

Delincuencia juvenil: tratamiento*

MARINO BARBERO SANTOS

Catedrático de Derecho penal en la Facultad
de Derecho de la Universidad de Valladolid

Durante varios decenios, concretamente desde la creación en Chicago el año 1899 del primer tribunal de menores, han imperado unas concepciones acerca del tratamiento de éstos que en nuestros días comienzan en gran parte a estimarse superadas. Creo que lo que puede tener interés en un Curso sobre problemática actual de la delincuencia juvenil, es exponer cuáles sean las nuevas ideas que empiezan a abrirse paso, máxime porque sobre las hasta ahora dominantes se han pronunciado con agudeza no exenta de prolijidad los tratadistas patrios, mientras que sobre las más recientes no ha aparecido en nuestro país hasta el momento, salvo error por mi parte, trabajo alguno. No podrían entenderse bien éstas, sin embargo, si se prescindiese de analizar el otro término de referencia, es decir, la situación presente, la cual, a su vez, tampoco podría comprenderse si se omitiese la mención de cómo se llegó a ella. De acuerdo con este esquema vamos a desarrollar, por tanto, nuestra exposición que se compondrá de las siguientes partes: 1) sucinta exposición histórica del tratamiento reservado a la delincuencia de menores hasta el siglo XIX; 2) principales características del sistema tutelar o protector hoy generalmente acogido; 3) el respeto de las garantías individuales en la jurisdicción tutelar. Sobre la base, obvio resulta subrayarlo, de que nuestro estudio se circunscribe al tratamiento jurídico penal de la delincuencia de menores.

I

Desde un punto de vista histórico, la regulación romana de la menor edad presenta el doble carácter de que, la de los tiempos más remotos, es pareja a la de la mayoría de los pueblos antiguos —por lo que la mención de sus características ilustra acerca del trato reservado a los menores en la antigüedad—, mientras que la de la época postclásica fue muestra o pauta de los derechos medievales.

(*) Este estudio constituye el texto —al que se han añadido las correspondientes notas— de una conferencia pronunciada el 31 de agosto de 1972 en Vigo, en el marco de una Semana sobre delincuencia juvenil, organizada por la Universidad de Santiago de Compostela.

La puericia, de acuerdo con los dos únicos textos relativos a ella atribuidos a las XII Tablas que se conservan, producía una atenuación de la pena. Así, al *impuber* que destruía las cosechas no se le crucificaba en ofrenda a Ceres, como acaecía con el adulto. Y si cometía un *furtum manifestum* no se le imponía la *addictio* (1). Textos posteriores preveyeron en numerosos casos, sin embargo, agravaciones o atenuaciones de pena sin consideración alguna a la edad del autor.

En la época imperial se distinguió entre *infantes*, *impuberes*, y *minores*. En la *infantia*, que duraba hasta los siete años, el menor se equiparaba al *furiosus*. Quedaba, por tanto, exento de pena. En los *impuberes* se distinguía según se tratase de los *proximus infantiae* (aproximadamente hasta los diez años y medio, si eran varones, y hasta los nueve años si eran hembras), que seguían la condición de los *infantes*, o de los *proximus pubertati*, los mayores de la edad mencionada hasta la pubertad.

El imponer o no pena en estos casos se hacía depender del examen bien del discernimiento (*doli capax*), bien de las características del delito. Según Mommsen la única pena que jamás se aplicó a un *impuber* fue la de muerte (2), pero no quedaron en absoluto los de esta condición exentos de otras. *Minores* eran las hembras desde los doce años cumplidos y el varón desde los catorce, siempre que este *habitu corporis pubertatem ostendit* (3), hasta los veinticinco años. A los *minores* se les punía, pero con menor rigor que a los adultos (*aetas enim excusationem meretur*). Es menester observar, empero, que en el Bajo Imperio rigió la máxima *malitia supplet aetatem*, que abrió el camino a la plena equiparación penal entre el adulto y el menor delincuentes.

El Derecho de la Edad Media empleó el procedimiento acusatorio, sobre la base de la más estricta igualdad. Se ha sostenido que, precisamente en virtud del principio de igualdad, no se podía aplicar al menor, por carecer de resistencia física, el tormento, las ordalías, etc. Wilda estima, como resultado de su investigación sobre los diversos

(1) LEBIGRE, J., *Quelques aspects de la responsabilité pénale en droit romain classique*, París, 1967, págs. 40-41.

(2) MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Graz, 1955 (reimpresión de la edición de Leipzig de 1899), pág. 76.

(3) Cfr. SCHWARZ, A. B., *Die justinianische Reform des Pubertätsbeginns und die Beilegung juristischer Kontroversen*, en «Zeitschr. der Savigny Stiftung f. Rechtsgeschichte», Roman. Abt., 1953 (69), págs. 345 y sigs. En contra de la concepción más generalizada de que sólo con Justiniano se determinaron los presupuestos de la capacidad de los menores de sexo masculino —al fundamentarla en la edad—, y que con anterioridad había dos posturas, la de los sabinianos, que hacían depender la capacidad del hecho de la pubertad (*puberem eum esse putant, qui habitu corporis pubertatem ostendit, id est eum qui generare potest*) y la de los proculyanos, que la supeditaban al cumplimiento de los catorce años, Schwarz se inclina por la tesis intermedia de Priscus y sostiene que «der Pubertätsbeginn bis zur justinianischen Reform neben dem Lebensalter auch von der physischen Geschlechtsreife abhing» (Ob. cit., pág. 386).

derechos germánicos, que la infancia en parte excluía, en parte disminuía, la responsabilidad penal, pero no la civil derivada de delito. La irresponsabilidad plena beneficiaba en muchos casos tan sólo a los menores de ocho años, mientras el de hasta doce o quince, según los derechos, era considerado un «Halbrechtsmann». Para evitar la venganza de la sangre, leyes noruegas permitían que el menor abandonase el país; pero que no se trataba de una auténtica pérdida de la paz lo prueba que podía ser acompañado por su parientes (4).

En los textos medievales más romanizados hay reminiscencias de la regulación romana de la edad mas la de diez años y medio —v. gr., en las Partidas— pasa a ser el límite de la irresponsabilidad. «Si fuese menor de diez años et medio», determinan éstas (VII, 1, 9), «entonce nol podrien acusar de ningunt yerro que ficiese». Respecto a los mayores de esa edad y menores de catorce se distinguía según se tratase de un delito «fecho en razon de luxuria» o de un «yerro» de otro tipo. Tan sólo en el segundo caso se les podía castigar, pero «nol deben dar tan grant pena en el cuerpo nin en el haber, como farien a otro que fuese de mayor edat, ante gela deben dar muy mas lieve» (ibídem).

Desde el siglo xv encuentran aplicación general principios del Derecho romano (5) que, en lo que afecta a los menores, se refieren principalmente a la capacidad de dolo. *Die peinliche Gerichtsordnung* de Carlos V (la Carolina), del año 1532, regula la menor edad junto a la enajenación, exigiendo para su castigo o tratamiento que el juzgador acuda al consejo de los entendidos (art. 179: ... vnnnd nach radt der selben vnd anderer verstendigen darin gehandelt oder gestrafft werden). En los delitos de robo (art. 164), si el autor era menor de catorce años no podía ser condenado a muerte o a penas corporales, salvo —y la excepción restringe en gran medida la regla— que fuere *proximus pubertati* y las circunstancias del delito particularmente reprobables. En estos casos, al igual que en la última época romana, la malicia suplía a la edad (die bossheyt das alter erfüllenmöcht) y el juez debía acudir asimismo al consejo de los sabidores.

El derecho anglo-sajón tomó del romano tanto las edades de siete y catorce años, como el principio *malitia supplet aetatem*. De los menores de siete años se presumía «conclusively» que carecían de dolo, mientras que de los mayores de esa edad la presunción era tan sólo *iuris tantum* (6): *strong evidence of malice might «supply age»* (7).

Los canonistas sostuvieron que el niño podía ser capaz de dolo. Pero en tal caso —es la tesis, v. gr., de Covarrubias—, no podía

(4) WILDA, W. E., *Das Strafrecht der Germanen*, Aalen, 1960, reimpre-sión de la ed. de 1842, pág. 640.

(5) RADBRUCH, *Zur Einführung in die Carolina*, Stuttgart, 1967, pág. 5.

(6) BASSIOUNI, *Criminal Law and its processes*, Springfield, 1969, página 521.

(7) RADZINOWICZ, L., *A History of English Criminal Law*, Londres, 1948, I, pág. 12.

castigársele con la pena ordinaria, sino con otra *extra ordinem*, al arbitrio del juez (8).

Las consecuencias de la menor edad sobre las penas aplicables fueron en el Medioevo y comienzos de la Edad Moderna las siguientes:

a) Disminución en la medida normal de la pena, que se cumplía en establecimientos comunes.

b) Elección, en la escala normal de penas, de un castigo reputado más benigno.

c) Imposición de penas de carácter especial, reservadas a los menores (9).

Algunas de estas penas especiales tendían a la ejemplaridad, constituyendo gravísimos castigos. Una de las empleadas con mayor frecuencia fue la de colgamiento por las axilas, que no pocas veces hacía exhalar el último suspiro. Pero hubo otras del más vario carácter. Puede servir de ejemplo la impuesta a unos niños menores de siete años que robaron en Burdeos, un Jueves Santo, un cáliz y una patena. Por su edad, según relata Bruneau de Lacombe, historiador judicial del siglo XVIII, «ils ne furent condamnés qu'à être fouettés pendant deux matinées au carrefour de la paroisse, á assister nus en chemise à une haute messe, ayant la corde au cou, et ensuite, bannis à perpétuité» (10).

Tampoco faltaron entre las penas especiales las dotadas de una pretensión medicinal o de mejora. Se puede citar en este sentido la impuesta por el Parlamento de París, el 19 de febrero de 1569, a un niño que hirió mortalmente a uno de sus camaradas. Consistió en acudir a los funerales con un cirio en la mano y en escuchar una exhortación pronunciada por un doctor desde lo alto de la cátedra (11).

En la segunda mitad del siglo XVI se inicia un movimiento de carácter más general tendente a la enmienda del delincuente, que se plasma en la erección de las llamadas casas de corrección o similares de Bridewell (Londres, de alrededor de 1550), Nüremberg (1558), Amsterdam (1595), etc.

La primera institución correccional de cierta importancia destinada a los jóvenes no se creó empero hasta principios del siglo XVIII: el Hospicio de San Michele en Roma; se instituyó el 14 de noviembre de 1703 por *motu proprio* del Papa Clemente XI para albergar, con finalidades de corrección y enmienda, a los delincuentes menores de veinte años y a los muchachos y jóvenes que mostraran

(8) Cfr. PEREDA, J., *Covarrubias penalista*, Bilbao, 1959, pág. 181.

(9) PERRIN, en *Le Probleme de l'enfance delinquante*, «Travaux et recherches de l'Institut de Droit comparé de l'Université de Paris», París, 1947, página 84.

(10) Cfr. SCHEID, *A propos de l'enfance delinquante*, en «Rev. intern. de crim. et pol. techn.», 1959, pág. 115.

(11) PERRIN, art. cit., pág. 85.

pésima inclinación al vicio. La severa clasificación y separación de los menores, el énfasis otorgado a su formación profesional y moral y la disciplina que en la institución reinaba la hizo merecedora de una alta reputación y la convirtió realmente en una especie de fenómeno aislado en la Europa de la época (12).

A finales del siglo XVIII se promulgan leyes que acogen, aunque tímidamente en lo que afecta a los menores, principios derivados del pensamiento de la Ilustración. Puede mostrarlo la regulación del Código penal francés de 1791 (1.ª parte, tit. V, arts., 1 a 4) o del napoleónico de 1810 en su redacción original. De acuerdo con el texto legal últimamente citado los menores de diez y seis años que hubieren actuado sin discernimiento podían «selon les circonstances» ser entregados a sus padres o internados en una casa de corrección hasta que cumpliesen —como máximo— los veinte años. Los que hubieren obrado con discernimiento se beneficiaban de una atenuación de pena, a cumplir en una casa de corrección. En ningún caso se les podía imponer la de muerte, sustituida por la privación de libertad durante veinte años. Tampoco podía imponérseles la de exposición en una jaula para que el pueblo los contemplase, entonces muy empleada, salvo en algún raro supuesto. No se mencionaba, y esto es merecedor de grave crítica, ninguna edad de irresponsabilidad plena.

Se introduce entonces el concepto del discernimiento —derivado del «rei intellectum» y la «dolo capacitas» romanos— que tantos problemas iba a plantear a la doctrina y tantas dificultades a los tribunales durante más de un siglo; pero en el que puede verse, sin embargo, un comienzo de individualización penal (13).

Era lógico, como dice Antón Oneca, que las tendencias pietistas, consecuencia de la época de las luces, se fijaran con el mayor interés en los menores delincuentes para evitar el espectáculo siempre hiriente de los pequeños reos expuestos a la vergüenza pública en las aulas judiciales, y en contacto pernicioso con los criminales más endurecidos dentro de las prisiones (14).

Ello lleva en el siglo XIX, por primera vez, a reconocer que el niño o joven que actúa contra el ordenamiento penal no es equiparable al adulto y que debe existir un propio derecho de menores basado en la reeducación y no en una penalidad atenuada.

Con el siglo XIX se inicia pues un período humanitario que se caracteriza particularmente por mejoras de hecho en el tratamiento de los menores. Lo atestiguan: la construcción en Randall's Island (Estado de Nueva York) en 1824 de la House of Refuge (15); en

(12) NYQUIST, *Juvenile Justice*. Cambridge studies in criminology, Londres, 1960, pág. 133.

(13) PINATEL, *Precis de science pénitentiaire*, París, 1945, pág. 275.

(14) ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, Madrid, 1949, pág. 284.

(15) Se inauguró el 1 de enero de 1825. No era más que una serie de barracas, anteriormente ocupadas por soldados, situadas en el Madison Square Park. La primera institución bajo públicos auspicios en su totalidad

Francia de la Roquette (París) en 1826 y de la colonia de Mettray en 1839; en Baviera de un establecimiento penal juvenil en 1868; el especial tratamiento dado a los menores por Montesinos en Valencia en el segundo tercio del pasado siglo; el denominado «child saving movement» anglo-sajón de más o menos de la misma época que llevó a la apertura de *industrial schools*, para niños abandonados, y de *reformatory schools*, para jóvenes delincuentes.

Este período humanitario se caracteriza también por estimarse que las penas atenuadas, que eran las que habitualmente prevenían para los jóvenes como únicas las leyes —*ope legis* o como consecuencia de la afirmación de que se actuó con discernimiento—, eran inoportunas; y que para los jóvenes no era adecuada la pena común, sino un tratamiento educativo propio. Asimismo se caracteriza por llevarse a los Códigos una minoría de edad excluyente en absoluto de responsabilidad penal (16). No se debe olvidar empero que por haberse colocado esta en una edad excesivamente baja o por otras causas se ahorcó todavía a algún niño de trece años, v. gr., en Inglaterra, como autor de asesinato, o se infligió a otros de la misma edad el duro castigo de la deportación (17); no siendo pocos los que compartieron sus celdas con los criminales más endurecidos (18). En 1862 podía verse aún en la casa de corrección de Westminster niños de seis años señalados con las marcas de los criminales (19). La situación en otros países no era muy distinta, aunque hubiera notablemente cambiado respecto al siglo anterior. Ortolan se lamentaba, por ejemplo, de haber visto figurar como procesados por delitos graves, en las estadísticas criminales francesas de 1847 a 1854, a niños que no tenían seis años cumplidos (20). Y en nuestro país, Concepción Arenal aseguraba a finales de siglo que, contra lo que generalmente se cree, uno de los departamentos donde hay más depravación en los presidios, es en el de jóvenes (21). Mientras Cadalso, por su parte, escribía: En Alcalá (donde según el R. D. de 11 de agosto de 1888

fue un reformatorio *municipal* para niños fundado en 1845 en Nueva Orleans. La primera escuela *estatal* de reforma de menores se creó en Westboro (Massachusetts), en 1847. Este movimiento no es autóctono americano. Siguió, según Robinson, líneas trazadas por reformadores europeos: principalmente por Johan Heinrich Pestalozzi.

(16) NILIUS, *La minorité pénale dans la législation et la doctrine du XIX siècle*, en «Le probleme de l'enfance délinquante», cit., pág. 101.

(17) De acuerdo con las investigaciones más recientes, parece que de los 103 niños de trece o menos años condenados a muerte en Inglaterra de 1801 a 1836, tan sólo uno, John Andy Bird Bell, fue ejecutado. Cfr. Anthony M. PLATT, *The Child Savers. The invention of Delinquency*, Chicago, 1969, página 186. Según el mismo autor, en Estados Unidos únicamente se ejecutó a dos de 1806 a 1882. Ambos eran negros y esclavos. (Ibidem, pág. 202.)

(18) MUMFORD, G. H. E., *A Guide to Juvenile Court Law*, Londres, 1970, página V.

(19) BAVIERA, *Diritto minorile*, Milán (2.^a ed.), 1965, pág. 108.

(20) ORTOLAN, *Tratado de Derecho Penal*, trad. castellana de Pérez Rivas, Madrid, 1878, I, pág. 37.

(21) ARENAL, Concepción, *Estudios Penitenciarios*, en «Obras Completas», Madrid, 1895, VI, vol. 2.^o, pág. 259.

debían extinguir sus penas los condenados menores de 20 años) existen adolescentes de 12 a 14 años, niños cuya precocidad en el crimen causa profundo dolor, hacinados con adultos y septuagenarios que sólo ablandarán la dureza de su sentimientos cuando dé su cadáver con la tumba (22).

II

Al finalizar la centuria se instituyeron, por vez primera, jurisdicciones especializadas para los menores. Con ellas se pone en marcha el período tutelar o protector que va a durar hasta nuestros días, en que se observa la aparición de una nueva fase que se caracteriza por el reconocimiento de las garantías penales también en el ámbito de la jurisdicción de menores.

A su análisis dedicaremos, como hemos dicho, la última parte de la exposición.

La creación en los Estados Unidos el año 1899 del primer tribunal de menores (*Juvenile Court*) constituyó la culminación de una serie de esfuerzos y preocupaciones, de un evidente carácter conservador, en favor de los niños abandonados, maltratados o delincuentes, que se plasmaron en diversas instituciones que se escalonan a lo largo del siglo XIX y cuyas manifestaciones más notables son las siguientes. El establecimiento, en el estado de Nueva York, el año 1824, del primer reformatorio. El nombramiento en 1861 por el alcalde de Chicago, haciendo uso de la autorización que le había otorgado el parlamento de Illinois, de un comisario ante el cual los menores de 6 a 17 años tenían que responder de las infracciones de menor gravedad. Este comisario poseía facultad para conceder a los menores la *probation*, internarlos en un reformatorio y, en términos amplios, para imponerles el tratamiento que estimase adecuado, facultad que se trasladó a los jueces ordinarios en 1867. La instauración en Boston, en 1870, de «Separate hearings» en supuestos de enjuiciamiento de jóvenes, que constituye propiamente la primera modificación del procedimiento tradicional. La prohibición, en 1877, por obra de la sociedad neoyorquina para la prevención de la crueldad sobre niños, de colocar a un menor de 16 años «in any prison or place of confinement, or in any court room or in any vehicle in company with adults charged or convicted with crime except in the presence of officers» (23). La atribución en varios Estados a unos tribunales especiales, en el último tercio del siglo, de la competencia para conocer, sin jurados y sin las formalidades legales ordinarias, de los casos de vagancia e incorregibilidad del menor.

Todas estas instituciones combinadas y fundamentadas científicamente dieron nacimiento, según Sutherland-Cressey, al primer tri-

(22) CADALSO, *Estudios Penitenciarios*, Madrid, 1893, pág. 38.

(23) ROBINSON, *Juvenile Delinquency. Its Nature and Control*, Nueva York, 1960, pág. 228.

tribunal de menores, creado en Chicago en 1899, cuyas características más importantes fueron: 1) la edad de la capacidad penal se elevó de 7 a 16 años; 2) el tribunal podía actuar en forma de jurisdicción de equidad (*chancery or equity jurisdiction*), es decir, se le facultaba para no aplicar el *common law*, sino para actuar de manera más flexible y con carácter tutelar (24), de acuerdo con la teoría del *parens patriae* (25).

¿Por qué, se pregunta Veillard-Cybulski, se creó precisamente en Chicago el primer tribunal de menores?

Y responde, que por razones filantrópicas y humanitarias derivadas de una situación socio-económica insoportable. Esta gran ciudad americana conoció entonces un desarrollo industrial y urbano extraordinario en un ambiente de total liberalismo económico; fue, sin duda, la ciudad americana cuya población creció más rápidamente: pasó de tener doscientos habitantes en 1833 a más de un millón en 1890 (26). De la inestabilidad y liberalismo económicos derivó una gran riqueza para algunos y una gran miseria para los más. Los barrios populares se llenaron de masas proletarias, teniendo hombres y mujeres que acudir al trabajo en la 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. No tarda en surgir una reacción en su ayuda encabezada por Jane Addams y Julia Lathrop, hijas ambas de senadores republicanos pertenecientes a familias cuáqueras. Las «Ladies of Hull House», como se las denominaba, convencidas de que se podía y debía hacer algo para ayudar a aquellos infortunados, movilizan la conciencia social de la comunidad. Las asociaciones de carácter cívico, principalmente femeninas, de algunas de las cuales ellas forman parte, exigen la creación de un tribunal especial para los menores. Los juristas se oponen, por estimar que sería contrario a la Constitución. La agitación crece. Julia Lathrop revela que 575 menores se encuentran en prisión y que en poco más de un año y medio unos dos mil muchachos han sido internados en la Casa de corrección de Chicago. Impresionado por esta información, el Colegio de Abogados de Chicago nombra el 22 de octubre de 1898 una comisión encargada de preparar un proyecto de ley que, después de sufrir numerosas modificaciones, fue presentado al Parlamento del Estado de Illinois y adop-

(24) SUTHERLAND-CRESSEY, *Principles of Criminology*, Chicago-Filadelfia-Nueva York, 1960 (6.^a ed.), pág. 397.

(25) Teoría del *parens patrie* que se interpretó falsamente para estos fines. Cfr. MORRIS, N., *In re Gault: A Comparative Background*, en «Gault: What Now for the Juvenile Court?», editado por Virginia Davis, Ann Arbor, 1968, pág. 28.

(26) PLATT, *The Child Savers. The Invention of Delinquency*, Chicago-Londres, 1969, pág. 37.

tado prácticamente por unanimidad, ya que sólo tuvo un voto en contra. Entró en vigor el primero de julio de 1899 (27).

Esta ley (*Act to regulate the treatment and control of dependent, neglected and delinquent children*) preveía un conjunto de medidas en favor de los muchachos sin amparo, abandonados o delincuentes, y prescribía la designación en las grandes aglomeraciones urbanas de un juez especial. Las audiencias debían celebrarse sin formalidades y en sala distinta de las destinadas a los adultos. El tribunal podía nombrar para que auxiliaran al menor una o más personas «discretas y de buen carácter» (*probation officers*), cuyos deberes la ley enumeraba, al mismo tiempo que definía las medidas aplicables por el juez de menores.

El movimiento, sin embargo, no se limitó a Chicago, sino que, como ha expuesto agudamente Platt, tuvo un carácter más general.

De 1880 a 1890 numerosas personas dedicadas a las profesiones liberales e intelectuales de clase media descubrieron los «sótanos húmedos y los oscuros áticos de los barrios pobres de las ciudades populosas», refugio último de los desheredados de la fortuna y de los criminales. La percepción de los problemas que en este medio planteaban los jóvenes delincuentes fue empero obra precipua de los reformadores femeninos del *child-saving movement*. Movimiento que no significó, en contra de lo que ha solido creerse, un rompimiento con el pasado, sino más bien una afirmación de fe en las instituciones tradicionales: autoridad parental, educación familiar, virtudes de la vida rural, etc. Hasta el extremo de que la actuación conforme a los valores de la clase media y sus respetables instituciones constituía la «normality», y la conducta que no se acomodaba a ellos era tachada de «unsocialized», «maladjusted» y «pathological». Las mujeres estadounidenses participaron en el movimiento de salvación del niño como en una «symbolic crusade» en defensa de las esencias tradicionales de la familia y de la posición de la mujer dentro de ella, con la finalidad última de extender sus papeles domésticos en el ámbito de los servicios públicos. El movimiento se utilizó como medio para conseguir la emancipación femenina. Su culminación ha sido la «matriarchal dominance of American society» (28).

Los *Child savers* consideraron su causa de tipo preferentemente moral, como lo muestra su interés por «purity», «salvation», «innocence», «corruption», «protection», etc. Esto les hizo olvidar, sin embargo, los derechos individuales, por lo que su actuación ha podido calificarse de antilegal. Por otra parte, sus remedios muchas

(27) ROBINSON, ob. cit., págs. 229 y sigs. VEILLARD-CYBULSKI, *De la répression au traitement des délinquants mineurs*, en «Rev. pen. suisse», 1962, páginas 56 y sigs.

(28) GORER, *The American People: A Study in National Character*, páginas 54-56, citado por PLATT, *The Child Savers. The Invention of Delinquency*, Chicago-Londres, 1969, pág. 75 (nota). Véase también, PLATT, *The Rise of the Child-Saving Movement: A Study in Social Policy and Correctional Reform*, en «Crisis in American Institutions», editado por Skolnick y Currie, Boston, 1970, págs. 447 y sigs.

veces produjeron un efecto contrario el que pretendían: la protección del menor de los peligros físicos y morales derivados de una sociedad urbana altamente industrializada (29). Sus obras cardinales fueron los tribunales de menores y los reformatorios, en los que imperaba una disciplina casi militar, aunque teóricamente se basasen en la carencia de toda coacción (30).

Hoy no cabe ya la menor duda de que el movimiento de salvación del niño tuvo poco de liberal y mucho de conservador y regresivo. A la constatación de que sus impulsores pertenecían a las clases más reaccionarias, Platt añade para probarlo las siguientes consideraciones: 1) que no tuvieron inconveniente en recomendar el uso creciente de la privación de libertad para apartar al menor de los influjos corruptores; 2) que, a pesar de que afirmasen el valor del hogar y de la familia como instituciones básicas de la sociedad americana, carecieron de reparos para separar a un niño «de un hogar que había dejado de cumplir sus funciones». Por supuesto, sobre la base de que el hogar perteneciese a una familia de las clases desheredadas, ya que jamás se investigó al respecto en las clases superiores; 3) que prescindieron de las garantías procesales con el sofisma de equiparar «menor delincuente» y «menor que pretendía evadirse de una situación de dependencia», naturalmente después de declarar que «every child is dependent» (31).

El segundo tribunal juvenil se creó en Denver el mismo año que el primero, es decir, en 1899, gracias a los esfuerzos del juez Ben Lindsay. Se ha podido afirmar incluso que el de Denver es anterior, ya que el Compulsory School Act, Colorado Laws 1899, se promulgó dos meses antes que el Estatuto de Illinois (32). La nueva institución se extendió rápidamente por la casi totalidad de los Estados de Norteamérica. Cinco años más tarde la habían acogido ocho, y cinco grandes ciudades (33). Diez años después, 22 Estados. En 1945, la totalidad de los Estados de la Unión habían legislado sobre tribunales juveniles (34).

La idea cruzó al Atlántico enseguida. En 1905 se crea en Birmingham una jurisdicción especializada para menores y varias ciudades inglesas no tardaron en seguir su ejemplo. Una ley de 21 de agosto de 1907 organizó la «probation». El «Children Act» de 21 de diciembre de 1908 creó los tribunales de menores y la «Prevention Act» de

(29) PLATT, *The Child Savers*, cit., págs. 3 y sigs., 75 y sigs. y 141 y siguientes.

(30) PLATT, ob. ult. cit., págs. 67 y sigs.

(31) PLATT, ob. ult. cit., págs. 134 a 136.

(32) CLARK, H. H., Jr., *Why Gault: Juvenile Court Theory and Impact in Historical Perspective*, en «Gault: What now for the Juvenile Court?», editado por Virginia Davis, Ann Arbor, 1968, pág. 3.

(33) BARROWS, S., *Introduction* a «Children's courts in the United States», relación preparada por «The international prison Commission», Washington, 1904, pág. IX. Según este autor, «never perhaps has any judicial reform made such rapid progress».

(34) KAHN, *A Court for Children*, Nueva York, 1953, pág. 21.

la misma fecha instauró un régimen especial para los jóvenes delincuentes de 16 a 21 años.

En Egipto se crean en 1905 los primeros tribunales juveniles, en Australia, en 1907, en Hungría, en 1908, y en Portugal, en 1911. A la cabeza del movimiento europeo se ha de colocar, no obstante, a Bélgica (35), como reconocen los mismos portugueses. Si a Portugal cabe el honor de haber sido el primer país en el continente europeo que promulgó un nuevo derecho penal de menores, escribe Eliana Gersão, a Bélgica pertenece el de haber sido el primero que lo aplicó en todo el territorio (36). Poco tiempo después la mayoría de los países poseían la nueva institución. En Alemania, por ejemplo, antes de la primera guerra mundial funcionaban ya más de doscientos tribunales especiales para jóvenes (37).

En España, del primer proyecto de tribunal tutelar fue autor, en 1909, Enrique de Benito. El primero de carácter oficial se redactó en 1912 y fue firmado por Arias Miranda. Otros se deben a Valdés y a Montero Ríos. En 1915 y 1917 suscriben proyectos ministeriales Burgos y Mazo y Alvarado, respectivamente. El 2 de agosto de 1918 se publica, debida a la iniciativa de Montero Ríos, la Ley de Bases, cuyo articulado desarrolló el R. D. de 25 de noviembre de 1918 y completó el Reglamento provisional de 10 de julio de 1919 y después el definitivo de 6 de abril de 1922. El primer tribunal tutelar se estableció en Bilbao el 26 de abril de 1920 (38).

Se creó así un derecho tutelar que —con palabras de Dorado Montero repetidas por la generalidad de los penalistas españoles—, ya no es penal propiamente dicho, sino obra benéfica y humanitaria, un capítulo, si se quiere, de la pedagogía, psiquiatría y arte de buen gobierno (39). Derecho tutelar que no pretende ya punir un delito pasado —que muchas veces ni siquiera se exige que se haya cometido, puesto que basta para quedar sometido a él la comisión de faltas administrativas o de otro tipo, o que el menor se halle en peligro de corrupción moral o sea indisciplinado, etc. (40)—, sino conocer la personalidad del sujeto y sus circunstancias individuales y ambientales con el fin de readaptarlo a las exigencias de la vida social. Para conseguir este fin es dable utilizar muy diversos medios. Se admi-

(35) VEILLARD-CYBULSKI, art. cit., pág. 57.

(36) GERSÃO, *Tratamento criminal de jovens delinquentes*, Coimbra, 1968, pág. 75.

(37) WOLF, Erik, *Líneas fundamentales del nuevo Derecho penal juvenil de Alemania*, en «Revista de Estudios Penales» (trad. castellana de Del Rosal), 1945, II, pág. 11.

(38) Cfr. CADALSO, *Instituciones penitenciarias*, Madrid, 1922, pág. 711. GUALLART, *El Derecho penal de los menores*, Zaragoza, 1925, pág. 152. ROCA, *Historia de la Obra de los Tribunales Tutelares de Menores en España*, Madrid, 1968, passim.

(39) DORADO MONTERO, *Los peritos médicos y la justicia criminal*, Madrid, 1905, págs. 211-212.

(40) Según MACDONALD (*Psychiatry and the Criminal*, Illinois, 1958, página 152), «in several States children may be hailed before a juvenile court for smoking or for wandering about railroad yards or tracks».

te, además, la indeterminación de la naturaleza y duración de las medidas a imponer, que no conocen otro límite en el tiempo, si acaso, que el del cumplimiento de la mayoría de edad. El menor puede perder o ver restringida su libertad durante largos años. A pesar de ello no se necesita observar las exigencias del procedimiento ordinario para imponer estas medidas, que pueden ser decretadas, incluso, por personal no perteneciente a la carrera judicial.

No resulta extraño, por lo expuesto, que al promulgarse las primeras leyes sobre tribunales de menores se impugnase —principalmente en los países anglosajones— su constitucionalidad, sobre la base de que privaban al joven, entre otros derechos básicos, de los de ser aconsejado por letrado, de ser juzgado por un jurado y de permanecer en silencio frente a la acusación de haber cometido el delito, etc. Pero la protesta no tuvo éxito, porque se estimó que estas exigencias no tenían cabida en una jurisdicción que no pretendía castigar, sino proteger al menor. Característica en este sentido es una sentencia del Tribunal Supremo de Pensilvania de 1905: «El padre natural —puede leerse en ella— no necesita de ningún procedimiento para privar a un hijo de su libertad..., para salvarle y protegerle de las consecuencias de que persista en una carrera de desvaríos, de la misma forma el Estado, cuando es compelido, como *parens patriae*, a ocupar el lugar del padre con idéntica finalidad, no tiene por qué adoptar ningún tipo de procedimiento para poner las manos sobre él y someterlo a los tribunales (41).

Debe subrayarse, no obstante, para que nos podamos explicar el que esto pudiera suceder, que no todas las garantías procesales, ni siquiera en relación a los adultos, habían sido aún reconocidas de forma solemne. En Estados Unidos, por ejemplo, el Tribunal Supremo reconoció por vez primera el derecho del acusado a aconsejarse de letrado el año 1932 (42).

Acalladas pues estas objeciones de tipo constitucional —que en países no anglosajones se formularon incluso con menor énfasis, aunque no faltaran eminentes juristas (Garçon, Stooss, etc.) (43) que las hicieran—, con el argumento del carácter protector y no represivo del derecho penal juvenil, este fue acogido por la generalidad de los países.

En la actualidad este derecho regula no sólo lo relativo a la juris-

(41) Cfr. *National Institute of Mental Health: The Juvenile Court. A Status Report*, Rockville, 1971, pág. 1.

(42) *Powell v. Alabama*, 287 U. S. 45 (1932).

(43) «Nach dem schweizerischen Entwurf. —escribía, por ejemplo, STOOSS— wird zwar nicht wie nach dem deutschen und osterreichischen Jugendgerichtsgesetz über Schuld und Strafe des Jugendlichen geurteilt, aber es muss doch der *strafrechtliche Sachverhalt untersucht und festgestellt werden*, und das ist eine eminent *richterliche* Aufgabe, für die sich eine Verwaltungsbehörde nicht eignet. Die Gerechtigkeit und das Interesse des Beschuldigten forden, dass ein *Richter* untersucht und feststellt, was geschehen ist» (*Die Beurteilung von Jugendlichen*, en «*Rev. pen. suisse*», 1929 (42), página 325.

dicción competente para juzgar al menor delincuente, sino también las exigencias para llevar a cabo su detención y lo relativo a la observación del mismo y a las medidas que se le pueden imponer. Manifestaciones que pasamos a analizar.

En la mayor parte de los países europeos compete a la policía ordinaria la detención y arresto de los menores (44). En algunos existe una policía especial. La detención está sujeta a un par de principios: 1) efectuarla en un local distinto del destinado a los adultos; 2) máxima brevedad posible de la detención. La realidad es, no obstante, que estas exigencias no siempre se cumplen. En los Estados Unidos, por ejemplo, unos cien mil jóvenes son detenidos anualmente en los calabozos policiales o en las cárceles del condado (45). Que en nuestro país, lastimosamente, la situación no es muy distinta lo prueba el que entre las principales conclusiones adoptadas en los Cursos-coloquios sobre delincuencia juvenil celebrados en 1970, 1971 y 1972 en el Instituto de Estudios de Policía, se halle la siguiente: «En los centros policiales se habilitará un local para retención y exploración de los menores de dieciséis años, lugar donde permanecerán el tiempo estrictamente indispensable para el esclarecimiento de los hechos en que figuren implicados. Les acompañará un familiar o conocido» (46).

En lo que a la observación se refiere es posible distinguir dos clases: observación durante el período anterior a la resolución del caso por la jurisdicción competente y observación después de tal resolución. El primer sistema está bastante generalizado en Europa y sirve tanto a la finalidad de seleccionar cuidadosamente a los delincuentes para que puedan adaptarse mejor a las diversas formas de tratamiento, como para detectar las posibles alteraciones mentales, ya que es opinión generalizada entre los psiquiatras que la proporción de delincuentes con trastornos mentales de carácter grave va en aumento (47). Hoy se critica, sin embargo, en cuanto se opone a la presunción de inocencia del imputado y, sobre todo, porque los procedimientos utilizados pueden atentar a derechos humanos fundamentales (48).

(44) También le compete una labor preventiva, la cual, de acuerdo con una de las conclusiones del Segundo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en Londres en 1960, «debe estar subordinada a la salvaguardia de los derechos humanos».

(45) WINSLOW, R. W., *Juvenile Delinquency in a free society*, Belmont, 1968, pág. 158.

(46) Cfr. *Delincuencia juvenil. Estudio de su problemática en España*, Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de la Gobernación, Madrid, 1972 (14), pág. 310.

(47) *Nuevas formas de la delincuencia de menores. Su origen, prevención y tratamiento*. Informe de la Organización Mundial de la Salud al Segundo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y tratamiento del delincuente, Londres, 1960, pág. 55.

(48) LEVASSEUR, *Les techniques de l'individualisation judiciaire*, rapport de synthèse présenté au VIII^o Congrès international de défense sociale (Paris, 18-22 de novembre 1971), en «Rev. sc. crim. et dr. pen. comp.», 1972, página 347.

Hace unos años Mannheim reunía en cuatro grupos los diversos sistemas imperantes respecto al enjuiciamiento de la actuación de los menores: inglés, continental europeo (exceptuados los países nórdicos), estadounidense y escandinavo. Podemos partir de esta exposición una vez que indicaremos a continuación las más importantes variaciones que se han producido con posterioridad en los mismos.

La principal característica del sistema inglés consistía entonces en la meticolosa consideración del delito y de la culpabilidad del autor, unida a la estricta observancia de las formalidades procesales, por parte de un tribunal al que se ha podido calificar de «modified criminal court», sobre la base de una edad de responsabilidad penal excesivamente baja: ocho años. El más opuesto al sistema inglés era el escandinavo, constituido por unos cuerpos administrativos desvinculados de las formalidades procesales. Mientras los Estados Unidos y los restantes países europeos seguían un sistema intermedio. El de los primeros, caracterizado por no considerar en general el delito como una ofensa a imputar a los menores, sino como la condición para un determinado tratamiento, sin diferenciar apenas entre menores delincuentes o abandonados; mientras en Europa se seguía un sistema dual según se tratase de jóvenes adultos o de muchachos más jóvenes (49).

El sistema judicial se prefiere en el continente europeo y en los países anglosajones porque asegura de forma más perfecta la protección de las libertades individuales y de los derechos fundamentales tanto del menor como de su familia, sobre la base de una auténtica especialización del juzgador. Las autoridades administrativas sólo pueden imponer en ellos una medida coercitiva con carácter provisorio y excepcional (50).

En el procedimiento se observa una gran flexibilidad, reducidos a un mínimo los formalismos. Igualmente se manifiesta la exigencia de una investigación sociológica y personal que se añade a la puramente policial del caso. El tribunal no suele celebrar audiencias públicas, permitiéndose únicamente la presencia de especialistas o peritos y de los familiares del menor.

Los países donde cuerpos administrativos especiales ocupan —con independencia, en principio, de la estructura judicial— el lugar de los tribunales de menores son: Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia (51). Cuando un menor comete un hecho que sería delictivo si cometido por mayores, o en otros supuestos previstos por la ley, la policía o la autoridad encargada de las diligencias puede elegir —aun-

(49) MANNHEIM, *Group problems in crime punishment*, Londres, 1955, página 211.

(50) Véase, respecto a Francia, *Les enfants et les adolescents socialement inadaptés. Problèmes juridiques et medico-psychologiques*, Publications du Centre d'études de défense sociale de l'Institut de Droit comparé de l'Université de Paris, París, 1958, págs. 82 y sigs.

(51) Cfr. *Le Droit pénal des pays scandinaves*, obra publicada bajo la dirección de Ancel y Strahl, con la colaboración de Andenaes y Waaben, por el Institut de Droit comparé de Paris, 1969, págs. 48 y sigs.

que no en todos ellos— entre el camino judicial o administrativo para la ulterior resolución. Estos cuerpos administrativos especiales de menores existen en la generalidad de los municipios. Suelen carecer de especialidad técnica, pero están muy al corriente de las condiciones locales. Su composición varía en cada uno de los países antes mencionados.

Mencionaremos como muestra la composición de los de Suecia tal y como se regula por la ley de 29 de abril de 1960, en vigor desde el primero de enero de 1961, en sus artículos 7 a 13.

Todos los miembros del Comité para la protección de los menores, que deben ser un mínimo de cinco, son elegidos por el consejo municipal de la localidad por un período de cuatro años. El único requisito que se exige es el de formar parte de las listas electorales. La ley recomienda, no obstante, la presencia en el seno del Comité de un jurista. Si esto no fuese posible, el Comité deberá aconsejarse en su actuación por un letrado (52).

En lo que se refiere a las características generales de las medidas a imponer a menores o jóvenes se acentúa el aspecto de rehabilitación o educación sobre el punitivo, lo que lleva a un tratamiento individualizado (53). No se les aplican, por tanto, la pena de muerte, penas privativas de libertad de larga duración, azotes, etc. (54). Prevalece en la elección de la medida la personalidad del menor sobre la gravedad del hecho cometido. En el supuesto de imposición de *probation* o de condena condicional con régimen de prueba se pretende que los encargados de supervisarla no solucionen los problemas del menor, sino que simplemente les ayuden a resolverlos por sí mismos. Con idéntica finalidad de adecuar el tratamiento a las condiciones del sujeto se ofrece hoy una amplia gama de establecimientos del más vario carácter. Esencial para conseguir el mejor logro

(52) Cfr. ROMANDER. *Introduction* a «Loi suédoise sur la protection de l'enfance», trad. francesa de Hójer, Ministerio de Justicia, Estocolmo, 1965, páginas 7, 13 y sigs.

(53) Es importante hacer constar, no obstante, que en nuestros días comienza a ponerse en entredicho, y no sin razón, la legitimidad de la individualización. En un doble sentido: 1) en cuanto los medios que se utilizan para verificarla pueden atentar a derechos humanos fundamentales; 2) por la pretensión de conseguir a través de ella la resocialización del sujeto. Respecto a este último punto se afirma actualmente que frente a las estructuras sociales y políticas de tantos Estados más bien hay que proclamar, por el contrario, un derecho sagrado del individuo a «no ser socializado». En este sentido se pronunciaron, nada menos, gran parte de los participantes en el reciente Congreso Internacional de Defensa Social celebrado en París en 1971. Cfr. LEVASSEUR, *Les techniques de l'individualisation judiciaire*, cit., págs. 327 y sigs.

(54) Algunos Códigos prohíben expresamente imponer la pena capital, por ejemplo, el de la República Democrática Alemana en su párrafo 78 (Gegen Jugendliche wird die Todesstrafe nicht ausgesprochen); el francés, en su artículo 66, etc. Sobre los castigos corporales remitimos al interesante informe: *Corporal Punishment*. Report of the Advisory Council on the treatment of offenders, Londres, 1960.

del tratamiento institucional se estima la observación y clasificación preliminar.

Son dos, por consiguiente, los procedimientos a emplear con el menor, que no se excluyen, sino que deben armonizarse, el tratamiento en libertad, cuya eficacia hoy ya no se discute, y el tratamiento en instituciones, el cual por estimarse una medida grave se suele imponer únicamente cuando parecen insatisfactorias otras más leves.

La modalidad más importante de tratamiento en libertad es, sin duda, la *probation*, empleada en los países anglosajones, y el *sursis*, que prevalece en el continente europeo. Hoy apenas se diferencian en su aplicación, ya que los países continentales prácticamente han acogido el primer sistema (55).

Otras medidas importantes en libertad son las de remisión o entrega a la propia familia o a otra distinta, o a la persona que tiene a su cargo al menor. No constituye una simple dejación sino, por las precauciones de que se acompaña, una auténtica actuación reeducativa.

Ha de mencionarse también los externados psicopedagógicos —o mejor, el tratamiento ambulante de este carácter—, institución moderna de tratamiento en libertad de la que se hace aún escaso uso.

El tratamiento institucional es la medida más antigua que se aplica a los menores. Sigue jugando, no obstante, un importante papel en nuestros días entre los esfuerzos empleados para rehabilitar al menor. Tendencia general es la de emplear personal especializado para las diferentes formas de tratamiento institucional: de educación correctiva, de formación profesional, médico, psiquiátrico, de terapéutica de grupo, omni-comprensivo, etc. (56). La institución debe satisfacer también las necesidades de tipo afectivo del menor, que procede muchas veces de familias deshechas (*broken homes*). Sin olvidar tampoco la eficacia de los valores éticos. Gran importancia tiene la creación de relaciones de confianza por originar sentimientos de autovaloración en menores con graves complejos de inferioridad.

En la actualidad suelen aplicarse tres tipos de tratamiento institucional: 1) un procedimiento uniforme adecuado a la mayoría de los delinquentes de carácter más grave; 2) un tratamiento especializado a largo plazo para los jóvenes que padecen un trastorno grave y a los que no se puede aplicar con éxito los métodos ordinarios; tratamiento que, en el aspecto psiquiátrico, se orienta principalmente

(55) Véase NÚÑEZ BARBERO, *Suspensión condicional de la pena y «probation» (problemática acerca de su naturaleza jurídica)*, Universidad de Salamanca, 1970. LASSER, *La libertad vigilada y la tutela educativa*, Caracas, 1959.

(56) WENDT, *Die Möglichkeiten und Grenzen psychotherapeutischer Behandlung von erwachsenen und jugendlichen Rechtsbrecher*, en «Mschr. Krim.», 1957 (40), pág. 193. MUNKWITZ, *Behandlung besonders schwieriger junger Rechtsbrecher in psychiatrisch geleiteten Sonderstrafanstalten*, en «Mschr. Krim.», 1959, pág. 149. SESSAR, *Beispiel einer Totalstrategie in der Behandlung jugendlicher Straftäter: Die Anstalt Boscoville in Quebec/Kanada*, en «ZStW», 1972 (84), pág. 779.

hacia la psicoterapia de grupo; y 3) un tratamiento institucional a corto plazo para los que no pueden ser tratados en libertad, aun cuando sus delitos no exijan prolongados períodos de detención (57).

Como institución intermedia entre el tratamiento en libertad y el realizado dentro de establecimientos se encuentran los denominados hogares en semi-libertad. Los menores que trabajan o estudian en el exterior durante el día, pasan en ellos las noches y los días festivos.

En el Derecho penal de menores moderno se tiende a evitar la imposición de propias penas. Algunas legislaciones admiten, empero, que puedan imponerse penas a los jóvenes, aunque naturalmente en ellas suele prevalecer la finalidad reeducadora sobre la represiva (58).

Esta misma finalidad impera en el tratamiento a dar a los denominados jóvenes adultos delincuentes (59). Vamos a pasar a exponer las características de la legislación inglesa al respecto, porque Inglaterra es, con expresión de Jescheck la patria de origen de la idea de instaurar un especial tratamiento para esta clase de delincuentes (60).

El primer reconocimiento oficial de que los jóvenes adultos necesitan un tratamiento especializado se debe al *Gladstone Committee* y se produjo en 1895. Se observó que la mayor parte de los reincidentes comenzaban sus carreras criminales antes de ser plenamente adultos y que las tendencias criminales de los chicos y chicas sentenciados a prisión se acrecentaban con toda probabilidad después de esta experiencia. Como consecuencia de la recomendación del *Committee Gladstone* se inició en un ala de una prisión la experiencia de dar mayor importancia a lo educativo que a lo represivo. En 1902 la totalidad de la *Rochester Prison*, que se encontraba en las afueras de la ciudad de Borstal, se transformó en una institución de este carácter destinada a muchachos. Como consecuencia de la promulgación de la *Prevention on Crimes Act* de 1908 el tratamiento *borstal*

(57) *Nuevas formas de la delincuencia juvenil*. Informe de la Organización Mundial de la Salud al Segundo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, cit., pág. 57. WINSLOW, R. W., ob. cit., págs. 222 y sigs. LAULICHT, J., *Selection policies in training schools as related to types of rehabilitation programmes*, en «British Journal of Criminology», 1963, pág. 108.

(58) El Derecho penal juvenil, escribe MAURACH, es primariamente un derecho de educación juvenil. Allerdings —añade— ist damit nicht gesagt, dass die Strafe als bezwecktes Übel im Jugendrecht keinen Platz habe. Jedes der jugendgemässen Reaktionsmittel hat primär erziehrische Aufgaben; verschieden sind nur die praktischen Wege (*Deutsches Strafrecht*, Allg. T., Karlsruhe, 1971, 4.ª ed., págs. 913 y 914).

(59) La expresión semi-adultos, que emplea parte de la doctrina española, ha de estimarse altamente desafortunada para designar a sujetos que pretenden precisamente el reconocimiento de su propia personalidad de adultos jóvenes.

(60) JESCHECK, *Vorwort* a MANNHEIN-JOSEPH-SIEVERTS: *Die kriminalrechtliche Behandlung von jungen Rechtsbrechern (über 18 Jahren) in England, in Frankreich und in der Bundesrepublik Deutschland*, Frankfurt/M.-Berlín, 1958, pág. 4.

se convirtió en una parte reconocida legalmente del sistema penal inglés (61).

Los primeros *borstal* eran establecimientos cerrados. Lo cual era natural dada la época en que fueron creados. El primer *borstal* abierto se erigió en 1930. En 1960 existían 11 abiertos y ocho cerrados. Hoy su número ha aumentado.

La característica esencial de la instrucción *borstal* es un día muy lleno de ocupaciones y el duro trabajo. Ocho horas diarias se dedican al aprendizaje agrícola o industrial; a las que hay que añadir las dedicadas a clases vespertinas de artesanía, educación física, etc. Seis horas a la semana, aparte de la jornada laboral, se dedican a actividades educativas, que se organizan, como acaece en las prisiones, por las autoridades locales de educación. Para completar la formación en el más amplio sentido se estimulan, en la medida posible, contactos con el mundo exterior. Lo que caracteriza empero a estas instituciones es la variedad de sus programas de resocialización. El de Pollington, por ejemplo, se basa en una «comunidad terapéutica», el de Hewel Grange se estructura sobre un *case-work* individual, etc. (62).

No se limita a Inglaterra el sistema *borstal*, ya que también otros países han acogido instituciones inspiradas en él, v. gr., la denominada prisión-escuela de los países nórdicos (63).

La asistencia post-institucional o *after-care* se considera asimismo actualmente parte integrante del total proceso de rehabilitación del menor. En conexión con el principio básico de la naturaleza progresiva del tratamiento, la asistencia post-institucional constituye su último estadio, e incluye medidas de transición entre cierta vinculación institucional y la total separación. Significa la supervisión, o mejor, la asistencia al menor en su actuar por parte de un funcionario de prueba o persona análoga. En algunos países se han creado incluso establecimientos de *probation*, es decir, no penitenciarios, para el supuesto de que el menor carezca de un medio familiar apto para ayudarle, presente anomalías mentales, etc., v. gr., los *hotels y homes* de *probation* y las *approved lodgings* inglesas (64).

(61) ELKIN, *The English Penal System*, Edimburgo, 1957, pág. 243.

(62) WILLIAMS, J. E. H., *The English Penal System in Transition*, Londres, 1970, pág. 312.

(63) Véase *Le Droit pénal des pays scandinaves*, 1969, cit., pág. 149.

(64) JAMES, Ph. S., *Introduction to english law*, Londres, 1962, pág. 210. DAUTRICOURT, *Le role de la probation dans le traitement des delinquants en Belgique*, en «Rev. de Dr. pén. et crim.», 1969, págs. 561 y sigs. FOSTER, *L'aide postpénitentiaire Borstal en Angleterre et au pays de Gales*, en «Rev. intern. de pol. criminelle», 1952 (2), pág. 31. En España tienen este carácter los «hogares para liberados», instituidos por decreto de 2 de octubre de 1953. De los dos creados, tan sólo el Destacamento de Mirasierra, sin embargo, ha tenido —según BUENO ARÚS— la debida consolidación. Pero del escaso dinamismo de la experiencia es prueba que el número de acogidos en el Destacamento, de acuerdo con el mismo autor, no ha excedido normalmente de una docena (*El sistema penitenciario español*, separata de la «Revista de Estudios Penitenciarios», Madrid, 1966, pág. 24).

III

Es muy posible que gran parte de lo acabado de describir comience, a no tardar, a pertenecer al pretérito. Que la fase tutelar o protectora en el tratamiento de la delincuencia juvenil ceda el paso a otro estadio, en el que la finalidad particularmente reeducativa del tratamiento o pena no obstaculice el pleno reconocimiento de las garantías individuales. Cada vez se tiene mayor conciencia de que las medidas que se imponen a los menores, aunque pretendan un fin correccional o protector, se concretan, en último término, en un grave ataque a bienes jurídicos fundamentales (65), que sólo es admisible si quien lo decreta es la autoridad judicial, y la imposición se realiza sin quebrantar las garantías procesales reconocidas para los adultos en la jurisdicción penal ordinaria (66).

Ha sido en la misma Norteamérica, país al que se debe, como hemos expuesto, el sistema de Tribunales tutelares hoy generalmente acogido, donde la institución ha sido sometida a una revisión tan profunda que es muy posible que determine —y no sólo allí, puesto que corresponde a las convicciones de nuestra época—, su suerte ulterior.

A partir de los años cuarenta el Tribunal Supremo de los Estados Unidos empezó a hacer amplio uso de la enmienda 14 a la Constitución que, aunque aprobada en julio de 1868, había sufrido larga hibernación. Este es su tenor: ningún Estado dictará ni aplicará ley alguna que suprima privilegios o inmunidades de los ciudadanos estadounidenses, ni privará a nadie de su vida, libertad o bienes sin las debidas garantías procesales (*without due process of law*). Citaremos algunas de sus más importantes aplicaciones: en 1948 se estableció que, de acuerdo con la enmienda 14, al acusado se le debía dar con tiempo suficiente plena información sobre el hecho que se le imputaba; en 1961 se determinó que esta enmienda imponía limitaciones a los Estados en la fase de investigación del hecho; en 1962 se prohibió, sobre la misma base, infligir castigos crueles o no usuales; en 1963 se reafirmó con mayor vigor el derecho del acusado a aconsejarse de letrado; en 1964 el privilegio de no acusarse a sí mismo; en 1965, el derecho de confrontar a los testigos (*cross examination*), etc.

(65) SUTHERLAND-CRESSEY han llegado incluso a afirmar que ciertas instituciones destinadas a menores tienen un carácter más represivo que algunas destinadas a adultos (*Principles of criminology*, 1960, cit., pág. 453). Véase también, FOX, S. J., *The law of Juvenile Courts in a nutsell*, St. Paul, Minnesota, 1971, Preface.

(66) Como ha expuesto COHEN, «notwithstanding the lenguaje of the statutes and the official rhetoric, the restrictions and deprivations imposed by the juvenile courts are in effect punitive». Y añade: los jóvenes sufren tales privaciones de derechos, acompañadas no pocas veces de abusos por parte del juzgador, sin las garantías procesales contra el error, la indiferencia, la arbitrariedad o la malicia judiciales previstas por la Constitución respecto a los adultos (*A evaluation of Gault by a sociologist*, en «The juvenile offender and the law. A symposium», Nueva York, 1971, pág. 93).

Era normal que esta consagración en el proceso de los derechos individuales de los adultos, lograrse eco también en la jurisdicción de menores. Un joven necesita una protección no inferior a la de un adulto —se afirmaba— frente a una intervención en su existencia decretada por un tribunal tutelar (67). El fin que teóricamente éstos persiguen, la rehabilitación del menor, apenas se alcanza en la práctica (68). Falta muchas veces a los tribunales, o a las instituciones que de ellos dependen, personal especializado en psiquiatría, psicología, sociología, asistentes sociales bien entrenados, etc. No siempre se dispone de oportunos servicios clínicos o de centros adecuados para impartir enseñanza profesional o descubrir la vocación del menor. Y lo que es no menos grave, que los miembros de estos tribunales carecen con frecuencia de todo tipo de preparación adecuada, incluida la jurídica.

Se daban pues los presupuestos para que los partidarios del respeto de las garantías individuales también en la jurisdicción tutelar pudieran esta vez vencer. El reconocimiento de sus pretensiones se ha verificado de dos formas: legislativa y jurisprudencial.

De 1961 a 1965 los tres Estados más extensos de Estados Unidos: California, Nueva York e Illinois han cambiado sustancialmente su legislación sobre tribunales tutelares, en el sentido de asegurar al menor una protección jurídica más perfecta.

El reconocimiento jurisprudencial, que se produjo el 15 de mayo de 1967, ha tenido un mayor eco. Quizá él inicie la nueva época a que hemos hecho alusión. Ese día el Tribunal Supremo de Estados Unidos dictó sentencia en el caso Gault (69), haciendo uso, con palabras del profesor Hopson, del bisturí del cirujano (70). Parece pues oportuno exponer, aunque sea brevemente, sus aspectos más importantes.

El 8 de junio de 1964, sobre las diez de la mañana, Gerald Francis Gault, de quince años, y su amigo Lewis, fueron conducidos por la policía ante el sheriff del Condado de Gila. La detención se basaba en la denuncia verbal de una vecina de que ambos la habían dicho

(67) Parece obligado subrayar que un comportamiento determinado tiene muchas veces consecuencias más graves si lo realiza un menor que si lo comete un adulto. Por ejemplo, en el caso Gault, que analizaremos enseguida, si el hecho imputado hubiese sido cometido por un adulto se habría impuesto a éste, como máximo, 50 dólares de multa o dos meses de arresto; al menor, en cambio se le privaba de su libertad durante varios años. Cfr. PAUSEL, *Children's Court: Gateway or Last Resort?*, en «Gault: What Now for the Juvenile Court?», ed. por Virginia Davis, Ann Arbor, 1968, pág. 39.

(68) Entre la amplia bibliografía, remitimos a DEIMLING, *Theorie und Praxis des Jugendstrafvollzug in pädagogischer Sicht*, Neuwied am Rhein-Berlin, 1969, passim. CLARK, H. H., Jr., *Why Gault: Juvenile Court Theorie and Impact in Historical Perspective*, cit., pág. 11.

(69) La sentencia se ha reproducido como apéndice del excelente volumen *The juvenile offender and the law. A symposium* (Nueva York, 1971), ya citado, y al que remitiremos más de una vez a continuación.

(70) HOPSON, D., Jr., *Introduction* a «The juvenile offender and the law. A symposium», cit., pág. 1.

por teléfono frases indecentes. Gault estaba sometido entonces a libertad vigilada, por haber sido visto junto a un niño que extrajo un monedero del bolso de una señora.

Ni la madre ni el padre de Gerald se encontraban en casa, sino en su lugar de trabajo, en el momento de la detención, acerca de la cual no se les dejó notificación alguna. Cuando a las seis de la tarde llegó la madre a casa, al no ver a Gerald, envió al hermano mayor a buscarlo. Este retornó manifestando que creía que le habían detenido. Ambos se encaminaron entonces al local de detención para jóvenes, donde el superintendente, y al mismo tiempo funcionario de prueba, Flagg, comunicó a la madre «por qué el hijo estaba allí»; añadiendo que al día siguiente, a las tres de la tarde, sería llevado ante el tribunal juvenil.

En la petición que el superintendente presentó al tribunal juvenil para que se ocupara del caso, de cuyo contenido no se informó tampoco a la familia Gault, únicamente se alegaba que Gerald era un delincuente, pero no se hacía la menor referencia a los hechos base de la actuación judicial.

El 9 de junio Gerald, su madre y su hermano mayor, así como el superintendente Flagg y otro funcionario de prueba, se personaron en el tribunal juvenil. El padre no lo hizo por estar trabajando fuera de la ciudad. Tampoco lo realizó la denunciante. El juez no solicitó que los que declaraban jurasen decir verdad; ni se preocupó porque quedara constancia escrita de la audiencia. Así Gerald manifestó ese día, según testimonio de su madre, que únicamente había facilitado a su amigo el número de teléfono de la vecina; mientras el juez aseguró, por el contrario, que Gerald había admitido haber dicho algunas expresiones de carácter indecente.

La tarde del 12 de junio, la madre de Gerald recibió, firmada por Flagg, la siguiente nota: «Sra. Gault, el Juez Mc Ghee ha señalado el lunes 15 de junio de 1964, a las once de la mañana, como día y hora para una ulterior audiencia del caso Gerald». El día y hora fijados se presentaron en la sede del tribunal Gerald y sus padres, su amigo Lewis con el suyo, Flagg y otro funcionario de prueba. Según manifestaron los padres, Gerald confesó tan sólo haber marcado el número del teléfono; mientras, de acuerdo con el juez, admitió haber dicho algunas de las expresiones que se le imputaban, pero no las más graves. Tampoco la denunciante se personó esta vez, ni el juez se puso en relación con ella, a pesar de que los señores Gault se lo pidieron. Como resultado de la audiencia, el juez ordenó internar a Gerald Gault hasta que cumpliera la edad de veintiún años, en la Escuela Industrial del Estado, por estimar que se trataba de un delincuente juvenil.

Pocas semanas después, concretamente el 3 de agosto, se presentaba ante el Tribunal de Apelación de Arizona el escrito de «habeas corpus» que iba a terminar tres años más tarde con la ya famosa sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos —al que se había pedido que declarase la inconstitucionalidad del Código juvenil

de este Estado por oponerse a la Enmienda 14 a la Constitución— de 15 de mayo de 1967.

Estos son sus extremos más importantes: las garantías procesales, lo que se denomina *due process*, son también aplicables a los menores. Ellas exigen: que se comunique al joven y a sus padres o guardadores, cumplidamente y con tiempo suficiente, los cargos que se le imputan, para que puedan preparar la defensa (71); el derecho, también para el menor, de aconsejarse, y de ser defendido, por letrado (72); el privilegio de no acusarse a sí mismo, y de que, si el sujeto lo hace, la confesión no valga, salvo que el hecho haya sido probado por otros medios (73); el derecho de confrontar a los testigos y de que estos presten testimonio mediante juramento (74).

La generalidad de los numerosos artículos y libros que desde 1967 se han escrito sobre el tema reconocen que, en los Estados Unidos, la fase puramente tutelar en el tratamiento de la delincuencia juvenil empieza a pertenecer al pasado (75). Posteriores o coetáneas decisiones judiciales (76) y cambios legislativos (77) han venido a corroborar este criterio. La nueva situación podría caracterizarse con las conocidas palabras de Battaglini: la especialidad del régimen de los menores «non vuol dire che esso debba distaccarsi del tutto dal grande tronco del diritto penale» (78). Ciertamente la sentencia Gault no suprime los tribunales juveniles, tan sólo cambia su base: el derecho pasa a ocupar el lugar que deja libre el paternalismo (79).

(71) PAULSEN, *Juvenile Courts and the legacy of*, 67, en «The juvenile offender and the law. A symposium», cit., págs. 5 y sigs. FOSTER, H. H., Jr., *Notice and «Fair Procedure»: Revolution or Simple Revision?*, en «Gault: What Now for the Juvenile Court?», ed. por Virginia Davis, Ann Arbor, 1968, pág. 51. GEORGE, J., Jr., *Gault: Notice and Fair Hearing*, ibidem, página 71.

(72) SKOLER, *The right to counsel and the role of counsel in juvenile courts proceeding*, en «The juvenile offender and the law», Nueva York, 1971, páginas 36 y sigs. PLATT-SCHECHTER-TIFFANY, *In defense of youth: a case of the public defender in Juvenile Court*, ibidem, pág. 97. DRINAN, *The Right to Counsel: Who Can and Must Represent the Juvenile*, en «Gault: What Now for the Juvenile Court?», 1968, cit., pág. 105.

(73) SCHORNHORST, *The waiver of juvenile court jurisdiction: Kent revisited*, en «The juvenile offender and the law», Nueva York, 1971, págs. 61 y sigs.

(74) FOSTER, H. H., Jr., *Notice and «Fair Procedure»: Revolution or Simple Revision?*, cit., pág. 65.

(75) «The battle for procedural reform of the juvenile court», se ha podido afirmar, «has basically been won» (*The Juvenile Court. A Status Report*, National Institute for Mental Health, Rockville, 1971, pág. 17).

(76) A *In re Gault* 387 US 1, 1967, hay que añadir otra serie de sentencias de análogo tenor, por ejemplo, *Miranda v. Arizona* 384 US 436, 1966, *In re William L.* 287 N. Y. S. 2d 218, 1968, etc.

(77) Por ejemplo el *Uniforme Juvenile Court Act*, de 1968, la *Children's Bureau's Legislative Guide for Drafting Family and Juvenile Courts Acts*, de 1969, etc. Cfr. FOX, S. J., *The law of juvenile courts in a nutshell*, St. Paul, 1971, pág. 257.

(78) BATTAGLINI, *Il diritto penale dei minori e la sua specialità*, Boloña, 1939, pág. 10.

(79) ALPER, B. S., *L'affaire Gault: une mise à l'épreuve du tribunal de*

La preocupación por la garantía de los derechos individuales en el tratamiento de los menores no se circunscribe, sin embargo, a Estados Unidos. De que en otros países también existe es prueba, entre otras manifestaciones que podrían citarse, los siguientes ejemplos.

En Inglaterra se pretendió a comienzo de la década de los sesenta sustituir los magistrados de los tribunales juveniles por asistentes sociales, y estos tribunales por otros denominados tribunales familiares. El proyecto se expuso en el libro blanco *The Child, the Family and the Young Offender*, publicado en agosto de 1965. La reacción no se hizo esperar, y fue tan violenta, en particular sobre el hecho de que significase la abrogación del viejo principio de que no se puede privar de libertad y derechos a un súbdito de la Corona —aunque sea un joven— por un tribunal no constituido «properly», que el proyecto fue retirado. Según Watson, la magistratura, la abogacía, los asistentes sociales y hombres y mujeres de toda condición e ideología política se unieron para oponerse a él (80). Tanto el segundo libro blanco, *Children in Trouble*, presentado al parlamento en abril de 1968 (81), como el texto legal vigente, siguen por consecuencia una línea más respetuosa hacia las garantías individuales (82).

En Italia, el reciente proyecto de 28 de octubre de 1968, pretende sobre todo —de acuerdo con lo que manifiesta su preámbulo—, la *protezione giudiziale* de los menores y la prevención de su delincuencia.

La precipua revisión parcial del Código penal suizo, que ha entrado en vigor el primero de julio de 1971, ha afectado también al Derecho penal de menores. Su característica más notable es, sin duda, la de que la delincuencia de este carácter sigue regulada por el Código penal; mientras la protección de los menores en peligro moral, descuidados, maltratados, abandonados, vagabundos, etc., continúa correspondiendo al Derecho civil (arts. 283 a 285 de este Código) y, en parte, al administrativo. El juez interviene si el muchacho, autor del hecho delictivo, ha cumplido siete años. Si los menores tienen de siete a quince años, gozan de la particular consideración *la jeunesse*, en «Rev. dr. pén. et crim.», 1972, págs. 770 y 795 principalmente.

(80) WATSON, J. A. I, *The juvenile court 1970 onward. A guide to the Children and Young Persons Act 1969 for magistrates*, etc., Londres, 1970, Introducción.

(81) Pueden mostrarlo las siguientes expresiones: «Proceedings will remain possible where they are necessary for the protection of society or for the sake of the child. The procedure for those aged 14 and under 17 will provide machinery and criteria for deciding whether the interest of society or of the young person require a prosecution or whether these interest can best be served in other ways. These proposals mean the retention of the juvenile courts» (*Children in Trouble*, Londres, 1968, HMSO, págs. 5 y 6).

(82) Cfr. WATSON, ob. cit., passim. MUMFORD, *A Guide to Juvenile Court Law*, Londres, 1970, HOME OFFICE: *Part I of the Children and Young Persons Act 1969. A guide for courts and practitioners*, Londres, 1970. HARRIS, B., *The criminal jurisdiction of magistrates*, Londres, 1972 (2.^a ed.), páginas 102 y sigs., 119 y sigs. BOTTOMS-MACLEAN-PATCHETT, *Children of the New Law*, en «The Criminal Law Review», 1970, pág. 368.

de *enfants*; si de quince a dieciocho, de *adolescents*, y de dieciocho a veinticinco de *jeunes adultes*. La ampliación hasta los veinticinco años del régimen de los jóvenes adultos (antes sólo alcanzaba hasta los veinte), constituye una de sus más importantes innovaciones. El sistema de sanciones es binario: se prevén tanto medidas de educación o tratamiento, de muy diverso tipo, y a las que se otorga carácter preferente, como penas —*sui generis*, por supuesto—, aplicables a los menores que no necesiten aquélla o éste (83).

Asimismo, la citada ley sueca de 1960 ha pretendido reforzar la seguridad de los ciudadanos frente a las actividades de los órganos de protección de menores: supedita su proceder a formalidades y reglas determinadas y exige que un jurista forme parte o aconseje al Comité (84). Toda persona implicada en un caso de delincuencia de menores posee el derecho de ser oída, hacer proceder a un interrogatorio, aportar pruebas, solicitar una investigación complementaria y hacerse defender por un letrado. El Comité tiene obligación de comunicar el contenido del expediente, motivar sus decisiones e indicar los posibles recursos (85). Se ha podido afirmar por ello que «the new Act reflects an increasing concern with the legal protection of those affected by the activities of the child welfare services» (86).

De que algo no muy distinto ocurre en los países socialistas, quizá lo muestre el hecho de que el reciente Código penal de 1968 de la República Democrática Alemana se ocupe de la regulación jurídica de la delincuencia juvenil (87). Es evidente —y los ejemplos del mismo tenor podrían multiplicarse—, que al exigir el parágrafo 66 que se determine expresamente en el proceso la culpabilidad del sujeto, se está muy lejos de los intentos de la postguerra de sustituir en aquel país el Derecho penal juvenil por un Derecho de educación juvenil (88).

Ex profeso hemos eludido ocuparnos de la legislación positiva española sobre menores, por ser este precisamente el tema que desarrollará en su conferencia de mañana el Dr. Rodríguez Devesa. Por el mismo motivo, vamos a limitarnos ahora a señalar tan solo —a la luz de lo expuesto y como conclusión—, algún extremo en que la legislación española parece más necesitada de urgente reforma.

Los jueces de menores han de ser funcionarios de la carrera ju-

(83) Cfr. CLERC, *Les récentes transformations du Code pénal suisse*, en «Rev. sc. crim. et dr. pén. comp.», 1972, págs. 316 y sigs. VEILLARD-CYBULSKI, *La révision du Droit pénal des mineurs et des jeunes adultes en Suisse*, ibídem, pág. 474.

(84) LINDSTRÖM, Ulla, *Preface* a «Loi suédoise sur la protection sociale de l'enfance», cit., pág. 3.

(85) ROMANDER, *Introduction* a la obra citada en la nota anterior, página 8.

(86) HOWELL, R. C., *Treatment of the young offender in Sweden*, Chichester, 1967, pág. 7.

(87) En un particular capítulo, intitulado «Particularidades de la responsabilidad penal juvenil», que contiene quince artículos.

(88) Cfr. SCHMIDT, H. Theodor, *Entwicklung und Gestaltung des Jugendstrafrechts in der DDR*, en «ZStW», 1972 (84), pág. 353.

dicial con conocimientos especializados (89). A ellos corresponderá conocer de todo tipo de delincuencia juvenil, incluida la motivada por la infracción de leyes de carácter militar, que hoy, anómalamente, queda fuera de su competencia (90). Ha de desaparecer asimismo el anacronismo de la falta de previsión de una edad de irresponsabilidad penal y de hacer depender la irresponsabilidad de los menores de dieciséis años del superado criterio de la falta de discernimiento (91), como establece todavía ahora el Código de justicia militar (art. 185, 2.º y Exposición de Motivos).

Se han de ampliar —y reestructurar (92)— los tímidos ensayos españoles de un tratamiento penal específico de los jóvenes adultos delincuentes (93), otorgando a los comprendidos entre los dieciocho y veintiuno (o veintitrés) años, un particular *status* y creando una amplia gama de medidas de muy diverso carácter y de penas *sui generis*, supervisadas ambas, tanto en su duración como en su cumplimiento, por el juez que las impuso o por el de ejecución (94),

(89) En el mismo sentido, entre tantos otros autores, SERRANO GÓMEZ, *Sistema para recuperar al delincuente menor de veintiún años*, en «Policía española», 1969, pág. 1 de la separata. Del mismo: *Delincuencia juvenil en España. Estudio criminológico*, Madrid, 1970, pág. 37. El enjuiciamiento de menores —escribe Bouzat—, por ser más importante que el de adultos, debe ser confiado a los mejores jueces (BOUZAT-PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, París, 1963, III, pág. 1206).

(90) IÑIGUEZ DE LA TORRE, *El menor de dieciséis años en la jurisdicción militar*, en «Rev. esp. de Der. militar», 1958 (5), pág. 65. PALACIO SÁNCHEZ-IZQUIERDO (*Edad, Derecho penal y Derecho tutelar*, Madrid, 1969, pág. 55), escribe lo siguiente: «¿Qué razones de especialidad, qué altos intereses, se encuentran en juego para que un rapaz de quince años, autor de la sustracción de un reloj de pulsera en un cuartel, deba ser juzgado y condenado por un Consejo de Guerra?». Asimismo se pregunta respecto de los delitos de rebelión, sedición, etc., «si resulta de verdad «ejemplar» imponer a un menor de dieciséis años una pena de muerte o de treinta años de reclusión, ¿sería ejemplar o inhumano?».

(91) QUINTANO, *Compendio de Derecho penal*, Madrid, 1958, pág. 278. El discernimiento ha desaparecido incluso del Derecho francés —por cuyo influjo se acogió en la generalidad de las legislaciones—, a partir de la ordenanza de 2 de febrero de 1945, modificada por ley de 24 de marzo de 1951 (BARBERO SANTOS, *Problemática de las nuevas formas del actuar delictivo de menores*, Salamanca y Jalapa, 1963, recogido en «Estudios de criminología y Derecho penal», Valladolid, 1972, pág. 105. DECOCQ, *Droit pénal général*, París, 1971, págs. 271 y sigs.)

(92) No satisface, por ejemplo, el «compromiso de honor» y sus características para ascender a la fase de adaptación, o el que a los internos se les permita participar en la vida institucional prácticamente sólo en lo que afecta a deportes o alimentación, como ocurre en Liria.

(93) Hasta el momento solamente existen dos establecimientos: uno en Liria (Valencia), cuyas características ha expuesto DE TOCA BECERRIL (*Una nueva experiencia en España en orden al tratamiento de jóvenes delincuentes*, en «Rev. de Est. Penitenciarios», 1971 (192), págs. 43 y sigs.), y otro en Teruel.

(94) Sobre la disparatada situación actual, véase LUZÓN DOMINGO, *Tratamiento penal de la delincuencia juvenil*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1966, págs. 397 y sigs.

y llevadas a cabo, unas y otras, con el concurso de personal especializado.

Únicamente podrá dar lugar a la intervención del juez de menores la comisión de hechos delictivos; sin que quepa en supuestos de indisciplina o vida licenciosa del menor (95), aunque se trate de mujer (96). En el proceso, sin perjuicio de que se evite todo lo que pueda perturbar la rehabilitación que se pretende, deben tener aplicación las garantías procesales. En la pena, sin olvido de la preponderante finalidad reeducadora, ha de tener también acogida el fin retributivo, que impone una proporción o límite exigido por la justicia. Penas o medidas indeterminadas —hasta conseguir la corrección del menor (como admite nuestro texto punitivo fundamental en el artículo 65) (97)— deben, en consecuencia, desaparecer; a razones de justicia se unen exigencias de tipo psicológico, ya que la indeterminación dificulta precisamente la corrección del menor (98).

En cuanto la legislación española no autoriza a las autoridades

(95) BARBERO SANTOS, *Nuove forme della delinquenza minorile*, en «La Scuola Positiva», 1961, pág. 633. Del mismo: *Problemática de las nuevas formas del actuar delictivo de menores*, en «Estudios de criminología y Derecho penal», 1972, cit., pág. 103. En nuestro país acogen esta concepción restringida, entre otros autores, SERRANO GÓMEZ y BAU.

(96) De cómo la legislación española «protectora» de la mujer joven vulnera las garantías penales, lo muestra las expresiones que, a guisa de ejemplo, transcribimos a continuación de quien es quizá su más autorizado comentarista, JIMÉNEZ ASENJO (*Instituciones protectoras de la mujer joven*, separata de la «Rev. Gen. de Leg. y Jur.», 1961, págs. 8 y 16): el nuevo Derecho penal asistencial ha superado las objeciones y defendido las leyes rehabilitadoras y educadoras de la juventud predelincente sin escrúpulos jurídicos ni morales, conquistando para el tradicional derecho punitivo un campo de actividad de límites insospechados. Y añade, ejemplificando: si una muchacha menor de veintitrés años frecuenta un género de vida en el que explota el trato de algún o algunos amigos, sin el propósito definido o probable de casarse; si mantiene relaciones de licencia amorosa por su frecuencia a los medios aptos para ello, como son los salones de recreo, los *danzings*, *boites*, *nights clubs*, etc., en donde se dan cita lo más libre de la plaza, nos enfrentamos con clara indicación social de «situación peligrosa» para su pureza u honestidad que justifica la aplicación de su internamiento preventivo o reparador.

(97) Sobre el artículo 65 del Código penal, véase COBO, *Atenuante de minoría de edad y sustitución de pena por medida en el artículo 65 del Código penal español*, en «Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del Derecho», Buenos Aires, 1970, págs. 433 y sigs. En el Instituto Penitenciario para jóvenes de Liria, según manifestó su director en el estudio citado (DE TOCA, *Una nueva experiencia*, pág. 58), se habían descontado hasta el momento cuarenta y dos sentencias indeterminadas.

(98) Cfr. SELGE, *Die Jugendstrafe von unbestimmter Dauer in der Praxis der Rechtsprechung der Jugendgerichte und des Jugendstravollzuges*, en «Msch. Krim.», 1962, págs. 129 y sigs. RACINE, *L'indetermination de la sentence dans les juridictions pour mineurs*, en «Rev. droit pén. et crim.», 1961, pág. 52. También Egon MÜLLER reconoce, como resultado de su investigación sobre penas de duración indeterminada, que el porcentaje de reincidencia se eleva al 65 por 100 (*Zur Erziehungserfolg der Jugendstrafe von unbestimmter Dauer*, Colonia-Berlín-Munich, 1969, pág. 147).

gubernativas a imponer medidas de seguridad en el supuesto de muchachos mayores de dieciséis años, que hayan cometido un hecho delictivo antes de esa edad, en el caso de que los tribunales tutelares declinasen al respecto su competencia —se opondría, por otra parte, esta facultad a los postulados del Estado de Derecho (99)—, ha de abolirse la correspondiente mención de esta posibilidad en el artículo 20 de la ley de tribunales de menores de 1948 y en el artículo 8.º, número 2.º, del Código penal (100). A mayor abundamiento, aboga asimismo por la supresión el no desdeñable argumento de que un delito no fundamenta la imposición de una medida de seguridad, sino de una pena, constituyendo el presupuesto de las medidas de seguridad la constatación de un estado peligroso (101).

(99) DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, Madrid, 1972, pág. 29.

(100) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, P. G., Madrid, 1971, página 803. PALACIO, *Edad, Derecho penal y Derecho tutelar*, Madrid, 1969, páginas 52 y 53.

(101) BARBERO SANTOS, *Consideraciones sobre el estado peligroso y las medidas de seguridad, con particular referencia a los Derechos italiano y alemán*, en «Estudios de criminología y Derecho penal», Valladolid, 1972, páginas 38 y sigs.