oaxaca.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

como consecuencia en forma mediata la primer reforma llevada a cabo a dicha codificación encaminada a la supresión de la característica o principio de oralidad que se contempla en el artículo 5, fracción XIV de la Ley enunciada, donde se determina entre otras cosas que se suprimió la oralidad sin que se hiciesen modificaciones integrales, es decir, el resto del procedimiento queda como ya fue establecido con esa característica de oralidad, que impera en el sistema acusatorio adversarial. Con posterioridad y mediante decreto de fecha catorce de Julio de dos mil once, se modificó en sus términos la legislación respecto a la prisión preventiva de incrementarla hasta doscientos días la misma, es decir, de noventa a doscientos días. Por ello, en el capítulo especial se enunciarán los que hasta el momento son propuestos para el mejoramiento de dicha norma especial. Desde el año 2009 y mediante la participación de un cuerpo interdisciplinario de personalidades que representan los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, Universidades Públicas y Privadas en el Estado, los Colegios y Barras de Abogados en Jalisco se llevó a cabo una actividad implementada por el Gobierno Estatal bajo la denominación de “Gran Alianza por Jalisco”, en ella se abrió la mesa “Juicios Orales”, con la participación plural de las personalidades enunciadas, quienes después de una labor de dos años presentaron ante el Órgano de Control de tal dependencia, un paquete legislativo que incluye un proyecto del Código Procesal Penal para el Estado, donde se advierte entre otras cosas, la implementación del Sistema Acusatorio Adversarial en el mismo.

Grosso modo, en las mesas de trabajo se establecieron cuatro puntos torales, consistentes:

- Reforma Legal
- Infraestructura
- Capacitación
- Difusión.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

Respecto del primero de los puntos y como ya se enunció, se hizo un proyecto del Código Procesal Penal para el Estado con adecuación al Sistema Acusatorio Adversarial (se anexa a la presente como material de consulta).

En cuanto a la Infraestructura, se visualiza la creación de una ciudad judicial en donde en lo que nos concierne se estableció el tercer piso con 20 salas de juicios orales en el proyecto.³⁰⁴

Por 6 años a la fecha se ha llevado a cabo en forma continua y permanente, capacitación en quienes se estima serán operadores del Sistema y en donde se encuentran principalmente los órganos que integran el aparato de justicia, esto es, magistrados, jueces, secretarios, defensores de oficio y ministerios públicos y por último barras y colegios de abogados, tal actividad se desarrolla en torno a las diversas instituciones que capacitan a sus respectivos empleados.

En el aspecto de difusión, se ha llevado a cabo la actividad, reitero con los operadores del sistema, mas no así a la sociedad en general, situación que innegablemente habrá de salvarse con el argumento de evitar que suceda lo que ocurrió en el Estado de Chihuahua, cuando la sociedad se transformó en una crítica del sistema al no considerar los términos legales de la Reforma.

Hoy nos encontramos entonces sujetos a supuestos de aprobación por parte del Congreso del Estado, quien habrá de revisar y valorar en sus comisiones respectivas, la idoneidad de la ley que se propone, más aún, ante la inminencia de un año político como lo será el año 2012, se presume que deberá

³⁰⁴ El motivo por el cual la ubicación de estas salas de juicios orales se circunscriben a la ciudad judicial se justifica en razón de que la implementación del sistema en el Estado, no deviene en forma absoluta sino que en su primer etapa contemplaba únicamente los delitos culposos y los delitos no graves, lo que nos lleva a la estimación de que quienes ocurrirán a este tipo de audiencia en los locales enunciados se encontrarán ordinariamente en libertad.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

de quedar sin resolver o aprobar dicho proyecto para evitar confrontaciones o disputas de índole político.

Sin perder de vista que aún, nos encontramos dentro del supuesto de *vacatio legis* establecido por el Congreso Nacional en su reforma política, para la implementación del sistema acusatorio en el país, misma que habrá de tener vigencia y obligatoriedad en la república a partir del año 2014.

La tendencia nacional para la implementación del sistema acorde al trabajo sustentado por el Consejo de Coordinación y la Secretaría Técnica para la implementación del Sistema Acusatorio Adversarial en la República Mexicana, gira en torno a un proyecto realizado por el Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de la República (CONATRIJ), esto es, la implementación a nivel nacional del Código Modelo creado por esta dependencia.

Resulta importante resaltar, que el sistema acusatorio adversarial deviene de la Grecia y Roma Republicanas, al superar el sistema inquisitivo implementado por los Estados autoritarios y que durante la revolución francesa y en las etapas iniciales de las democracias actuales se estableció un procedimiento o sistema procesal mixto clásico en donde en forma ordinaria se tiene la adecuación de la escritura y la oralidad complementadas, pues en tanto, en este sistema mixto clásico la fase de instrucción o averiguación previa, tiene características de privacidad, con pocas oportunidades de defensa y que no garantiza como consecuencia la aplicación de la ley penal, en cuanto se arriba a la siguiente fase que es la remisión de las actuaciones ante el Juez, en tanto continúe como averiguación judicial es reservada y unilateral, pues únicamente el ministerio público tendrá la facultad de aportar elementos de convicción tendientes a integrar adecuadamente su labor investigadora y sostener como consecuencia de ello, el ejercicio de la acción penal al acreditar tanto el cuerpo del delito como la presunta responsabilidad criminal de los imputados; teniendo una fase verbalizada como lo es el desahogo de los elementos de convicción,

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

(prueba testimonial, confesional, pericial, en cuanto al interrogatorio). Asimismo en la audiencia de vista pues inclusive se tendrá posibilidad de desahogar pruebas, en tanto que, las demás actividades ordinarias del procedimiento penal bajo este sistema prevalece la escritura, como lo es, la presentación de la denuncia en la oferta de pruebas en la admisión de pruebas, los alegatos, la sentencia, etc.

Avances y acciones en el sistema penal de acuerdo al Consejo de Coordinación para la implementación del sistema de justicia penal.

Aguascalientes	
Situación actual	Acciones 2011
Sólo cuenta con acuerdo de los 3 poderes. No presenta ningún otro avance	Normatividad: Impulsar el diseño o reforma de la Constitución estatal y del CPP Planeación: Fomento del acuerdo político y de la creación de instancias técnicas Capacitación: Etapa de "Sensibilización" para cinco instituciones Reorganización: Etapa de "sensibilización" para cinco instituciones Difusión: Etapa inicial de difusión, elaboración de encuesta de percepción de la justicia penal

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

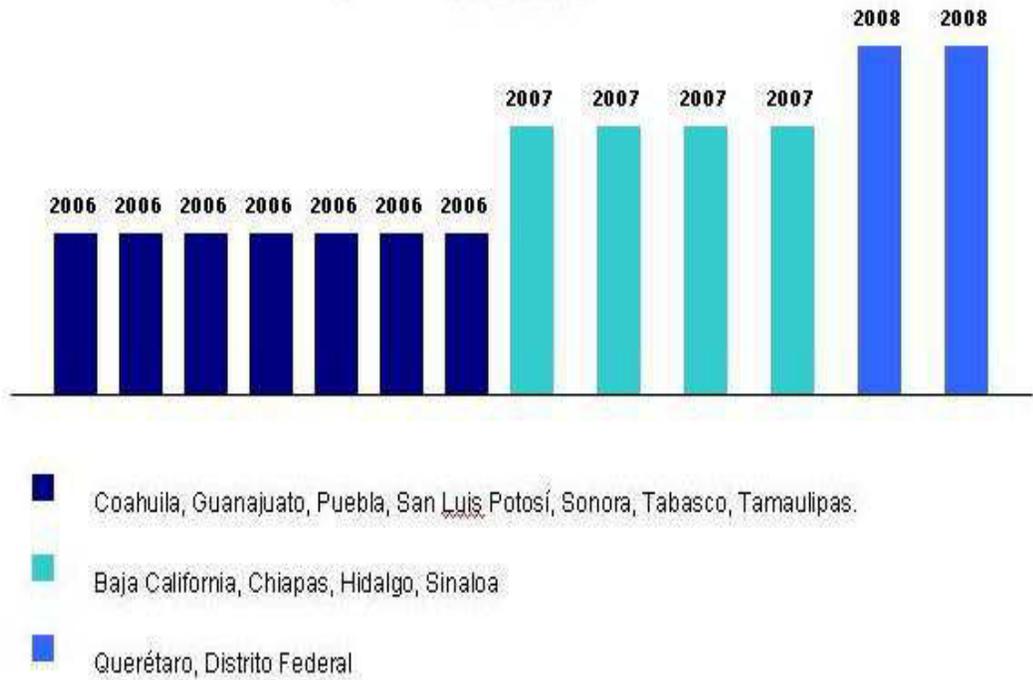
Nuevo León	
Situación actual	Acciones 2011
<p>Reformas parciales al CPP. En elaboración de reforma integral</p> <p>Avances en infraestructura</p> <p>Avances en capacitación</p> <p>Prediagnóstico en reorganización</p> <p>Reforzar todos los demás ejes</p>	<p>Normatividad: Socialización de la normatividad reformada de acuerdo a los principios del nuevo sistema</p> <p>Planeación: diagnóstico y planeación integral para todas las instituciones de justicia estatales</p> <p>Capacitación: Etapa de "Interiorización 1"</p> <p>Reorganización: Apoyo para el diseño de la reorganización institucional</p> <p>Infraestructura: apoyo para la elaboración de proyectos ejecutivos</p> <p>Equipamiento: Apoyo para los proyectos relativos a equipos periciales y de cómputo</p> <p>Tecnología: Apoyo para el diseño de sistemas integrales de gestión de casos</p> <p>Difusión: Campaña de difusión para comunicar los avances</p>

Guanajuato	
Situación actual	Acciones 2011
<p>Tienen órgano implementador</p> <p>Ya está publicado su Ley del Proceso Penal (03/09/10):</p> <p>Región 1: 01/09/11</p> <p>Región 2: 01/01/13</p> <p>Región 3: 01/01/14</p> <p>Región 4: 01/01/15</p> <p>Avances en capacitación</p> <p>Reforzar difusión</p> <p>Prediagnóstico en reorganización</p> <p>Reforzar equipamiento, infraestructura y TIC</p>	<p>Normatividad: Apoyo para el diseño o reforma de las leyes secundarias y complementarias a la Constitución y el CPP</p> <p>Capacitación: Etapa de "Interiorización 2"</p> <p>Infraestructura y equipamiento: Apoyo para equipar las salas de juicio y las defensorías</p> <p>Reorganización: Asistencia técnica para la implementación de planes de reorganización</p> <p>Tecnología: Asistencia técnica para el desarrollo de la plataforma de comunicación e inicio de la implementación de sistema integral de gestión de casos</p> <p>Difusión: Etapa de difusión intensiva</p>

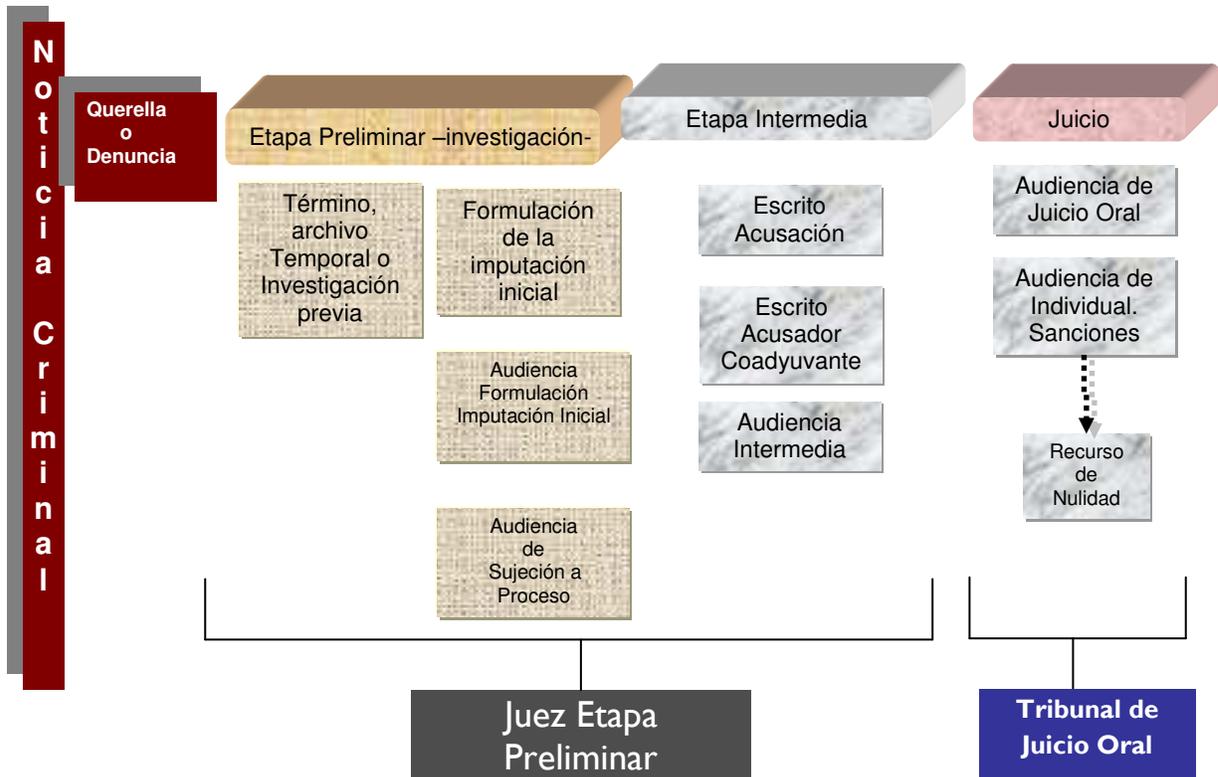
Chihuahua	
Situación actual	Acciones 2011
En vigor: Región 1: 01/01/2007 Región 2: 01/02/2008 Región 3: 01/07/2008 Paquete legislativo completo Avances en capacitación y difusión Avances en infraestructura, equipamiento, TIC Reforzar reorganización	Normatividad: Ajustes finales a la normatividad reformada Capacitación: Etapa de "aplicación" de la capacitación impartida Infraestructura y equipamiento: Apoyo para los requerimientos finales de la plena operación del nuevo sistema Difusión: Etapa final de difusión

Entrada en vigor del nuevo sistema de justicia para adolescentes por entidad federativa.

Entrada en vigor de la NSJA por entidad federativa



MAPA ANTEPROYECTO CPP JALISCO



Leyes de los derechos de los niños en los Estados de la República.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

<i>Estado</i>	<i>Nombre de la ley</i>	<i>Fecha de aprobación</i>
Aguascalientes	Ley para la Protección de la Niñez y la Adolescencia del Estado de Aguascalientes	Decreto 156 11 de enero de 2001
Baja California	Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en el Estado de Baja California	PO. 43/15-10-99 Adicionado D. 123 Aprobado 26-10-02 PO 5/24-01-03
Baja California Sur	Ley de los Derechos de las Niñas y los Niños del Estado de Baja California Sur	Decreto 1342 Aprobado 07-12-01
Campeche	Ley de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia del Estado de Campeche	Decreto 67 PO 3122/05-07-04 Aprobado 24-06-04
Chiapas	Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Chiapas	Expide 23-10-02 Promulgado 24-10-02 Publicado D. 308 PO 133 24-10-02

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

Chihuahua	Código para la Protección y Defensa del Menor del Estado de Chihuahua	Decreto 230/94 Aprobado 20-01-94 Publicado PO 10 02-02-94
Coahuila	—————	—————
Colima	Ley de Derechos y Deberes de las Niñas, los Niños y los Adolescentes del Estado de Colima	Decreto 89 Aprobado 12-06-04
Distrito Federal	Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal	GO 31-01-00
Durango	Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, los Niños y Adolescentes en el Estado de Durango	Aprobado 30/03/02 Decreto 61, 62 Publicado PO 41 23-05-02
Estado de México	Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de México	Aprobado 21-07-04 Publicado 10-09-04
Guanajuato	—————	—————
Guerrero	Ley para la Protección y Desarrollo de los Menores en el Estado de Guerrero	Aprobado 04-12-01 Ley 415
Hidalgo	Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Hidalgo	Aprobado 11-09-03 Publicado PO 20-10-03
Jalisco	Ley de los Derechos de las Niñas, los Niños y Adolescentes en el Estado de Jalisco	Aprobado 25-09-03 Publicado 25-10-03 Fe de Erratas 19-02-05 Actualizada 05-03-05 D. 20792
Michoacán	Ley de los Derechos de las Niñas y los Niños del Estado de Michoacán de Ccampo	Aprobado 11-12-01 D. 208 Publicado 05-02-02
Moreos	Ley para el Desarrollo y Protección del Menor	Publicada en el POE 12-03-97
Nayarit	Ley de Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Nayarit	Aprobado 26-07-05
Nuevo León	Ley de Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes para el Estado de Nuevo León	Decreto 288 Publicado PO 21 17-02-06

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

Oaxaca	Ley de Protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes del Estado de Oaxaca	Publicada en el POE 23-09-06
Puebla	Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes del Estado Libre y Soberano de Puebla	Aprobado 12-07-07 Publicado en el PO 06-08-07
Querétaro	_____	_____
Quintana Roo	Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Quintana Roo	Aprobado 29-04-04 Publicado PO 21 04-05-04
San Luis Potosí	Ley sobre los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de San Luis Potosí	Aprobado 08-08-03 Publicado D. 574 14-08-03
Sinaloa	Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Sinaloa	D. 684 27-09-01
Sonora	Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Sonora	Publicado Ley 153 BO 34. 24-10-02
Tabasco	Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Tabasco	PO 6712 suplemento C 03-01-07
Tamaulipas	Ley de los Derechos de las Niñas y los Niños del Estado de Tamaulipas	Aprobado 16-05-01 D. 423
Tlaxcala	Ley de Protección de los Derechos de las Niñas y Niños del Estado de Tlaxcala	Aprobado 03-06-04 D. 124
Veracruz	Ley de Asistencia Social y Protección de Niños y Niñas del Estado de Veracruz	Aprobado 04-03-98 Publicado en la GO 08-09-98
Yucatán	_____	_____
Zacatecas	Ley Estatal de los Derechos de los Niños, las Niñas y los Adolescentes.	Decreto 450. Publicado en el PO 48 suplemento 2 16-06-07

3.11 Consideraciones Finales.

Hasta hoy, nos encontramos entonces en un juicio que se convierte en la reiteración, repetición o simple verbalización de los actos que se integraron en la averiguación previa, prueba fehaciente de ello lo es, el hecho de que de facto no se requieran más elementos de convicción que los aportados durante la investigación para dictar una sentencia condenatoria.

La fase de instrucción absorbió la fase de juicio, puesto que en la práctica las audiencias de vista y sentencia son meros actos protocolarios donde se da lectura a la sentencia que en ocasiones ya se tiene; quedando en desuso el debate en esa etapa procesal.

La confesión, se ha constituido en la reina absoluta de la prueba y la misma deviene como fruto de árbol prohibido de una obtención ilícita, crítica constante de los defensores y sustento para la oferta y posterior desahogo de la prueba de estrés postraumático, el constante manejo de papeles que en ocasiones se tornan en montañas irrelevantes en cuanto al fondo de la toma de decisión del juzgador, y la inactividad probatoria en juicio que se demuestra al constatar causas criminales donde los elementos de descargo o favorables a la defensa se constituyen en cartas de buena conducta que no atacan la circunstancia de la responsabilidad plena de los imputados, sino que únicamente son ofertadas como paliativo para evitar una sanción mayor.

Poca eficacia del derecho de defensa, indudablemente aparece una reiteración de observaciones y actos que se tornan injustificados por parte de la fiscalía investigadora, en cuanto a que en esta etapa procesal no se admite el desahogo de elementos de convicción a favor del imputado, esto es, de descargo, puesto que la tendencia hoy día, sin lugar a dudas garantista, da la

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

pauta para el decreto de nulidades, bajo la observancia del incumplimiento del numeral 145, del Código Adjetivo de la Materia, en cuanto a garantizar el derecho de una defensa técnica adecuada que repercute o se proyecta en el derecho de defensa.

Como ya se dijo, la excesiva trascendencia otorgada a la averiguación previa recabada en forma unilateral en donde la fiscalía integradora posee el carácter de autoridad, e indiscutiblemente recaba la información que le es útil para la integración y obtención lógica de sentencias condenatorias obtenidas en base a una constante violación de los derechos fundamentales como podría ser el caso de las confesiones coaccionadas o la negativa a admisión de probanzas defensivas, dándose como consecuencia de ello un incumplimiento reiterado a las reglas del debido proceso reconocidas por la Convención de Derechos Humanos y nuestra Carta Magna.

Existe un excesivo formalismo que se proyecta en las causas del orden criminal en la continua manipulación del proceso para adecuarse la norma con la realidad, un ejemplo de ello se constituye cuando existen requerimientos con el artículo 183, del Código Procesal Penal, previniendo a las partes para que manifiesten si tienen más elementos de prueba y convicción que ofertar, otorgándoles un plazo fatal de tres días, situación notoriamente formal donde se constriñe la oportunidad de ofertar elementos de convicción a favor de la defensa. Otro caso que se vislumbra, es aquél donde habiendo conseguido la presencia de algunos testigos o de algunas de las partes, al no integrarse en forma completa se ordena la repetición del acto o la prórroga de las fechas para el desahogo.

No se ofrecen soluciones alternativas a los conflictos penales, pues algunos tipos penales que sería factible resolver por medio de la mediación, conciliación o el arbitraje no se prevén en forma normativa, aún cuando de facto

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

el ministerio público tenga capacidades de conciliación para aquéllos casos que no producen trascendencia social.

La aplicación del sistema mixto clásico no brinda respuestas eficaces a los problemas de criminalidad, palpable resulta la realidad propia pues los índices de criminalidad día a día van a la alza (13 mil 287 delitos por cada 100,000 habitantes) y menos aún respecto de los delitos no tradicionales como lo fueran los delitos cibernéticos o los delitos de cuello blanco.

CAPÍTULO IV EL PRINCIPIO DE ORALIDAD.

4.1 Premisa introductoria.

El ser humano cuenta con el lenguaje oral como mecanismo para entenderse con sus semejantes y manifestar sus apreciaciones respecto al entorno que lo rodea. Así, el lenguaje hablado representa la forma de comunicación primaria entre las personas, y en el momento en el cual surge la necesidad de perpetuar sus manifestaciones o de garantizar aquello a lo que se obliga, surge el lenguaje escrito, su consignación en documentos, como medio para ello.

La oralidad es entonces el mecanismo natural para la transmisión del conocimiento, y sus funciones dentro de la sociedad son ampliamente discutidas por las actuales teorías al respecto. Sin embargo, para los efectos del presente escrito, bástenos decir que el lenguaje oral constituye el vehículo natural para la transmisión de conocimientos y llevándolo al foro judicial, diremos que es la oralidad la que permite que las garantías procesales de los intervinientes en el proceso penal se verifiquen. Así pues, la oralidad es la garantía de garantías.

Es frecuente encontrar en la doctrina la confusión entre el principio y la técnica de la oralidad. Por el principio de oralidad entendemos aquel postulado legitimador del proceso penal en virtud del cual todas las actuaciones que se realicen dentro del mismo deberán de realizarse de manera oral, relegando la transcripción de las actuaciones procesales a los eventos estrictamente necesarios. Por su parte, las técnicas de oralidad son formas de aplicación de determinados conocimientos, esencialmente empíricos, para lograr los fines que busca cada interviniente en el proceso penal, según el interés que represente y la situación de que se trate. Así habrá técnicas para interrogar, para contrainterrogar, para alegar, etcétera. Nótese como el principio de oralidad se

compadece con una situación axiológica, mientras que las técnicas de oralidad son herramientas al servicio de quienes se encuentran en el proceso.

4.2 Sistema Acusatorio y la Oralidad

La característica esencial del sistema acusatorio esta dada por la existencia de una dualidad entre partes (acusación y defensa) situada en igualdad de condiciones frente a un tercero imparcial (juez). La necesidad de que exista una acusación previa (y quien la sustente) constituye el elemento diferencial del sistema acusatorio frente a los demás modelos de enjuiciamiento criminal.

La oralidad, por el contrario, no constituye un elemento esencial del sistema acusatorio, en tanto que los procesos son usualmente públicos, contradictorios y orales, mientras que los sistemas inquisitivos son secretos y escritos; ello se debe más a situaciones internas de las legislaciones y a las costumbres de los estados, que a cuestiones esenciales de uno u otro sistema. Así, la característica del sistema acusatorio es la necesidad de una acusación y la dualidad entre quien la formula y quien decide sobre ella, mientras que el rasgo distintivo del sistema inquisitivo esta dado por la unidad entre quien investiga y quien juzga.

Por otra parte, es importante aclarar que la oralidad, dentro de un sistema acusatorio, se hace efectiva como principio en el juicio oral donde las partes se enfrentan en igualdad de condiciones –principio de igualdad de armas- debatiendo las pruebas en una misma audiencia –principio de contradicción- y frente a quien va a decidir –principio de intermediación- siendo el proceso un escenario publico al alcance tanto de las partes como de la comunidad en general.

Por el contrario, la fase de la investigación en cabeza del órgano facultado para ello –Ministerio Público, Procuraduría o Fiscalía según las designaciones que se le dan en los diversos Estados-, tiene como fin recaudar las pruebas que le permitan presentar y sustentar una acusación, por lo cual la oralidad no tiene en esta primera fase cabida alguna salvo en eventos en los que se practiquen pruebas de manera anticipada y la Ley disponga que las mismas deben evacuarse en audiencias.

4.3 La Oralidad como Garantía de Garantías

La oralidad es la garantía que permite la efectividad de todos los demás principios reconocidos en las constituciones y en los ordenamientos procesales relacionados con el enjuiciamiento criminal.

En primer lugar, al permitir que el procesado se exprese libremente ante un auditorio compuesto por los demás sujetos de la controversia, y por la comunidad en general, la oralidad permite que se haga efectivo en el proceso penal el postulado de la dignidad humana, principio de principios en los Estados Democráticos de Derecho, en los que el ser es un fin en sí mismo. En efecto, si el proceso se entiende como un escenario de debate abierto en el que todos los participantes cuentan con las mismas oportunidades de argumentar para convencer a un tercero imparcial a la controversia, se dignifica a la persona, que no será tratada como un medio, sino como un fin en sí misma, dando cumplimiento a este importante postulado. Situación contraria acontece en los debates cerrados, secretos, con pruebas obtenidas a espaldas del procesado, quien se convierte en chivo expiatorio en la lucha contra la criminalidad.

En segundo lugar, el principio de oralidad permite que se verifique el de publicidad, entendido como la necesidad del que todos los sectores procesales se realicen de manera pública, esto es, frente a los intervinientes y delante de la comunidad en general. De la definición anterior se extraen las dos

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

aristas de este principio. Por una parte, en virtud de este postulado, todas las actuaciones deben realizarse en presencia de las partes para que estas puedan conocer su contenido y tomar las medidas que al respecto consideren pertinentes; por otra, en virtud de este principio el proceso debe ser un escenario abierto para la comunidad que podrá entonces enterarse del debate y así ejercer control respecto a las decisiones que en los asuntos judiciales se tomen. Esto se compadece con el espíritu democrático de los Estados modernos en los que la comunidad asume un papel activo frente a este tipo de situaciones.

Permitir que la comunidad conozca del proceso no solamente le permite ejercer un control sobre el mismo, sino que a su vez permite que quienes intervienen en el foro se preocupen por capacitarse, hecho que redundará en beneficio de la sociedad en general.

Ahora, no podemos llegar al extremo de exigir de la comunidad siempre este presente en los procesos, pues existirán eventos donde lo aconsejable sea mantenernos al margen de lo público en aras de proteger a las víctimas o cuando la seguridad del Estado se encuentre en juego. Lo que se debe hacer es posibilitar el acceso al foro judicial de cualquiera sin que haya discriminación alguna.

En tercer lugar, el principio de oralidad permite que se verifique el principio de inmediación de la prueba, en virtud del cual la prueba debe ser apreciada directamente por el funcionario que debe valorarla. La experiencia enseña que se puede comprender mejor aquello que percibimos directamente, y cuando el hecho delictivo se reconstruye en un foro adecuado, frente a quienes tienen que decidir sobre la suerte del presunto implicado, siempre la decisión será más justa y adecuada a la realidad legitimándose así el proceso.

Es necesario poner freno a la lamentable situación que se presenta en países como el nuestro, donde se programan audiencias simultáneas, en las

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

cuales no está presente el juzgador, quien percibe los hechos a través de las apreciaciones que sus subordinados hacen en el momento de recaudar la prueba privilegiando siempre la verdad formal sobre la real.

Si todas las pruebas recaudadas dentro de la instrucción por el ente acusador así como aquellas de descargo presentadas por la defensa, se ventilan en un solo escenario y de manera consecutiva – principio de concentración de prueba-, ello genera algunas ventajas que a su vez son presupuestos mínimos de cualquier proceso con pretensiones democráticas. En primer lugar, permite que la decisión sea pronta, esto soluciona el conflicto y el drama subyacente a todo el proceso penal sin lugar a victimizaciones sucesivas como lamentablemente sucede en la práctica de la justicia en Latinoamérica. En segundo lugar, la decisión que se tome se corresponderá con lo debatido en el juicio en tanto que al momento de fallar el juzgador tendrá presentes los elementos directamente percibidos por él, dando así preferencia a la verdad real sobre la verdad formal. En tercer lugar, la justicia pronta transmite un mensaje de tranquilidad a la comunidad que preferiría someter sus conflictos a los cauces de la justicia organizada, pues reconoce que allí obtendrá una respuesta pronta y justa a sus demandas y con esto se reduce la posibilidad de acudir a la justicia privada. En cuarto lugar la oralidad permite un mejor ejercicio del derecho de defensa en tanto que el procesado podrá conocer directamente las pruebas y contradecir las tendencias a endilgarle responsabilidad. Así mismo, tendrá derecho a un juicio pronto, sin dilaciones injustificadas. Por último el proceso oral obliga a que el funcionario sustente debidamente la decisión mediante la cual pone fin al proceso –principio de fundamentación de las sentencias-, presupuesto mínimo para que los afectados y la comunidad la comprendan y para que a su vez pueda ser controvertida en las instancias definidas para ello.

4.4 Ventajas del juicio oral.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

Hemos visto que la oralidad permite que las garantías conferidas por la ley a quienes intervienen en el proceso se hagan efectivas dentro de un espacio deliberativo. Sin embargo, en la práctica, la implantación de los juicios orales conlleva a una serie de ventajas que no se pueden desconocer.

En primer lugar, como lo hemos sustentado en el apartado anterior, la oralidad permite la prevalencia de la verdad real sobre la formal. Si bien es difícil establecer dos modalidades de algo indisoluble como la verdad – algo es cierto o no lo es, pero no puede ser y no ser al mismo tiempo-, si es posible distinguir en la verdad –aparente- que surge de una interpretación formal, de un recuento de los hechos, y la realidad que subyace a ese conflicto.

En efecto, si el funcionario no practica las pruebas por sí mismo, sino que delega esta función a terceros, puede tener un conocimiento de la situación que se corresponda con la información que ha recibido, pero que no se compadezca con lo que realmente ha sucedido. Cuando el funcionario percibe directamente la prueba y la aprehende, no hay lugar a que se diluya la verdad en formalismos.

En segundo lugar, la aplicación del principio de oralidad permite, gracias a la publicidad que le es inherente, un control y un conocimiento público de las decisiones que se tomen en el seno de la administración de justicia, dotando de legitimidad a las decisiones que en el foro se tomen y enviando un mensaje de cumplimiento de su labor a la comunidad, con los beneficios anteriormente señalados en torno a la erradicación de la justicia privada y el encauzamiento de los conflictos hacia las vías legalmente establecidas para ello.

En tercer lugar, el principio de publicidad permite que el pueblo participe directamente en las decisiones judiciales que se toman dentro de la comunidad. En efecto, tradicionalmente la participación democrática se reducía al ámbito de lo legislativo, desconociendo que las decisiones tomadas al interior

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

del foro judicial también afectan al pueblo; por lo que permitir su acceso a la justicia genera que los destinatarios de las normas palpén directamente su aplicación y su vez reduce significativamente los niveles de rebeldía frente a las normas. Así mismo, legitima las decisiones que eran asumidas por el culpable como fruto del consenso popular y no del sentir de un solo hombre.

El principio de oralidad vincula y beneficia tanto a las partes – obrando por sí mismo y por medio de sus representantes- como a los tribunales, en tanto que unos y otros deberán prepararse de modo adecuado para cumplir de la mejor forma posible su rol dentro del proceso, pues al interferir frente a un público deben hacerlo de la mejor manera posible. Además, no habrá pruebas ocultas ni argumentos sorpresivos, por el contrario, la intervención se desarrollará en un ambiente de igualdad para con todos los intervinientes.

En cuarto lugar, el principio de oralidad permite una justicia pronta y eficaz. En efecto, si se prescinde del requisito de la transcripción de todas las actuaciones procesales los asuntos se ventilan en los estrados de manera rápida, logrando una justicia pronta y cumplida que permitirá a su vez desincentivar el uso de la violencia como búsqueda de la justicia privada.

En quinto lugar, se establece que solamente servirán de fundamento para la sentencia aquellas pruebas que hayan sido presentadas y controvertidas de manera oral permitiendo que se desarrollen los principios de inmediación, concentración, lealtad procesal, y economía procesal.

En sexto lugar en la medida en que los afectados han logrado participar del proceso decisorio en el asunto que les interesa, teniendo la posibilidad de intervenir en igualdad de condiciones en el litigio, siendo observadores directos del debate, serán más propensos a cumplir aquello de lo que se sienten parte, toda vez que no lo verán como una imposición, sino como el fruto de una decisión de la que han tomado parte.

Permitir que el pueblo presencie los debates garantiza adicionalmente la transparencia y la rectitud en los mismos, además de legitimar el proceso en sí mismo y acercar a la comunidad al foro judicial.

Por último, implantar el principio de oralidad suprimiendo requisitos de transcripciones y exigiendo la presencia del juez en las diligencias, permite reducir la burocracia judicial, y con esto la administración de justicia se torna operativa.

4.5. El Principio de Oralidad como legitimador del proceso penal.

En la doctrina es frecuente encontrar el principio de oralidad como legitimador de la prueba. Así, solo son legítimas aquellas pruebas que son incorporadas al proceso oralmente y en presencia de todos los intervinientes, salvo las excepciones relacionadas con el recaudo anticipado de pruebas para determinados eventos (situaciones de riesgo para testigos, enfermedades terminales de testigos, documentos, etc.)

Sin embargo, a nuestro juicio, ello es limitar la real dimensión del principio de oralidad y relegarlo a cuestiones meramente instrumentales, prescindiendo del trasfondo ideológico que lo sustenta. El principio de oralidad parte del entendimiento del hombre como ser social que en búsqueda de sentido se relaciona con sus semejantes comunicándose con ellos.

La doctrina especializada se divide, a la hora de entender la importancia del lenguaje, en la configuración de la sociedad. Así, mientras que el lenguaje dota de legitimidad a las diferentes instituciones, Luhmann lo considera como un vehículo de comunicación entre el sistema psíquico y el sistema social. Cualquiera sea la posición que al respecto se asigne dentro del sistema social al

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

lenguaje, lo cierto es que su importancia es indiscutible en tanto constituye el mecanismo natural de transmisión de conocimiento.

A su vez, el proceso debe entenderse como un escenario en el que dialécticamente y emprendiendo la argumentación para persuadir al auditorio, busca la verdad para tomar la decisión que se ajuste a lo debatido en el foro judicial. Así, es la oralidad, que tiene como presupuesto el debate argumentativo, la que legitima el proceso penal y no solamente la prueba.

¿Desaparece la dogmática gracias a la adopción de un sistema acusatorio?

Algunas voces se han alzado para señalar el fin de los días de la dogmática penal, garantía fruto de siglos de pensamiento, gracias al advenimiento del sistema acusatorio. Quienes sostienen esta tesis entienden que en el nuevo proceso penal lo que importa es la prueba y las calidades histriónicas de los intervinientes.

Para responder estos argumentos, comenzaremos por preguntarnos: ¿para qué sirve un proceso penal? Sirve para determinar la procedencia o no de la aplicación de una pena a quien presuntamente ha infringido la ley penal. Tanto el concepto, los fines y las funciones de la pena son determinadas por la dogmática penal, así como los presupuestos para su imposición; entonces, dentro de un proceso penal garantista, la dogmática seguirá teniendo, en contra de estas voces, la importancia y el desarrollo de los últimos tiempos.

Se afirma en igual sentido que el sistema acusatorio surge de los sistemas anglosajones en los que no existe tal cosa como la dogmática. Nada más falso. Baste con afirmar que los sistemas anglosajones tienen perfectamente definida la tipicidad, requieren la lesividad de la conducta,

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

diferencian el dolo de la imprudencia, conocen el fenómeno de la imputación jurídica, distinguen los delitos de conducta de los resultados y cuentan con una estructura del delito compuesta por el *mens rea* y *el actus rea*, por tal afirmación carece completamente de sentido.

Así pues, muy a pesar de los anhelos de algunos, la dogmática como garantía fundamental del procesado no perderá su importancia.

Conclusiones

1. Desde el punto de vista procesal, debemos señalar que el principio de oralidad en su dimensión lingüística prevalece el carácter de comunicación del derecho, de la protección de los derechos del menor y de garantizar la certeza jurídica, en la justicia de menores.

2. *Si loqui volumus*, (queremos hablar con la verdad) la declaración de este principio no conduce por sí misma a la verdad, ni mucho menos a la justicia, sin embargo la oralidad daría más certeza al debido proceso, al optimizar su recurso en la justicia penal de menores, dicho de otra manera el modelo actual, no se sostiene y contradice el espíritu de la reforma y sus principios.

3. El principio da oralidad no se encuentra nominalmente expreso en la legislación actual para menores infractores, sin embargo, la oralidad solo se utiliza para sancionar al menor mediante medidas de apercibimiento, durante el proceso, demostrando un claro retroceso en su aplicación, quedando éste indefenso

4. El problema principal consiste en un péndulo que oscila constantemente entre la certeza del método y la simultánea necesidad de ser oído, sin la dispersión de las pruebas, incluidas las normas de aplicación y sus excepciones, y la presión del conflicto para garantizar la necesidad de la verdad. Se debe, por tanto, hacer un examen adicional e incorporar el principio de oralidad en el proceso de justicia de menores.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

5. El proceso penal de menores se caracteriza por un dato incontestable: la necesidad de aplicar el derecho sustantivo lleva *sine dubio* a perseguir al mismo tiempo la función (o exigencia) para proteger a la sociedad contra el peligro de la delincuencia y defender a los acusados por el peligro de injusta condena.

6. El problema surge al no precisar en el proceso de justicia para menores los pilares de un sistema penal garantista, al reconocer por ejemplo; al menor como el garante del sistema frente a la ley del más fuerte, el principio de oralidad sería la parte medular de la ley del más débil, protegiendo a la víctima frente a su agresor y al acusado frente al Estado.

7. Precisamente a partir de la ausencia de estos dos principios (sistema garantista penal y de oralidad) se abre la necesidad de conciliarlos en el proceso, teniendo en cuenta, en primer lugar, que la defensa de la sociedad no debe prevalecer sobre la defensa de la imputación a la mera circunstancia de que el primero es una expresión de interés público, y, en el otro, que, durante todo el proceso hasta una sentencia definitiva no es posible aplicar la pena, sin escuchar las partes. En este sentido, el método está estrechamente relacionado con la forma en que se aplica y, sobre todo, a fin de que con ello se quiere llegar al justo proceso.

8. En los regímenes totalitarios se afirma un proceso penal del menor en el cual la defensa de la sociedad prevalece sobre el imputado, en este tipo de procesos impera las exigencias de tipo ideológico al que el Estado representa sobre valores, sobre intereses particulares arriesgando la llegada de la represión, por no decir a la barbarie, a través del estudio realizado podemos afirmar que corremos con la suerte de convertirnos en un sistema subjetivista, al no permitir un sistema objetivista de oralidad.

9. En los regímenes democráticos, encontramos opiniones contrarias al punto anterior, se afirma un proceso en el que se reconoce al imputado una tutela prevalentemente de respeto a la defensa de sus intereses y principios, de manera prioritaria, una serie de libertades como valores fundamentales, mismos que podemos encontrar en la oralidad en el proceso, además de reconocer la plena legitimación en los términos de certeza jurídica, el principio de oralidad asume siempre mayor significado sobre el tipo de criterio en el sistema procesal acusatorio, con un significado de privilegiar y ponderar las correspondientes normas que deben disciplinar el desarrollo del proceso penal minoril.

10. Podemos acreditar que el principio de oralidad debe ser incorporado por el legislador ordinario a la legislación especial de menores en Jalisco, puesto que como hemos señalado su indisoluble vinculación con el principio de inmediatez, permite la interacción oral entre las partes del proceso y garantizar la objetividad de las decisiones judiciales.

11. La defensa en pro del principio de oralidad, en contraposición al procedimiento escrito, como solución a los problemas de justicia penal de menores, tiene su importancia histórica a partir del pasado siglo con las reformas al artículo 18 de la Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos del 12 de diciembre del 2005, por lo tanto el principio de oralidad lo visualizamos en un sentido garantista a un proceso de justicia democrático, donde la característica principal es la contradicción participativa por medio de la oralidad.

ANEXO CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

JUSTICIA PARA ADOLESCENTES INFRACTORES. LA DETERMINACIÓN DE GRADUAR LA MEDIDA DE INTERNAMIENTO DEFINITIVA TOMANDO EN CUENTA UN ELEMENTO AJENO A LOS SEÑALADOS EN EL ARTÍCULO 58 DE LA LEY DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES PARA EL DISTRITO FEDERAL, VIOLA LA GARANTÍA DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY. A efecto de determinar las medidas de internamiento definitivo para los menores infractores en el Distrito Federal debe observarse el artículo 58 de la Ley de Justicia para Adolescentes para dicha localidad, el cual contempla la manera de individualizarlas con base en la gravedad de la conducta tipificada como delito y la edad del sujeto, tomando en cuenta: I. La naturaleza de la acción u omisión y los medios empleados para ejecutarla; II. La magnitud del daño causado al bien jurídico o el peligro en que éste fue colocado; III. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión del hecho realizado; IV. La forma y el grado de intervención del adolescente en la comisión de la conducta tipificada como delito; V. Los vínculos de parentesco, amistad o relación entre el activo y el pasivo, así como su calidad y la de la víctima u ofendido; VI. La edad, el nivel de educación, las costumbres, las condiciones sociales, económicas y culturales del adolescente, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a realizar la conducta tipificada como delito. Cuando el procesado pertenezca a un grupo étnico o pueblo indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres; VII. Las condiciones fisiológicas y psíquicas específicas en que se encontraba el adolescente en el momento de la comisión de la conducta tipificada como delito; VIII. Las circunstancias del activo y pasivo antes y durante la comisión de la conducta tipificada como delito que sean relevantes para individualizar la sanción, así como el comportamiento posterior del adolescente en relación con la conducta

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

tipificada como delito; IX. Las demás circunstancias especiales del adolescente que sean relevantes para determinar la posibilidad que tuvo de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma. Asimismo, para la adecuada aplicación de las medidas de internamiento, el Juez deberá tomar conocimiento directo del adolescente, de la víctima y de las circunstancias del hecho y, en su caso, requerirá los dictámenes técnicos que señala la ley en comento. Por tanto, si para determinar las medidas de referencia se considera una hipótesis no prevista para su graduación (culpabilidad), esto es, si se atiende a un elemento ajeno a los que contempla el referido numeral 58, por ejemplo, que la conducta tipificada como delito y las circunstancias cualificantes que se tuvieron por acreditadas se encuentran severamente sancionadas, resulta inconcuso que con dicha determinación se viola la garantía de exacta aplicación de la ley en perjuicio del quejoso.

OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 40/2010. 15 de abril de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Enrique Rueda Dávila. Secretario: David Arturo Esquinca Vila.

Amparo directo 116/2010. 30 de abril de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Baráibar Constantino. Secretaria: Matilde Basaldúa Ramírez.

Amparo directo 176/2010. 6 de agosto de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Baráibar Constantino. Secretaria: Leticia Jardines López.

Amparo directo 299/2010. 6 de agosto de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Enrique Rueda Dávila. Secretaria: María Manuela Ferrer Chávez.

Amparo directo 453/2010. ***** . 27 de enero de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Enrique Rueda Dávila. Secretario: Víctor Manuel Cruz Cruz.

Dicho criterio es útil y sirve de manera eficaz para fijar de manera exacta los parámetros para individualizar las medidas de seguridad del adolescente, atendiendo a la gravedad de la conducta tipificada como delito, la edad del

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

mancebo y la naturaleza de la acción u omisión así como los medios empleados para ejecutarla, dado que si se incorporan supuestos ajenos a los establecidos a dicho numeral 58, de la Ley de Justicia Integral para Adolescentes, para el Distrito Federal, se incurriría en una violación de garantías de exacta aplicación de la Ley en perjuicio del adolescente.

DELITOS FEDERALES COMETIDOS POR ADOLESCENTES, MENORES DE DIECIOCHO Y MAYORES DE DOCE AÑOS DE EDAD. SON COMPETENTES LOS JUZGADOS DEL FUERO COMÚN ESPECIALIZADOS EN JUSTICIA INTEGRAL DE MENORES (RÉGIMEN DE TRANSICIÓN CONSTITUCIONAL). Conforme a la reforma del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de diciembre de 2005, y atento a la interpretación del Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la instauración de sistemas de justicia integral para adolescentes en cada orden de gobierno (federal y locales o doble fuero), el reconocimiento del carácter penal especial de la materia y particularmente su especialización, los menores que cometen delitos deben ser juzgados por una autoridad jurisdiccional facultada para actuar en esa específica materia, pues no basta tener competencia genérica en materia penal. Lo anterior debe relacionarse con los artículos 73, fracción XXI, y 104, fracción I, constitucionales, según los cuales los órganos de justicia federal son competentes para conocer de los delitos en los términos que establezcan las leyes federales, mientras que con base en el artículo 124 constitucional, lo no especificado será competencia del fuero común. Ahora bien, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en sus artículos 48 y 50 otorga competencia penal genérica (no específica) a los jueces federales, por lo cual no es apta para adscribir competencia a los juzgados federales (mixtos o penales) tratándose de delitos federales cometidos por adolescentes y, por su parte, el artículo 4o. de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, no brinda una

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

solución afín al texto y propósito de la indicada reforma constitucional. Sin embargo, el artículo 500 del Código Federal de Procedimientos Penales, al establecer expresamente, por regla general, competencia en favor de los tribunales de menores que haya en cada entidad federativa, otorga la solución más acorde con la mencionada reforma (y particularmente con su régimen transitorio), de manera que ha de estarse a esta regla que brinda más eficacia a la Constitución General de la República, en tanto que permite a los adolescentes ejercer su derecho constitucional a ser juzgados por jueces independientes y especializados en materia de justicia juvenil. Consecuentemente, son los juzgados del fuero común especializados en justicia integral de menores, y no los jueces de distrito mixtos o penales, los competentes para conocer de los delitos federales cometidos por adolescentes menores de dieciocho y mayores de doce años de edad, durante el periodo de transición derivado de la reforma constitucional del 12 de diciembre de 2005 y hasta que se implemente el sistema integral de justicia para adolescentes en el orden federal.

Contradicción de tesis 32/2008-PL. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Segundo, ambos en Materia Penal del Tercer Circuito. 7 de octubre de 2009. Cinco votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: María Amparo Hernández Chong Cuy.

Tesis de jurisprudencia 113/2009. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha veintiocho de octubre de dos mil nueve.

Resulta de utilidad dicho criterio Jurisprudencial al establecer los parámetros que fijan la competencial ante la ausencia de Juzgados Especializados en Justicia Integral para Menores en Materia Federal, determinando nuestro máximo tribunal del país que dicha competencia le corresponde a los Juzgados del Fuero común Especializados en Justicia Integral para Menores y no a los Jueces de Distrito en materia Penal o Mixto.

SISTEMA INTEGRAL DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES. ALCANCE DEL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN, CONFORME AL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. El indicado principio tiene tres vertientes: 1) Alternatividad, la cual se desprende del artículo 40, apartado 3, inciso b), de la Convención sobre los Derechos del Niño, de acuerdo con el cual debe buscarse resolver el menor número de conflictos a nivel judicial, lo que se relaciona con la necesidad de disminuir la intervención judicial en los casos en que el delito se deba a que el menor es vulnerado en sus derechos económicos, sociales y culturales, en virtud de que resultaría inadecuado que el juzgador impusiera una sanción gravosa, si el menor no puede hacer nada en contra de sus circunstancias cotidianas, además de que esta vertiente tiene la pretensión de que la normativa correspondiente a menores amplíe la gama de posibles sanciones, las cuales deberán basarse en principios educativos. 2) Internación como medida más grave, respecto de la cual la normatividad secundaria siempre deberá atender a que el internamiento sólo podrá preverse respecto de las conductas antisociales más graves; aspecto que destaca en todos los instrumentos internacionales de la materia. 3) Breve término de la medida de internamiento, en relación con la cual la expresión "por el tiempo más breve que proceda" debe entenderse como el tiempo necesario, indispensable, para lograr el fin de rehabilitación del adolescente que se persigue; empero, en las legislaciones ordinarias debe establecerse un tiempo máximo para la medida de internamiento, en virtud de que el requerimiento de que la medida sea la más breve posible, implica una pretensión de seguridad jurídica respecto de su duración.

Acción de inconstitucionalidad 37/2006. Comisión Estatal de Derechos Humanos de San Luis Potosí. 22 de noviembre de 2007. Unanimidad de diez votos. Ausente y Ponente: Mariano Azuela Güitrón; en su ausencia se hizo cargo del asunto Sergio A. Valls Hernández. Secretarios: José Antonio Abel Aguilar Sánchez, Rosalía Argumosa López, Jaime Flores Cruz, Miriam Flores Aguilar, María Amparo Hernández Chong Cuy, Miguel Enrique Sánchez Frías y Laura García Velasco.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

El Tribunal Pleno, el dieciocho de agosto en curso, aprobó, con el número 79/2008, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a dieciocho de agosto de dos mil ocho.

Dicho criterio el útil pues establece el alcance de la interpretación del principio mínimo de intervención conforme al artículo 18, de nuestra Carta Magna, mismo que consiste en que la autoridad especializada deberá de disminuir su intervención en los casos en que se deba a que el menor es vulnerado en sus derechos económicos, sociales y culturales, en virtud de que resultaría inadecuado que el Juzgador impusiera una sanción gravosa.

COMPETENCIA PARA CONOCER DE LAS INFRACCIONES A LAS LEYES FEDERALES COMETIDAS POR MENORES DE DIECIOCHO AÑOS. CORRESPONDE AL JUEZ ESPECIALIZADO EN JUSTICIA PARA ADOLESCENTES DEL LUGAR DONDE AQUÉLLAS SE COMETIERON (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). Si bien es cierto que la fracción I del artículo 11 del Código de Justicia para Adolescentes del Estado Libre y Soberano de Puebla dispone que la aplicación territorial, personal y temporal de dicho código se refiere a conductas tipificadas como delitos, realizadas en territorio del Estado y que no sean de competencia federal, también lo es que el numeral 500 del Código Federal de Procedimientos Penales establece la competencia de los tribunales locales para menores, respecto de las infracciones a las leyes penales federales cometidas por menores de dieciocho años en el lugar en que se encuentre el referido tribunal. Ahora bien, si existe un tribunal local para menores en el lugar donde un menor de dieciocho años cometió un ilícito del orden federal, resulta inconcuso que, en términos del citado artículo 500 y en atención al principio de supremacía de la ley federal sobre la local, previsto en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la autoridad competente para conocer del proceso seguido por ese tipo de infracciones, será un Juez especializado en justicia para adolescentes del

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

lugar donde se cometió la infracción, toda vez que es dicho Juez quien cumple con las funciones relativas a la aplicación del procedimiento para menores y quien deberá aplicar las leyes federales respectivas.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEXTO CIRCUITO.

Competencia 1/2007. Suscitada entre el Juzgado Segundo de Distrito en el Estado de Puebla y el Juzgado Especializado en Justicia para Adolescentes del Estado, con residencia en Cholula, Puebla. 25 de enero de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: José Manuel Vélez Barajas. Secretario: Jorge Patlán Origel.

JUSTICIA PARA ADOLESCENTES. HASTA EN TANTO SE ESTABLEZCA EL SISTEMA INTEGRAL EN EL ORDEN FEDERAL, EN TODO LO QUE CORRESPONDA AL PROCEDIMIENTO RELATIVO, ES APLICABLE LA LEY DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES DEL ESTADO DE MÉXICO Y NO LA LEY PARA EL TRATAMIENTO DE MENORES INFRACTORES, PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL. Conforme al diseño del sistema integral de justicia para adolescentes, establecido por el artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por reforma a dicho numeral publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de diciembre de 2005, es factible sostener, con ánimo de hacer vigente y eficaz el nuevo derecho constitucional de justicia para adolescentes en el Estado de México, que en todo lo relativo al procedimiento respectivo, incluyendo la valoración de pruebas, entre otros temas, es aplicable la Ley de Justicia para Adolescentes de la misma entidad, en tanto recoge, instrumenta y desarrolla los principios, los derechos y las garantías modalizadas o específicas emanadas de la reforma constitucional relativa y de lo establecido al respecto por los tratados internacionales, y no así la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, pues aunque la reforma constitucional aludida no establece la abrogación o la derogación

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

expresa de la normativa de dicha legislación en materia federal, su aplicación no puede sostenerse e ignorar dicha reforma constitucional; lo anterior es así, porque a la luz del actual derecho constitucional de los menores, resulta inadmisibile aplicar al caso particular la citada ley en materia federal, dado que establece y regula el pasado sistema tutelar, que precisamente fue abandonado con la reforma constitucional en materia de justicia para adolescentes de que se trata; admitir lo contrario, sería tanto como aplicar una ley que, aunque siga vigente, ha sido superada y, por ende, se contravendría constitucionalmente en perjuicio del infractor el nuevo sistema garantista para adolescentes.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 295/2009. 8 de abril de 2010. Unanimidad de votos.
Ponente: Jorge Luis Silva Banda. Secretario: Juan Miguel Ortiz Marmolejo.

Bibliografía.

- Moreno Cruz, E., El nuevo Proceso Penal Mexicano, Editorial Porrúa.
- De Asua Jiménez L., El nuevo derecho penal, Madrid, 1929.
- Islas de González Mariscal O. / Carbonell M., Constitución y justicia para adolescentes, UNAM, México, 2007.
- Martínez de Aguirre, C. *Anuario de Derecho Civil*, 1992, página 1995.
- Rico Pérez, F., La protección de los menores en la Constitución y en el Código civil, Madrid, 1980.
- Cervello Donderis, V. *Cuadernos de Política Criminal*, 1989.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

- Díez-Picazo, L., *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo XVI, F. Seix editor, Barcelona, 1978.
- Ruiz-Giménez Cortés, J., *Los problemas del menor inadaptado y marginado socialmente*, Consejo Superior de Protección de Menores, Ministerio de Justicia, 1983.
- Jiménez Quintana, E., «El menor delincuente ante la Constitución», *Cuadernos de Política Criminal*, 1983.
- Tamarit Sumalla, J. M., «La protección del menor en la propuesta del anteproyecto de nuevo Código penal», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, tomo XXXIX, fase. II.
- Cario, R., «Aspectos estadísticos del internamiento de menores en prisión en Francia», *Los derechos humanos ante la criminología y el Derecho penal*, Instituto Vasco de Criminología, Bilbao, 1986.
- García Pablos, A., «Enfoques plurifactoriales y delincuencia juvenil». *Manual de criminología*, Madrid, 1988.
- Gibbons Don C, *Delincuentes juveniles y criminales*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.
- Terradillos Basoco, J., *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Akal, Madrid, 1980.
- Herrero Herrero, C., *Criminología. Parte general y especial*, Dykinson, Madrid, 1997.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

- Middendorff, W., *Criminología de la juventud*, traducido por José María Rodríguez Devesa, Ariel, Barcelona, 1963.
- Ferri, E.: *Principios de derecho criminal. Delincuente y delito en la ciencia, en la legislación y en la jurisprudencia*, traducido por RODRIGUEZ MUÑOZ, J.A., Madrid, 1933.
- Garcia- Palos, A.: *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, 2º ed., Valencia, 1996.
- Dorado Montero: *Los peritos médicos y la Justicia Criminal*, Madrid 1905.
- Antón Oneca, J.: *La utopía penal de Dorado Montero*, Universidad de Salamanca, 1950.
- González Zorrilla, C., *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 1992.
- Wheeler, S., *Sociología de Smeler*, N.J. Euro- américa, Madrid, 1967.
- Cuello Contreras, J., *El nuevo derecho penal de menores*, México.
- García Pérez, O., «Los actuales principios rectores del Derecho penal juvenil», *Revista de Derecho penal y Criminología*, Enero, 1999.
- Ríos Martín, J. C., «Derecho de menores y ámbito de reforma», *Psicología jurídica del menor* (coord. Javier Urra y Miguel Clemente), Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1997.
- Jiménez de Asúa, L., *La política criminal en las legislaciones europea y norteamericana*, Madrid, 1918.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

- López Hernández, G.M., *La defensa del menor*, Tecnos, Madrid , 1987.
- Cuello Calón, C., *Tribunales para niños*, Madrid 1917.
- Funes Artiaga, J./González Zorrilla, C., «Delincuencia juvenil, Justicia e Intervención comunitaria», *Revista Menores*, núm. 7, 1988.
- López Garrido, D./García Arán, M., *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid, 1996.
- Casanueva Reguart,S.E. *Juicio Oral, teoría y practica*, Porrúa, 2009.
- Zamora Jiménez, A. /Barba Álvarez, R., *Teoría Jurídica del delito*, Ángel Editor, 2010.
- Alvarado Martínez, I.,*La Nueva Justicia Integral para Adolescentes*, México, 2010.
- Villanueva Castilleja, Ruth, *El nuevo sistema de menores*, México, 2009.
- Pastrana Berdejo, Juan David. y Benavente Chorres, Hesbert. *Implementación del Proceso Penal Acusatorio Adversarial en Latinoamérica*. Editorial Flores Editor y Distribuidor, S. A. de C. V. México, 2009.
- Laveaga G (Compilador). “65 Propuestas para Modernizar el Sistema Penal en México.” México, Editorial: Instituto Nacional de Ciencias Penales, Primera Reimpresión, 2000.
- Castillo López, Juan Antonio. “*Justicia de Menores en México*”, México, Editorial Porrúa S. A. de C. V., Primera Edición, 2006.

Ordenamientos Jurídicos Internos

- Código Penal del Estado de Jalisco.
- Código de Procedimientos Penales del Estado de Jalisco.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley para la Protección de los derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.
- Ley de Justicia Integral para Adolescentes del Estado de Jalisco.

Ordenamientos Jurídicos Internacionales

- Código Penal Italiano.
- Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas.
- Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.
- Convención Americana sobre los Derechos Humanos.
- Convención Iberoamericana de los derechos de los jóvenes.
- Convención sobre los Derechos del Niño.

JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD

- Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la delincuencia juvenil (Directrices del RIAD).
- Directrices sobre la justicia en Asuntos Concernientes a los Niños Víctimas y Testigos de Delitos.
- Principios básicos para el tratamiento de los reclusos.
- Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad y las Directrices de Acción sobre el niño en el sistema de justicia penal.
- Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing).
- Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre medidas no privativas de libertad (reglas de Tokio).
- Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos.