

REALIDAD Y FICCIÓN EN MATERIA DE JUSTICIA DE MENORES (EN MÉXICO)

Moisés MORENO HERNÁNDEZ

SUMARIO: I. *Planteamiento de la discusión actual en México.* II. *El sistema de justicia de menores infractores.* III. *Conclusiones.*

I. PLANTEAMIENTO DE LA DISCUSIÓN ACTUAL EN MÉXICO

En México, el problema de la delincuencia juvenil se ha convertido en un tema de gran actualidad, que ha ocupado la atención tanto de especialistas como de no especialistas, y ha motivado incluso la realización de foros diversos para su tratamiento.

Sólo en el año de 1987 se realizaron en la ciudad de México importantes eventos para abordar aspectos diversos de la problemática. Así, por ejemplo, un Foro de Análisis de la Imputabilidad Criminal de Menores de Edad, realizado en la UNAM en abril de 1987; el Segundo Congreso Nacional sobre el Régimen Jurídico del Menor, en mayo de 1987, y un Seminario sobre Derechos Humanos del Menor frente al Sistema de Justicia Juvenil,¹ entre otros, así como diversos eventos llevados a cabo en algunos estados de la República.² Lo propio ha sucedido y sucede en el ámbito internacional, propiciado incluso por la Organización de las Naciones Unidas.³

¹ Este último evento fue organizado por el Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delinquiente (ILANUD) y el Instituto Nacional de Ciencias Penales, en octubre de 1987, al que asistieron representantes de diversos países latinoamericanos.

² Puede destacarse, entre éstos, el Primer Foro Nacional de Derecho Penal, organizado por la Federación Nacional de Colegios, Barras y Asociaciones de Abogados, A. C. y el INACIPE, en la ciudad de Querétaro, del 20 al 22 de noviembre de 1986, en el que se trató el tema de "Menores infractores", así como el "Taller introductorio al conocimiento de los derechos humanos y su relación con el sistema de justicia penal", organizado por INACIPE y la Academia Mexicana de Derechos Humanos (agosto de 1986).

³ Véase, por ejemplo, el Informe de la Reunión Preparatoria Internacional para el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Trata-

Entre los diversos temas que campean en estos foros, resaltan, por ejemplo, los relativos a precisar: por una parte, si el menor de edad está o no realmente fuera del derecho penal; por otra, el problema de la edad y su vinculación con la imputabilidad, y, finalmente, sobre todo, el de las garantías individuales en el procedimiento y tratamiento de menores; habiendo diversidad de opiniones al respecto.

Aun cuando muy poco se ha escrito en el ámbito mexicano por lo que hace a la justicia de menores, puede decirse, sin embargo, que durante mucho tiempo ha prevalecido una determinada concepción sobre ella, que es la concepción eminentemente paternalista y tuitiva, la que no sólo es defendida en la doctrina, sino también en la jurisprudencia y, sobre todo, plasmada en la legislación.⁴ Es hasta en las últimas fechas que el problema ha merecido mayor atención teórica, observándose una tendencia creciente, en el sentido de superar aquellos criterios tradicionales que en materia de menores ha prevalecido, para darle al sistema de justicia de menores todos aquellos rasgos que lo caractericen como un sistema respetuoso de los derechos humanos del menor, sobre todo del menor que se encuentra frente al órgano del Estado en virtud de haber transgredido la norma. Esta nueva orientación no ha encontrado en México todavía ninguna manifestación en el nivel legislativo o jurisprudencial.

1) Desde la perspectiva teórica, han habido últimamente diversas manifestaciones, sobre todo, en torno a la edad penal, es decir, la edad para ser sujeto de las sanciones penales;⁵ esto, en virtud de que la delincuencia juvenil ha aumentado y porque —se afirma— ha habido una gran proliferación de bandas de delincuentes juveniles.

Hasta mediados del año pasado se afirmaba sobre la existencia de aproximadamente 5 mil bandas únicamente en el Distrito Federal, se-

miento del Delincuente, acerca del tema IV: "Juventud, delito y justicia". Beijing, Naciones Unidas, 1984.

⁴ Cf., al respecto, entre otros, Solís Quiroga, H., "Justicia de menores", *Cuaderno*, núm. 10 del INACIPE, México, 1983; Ceniceros, J. A. y L. Garrido, *La delincuencia infantil en México*, México, Ed. Botas, 1936; Rodríguez Manzanera, L., "La delincuencia de menores en México", en *Criminalia*, año XXXVI, núms. 10 y 11, 1970, pp. 687 y ss.; Buentello y Villa, Edmundo, "Algunos aspectos de la ideología y terapéutica de la delincuencia juvenil en México", en *Criminalia*, año XXXVII, núm. 1, 1971, pp. 35 y ss.

⁵ Así, por ejemplo, Reyes Tayabas, J., *Sobre la responsabilidad penal desde los 16 años*, México, 1987; Moreno Hernández, M., "El menor ante el derecho penal" (2o. Congreso Nacional sobre el Régimen Jurídico del Menor), México, 1987; González Vidaurre, A. y A. Sánchez Sandoval, "Justicia penal y de Menores" (2o. Congreso Nal...), México, 1987.

REALIDAD Y FICCIÓN EN MATERIA DE JUSTICIA DE MENORES 183

gún datos de la Procuraduría General de Justicia del D. F.⁶ Asimismo, se decía que "el incremento de jóvenes que delinquen o inciden en conductas antisociales, es un asunto de suma gravedad"; proponiéndose por algunas personas bajar la edad, de 18 a los 16 años en el Distrito Federal", pues se considera que los menores delincuentes "se escudan en su edad para cometer atrocidades"; que "el sector juvenil crece cada día y con él el número de delitos",⁷ por lo que se debe actuar más severamente.

Otros en cambio, defienden la idea de no bajar la edad, por las diversas consecuencias que ello acarrearía, además de que el bajarla no constituye ninguna garantía para, de esa manera, frenar el fenómeno de la criminalidad. Se considera por quienes así opinan, que reducir la edad traería como consecuencia una mayor superpoblación penitenciaria en el país, sin que con ello se resuelva el problema de la criminalidad, como ha sucedido hasta ahora con relación a los adultos. En la actualidad, se dice, el sistema carcelario funciona con un sobrecupo de alrededor del 50 por ciento, lo que se incrementaría considerablemente si los menores infractores de entre 16 y 18 años pasan del Consejo Tutelar a los reclusorios (que, sin duda, se triplicaría), y ello, además, a la larga traería como consecuencia mayor criminalidad, ya que también se ha considerado que los sistemas actuales son caldo de cultivo propicio para ello, aparte de que no existen los recursos necesarios para que funcione la llamada "regeneración" de los infractores.⁸ En fin, que el imponer sanciones penales al joven infractor sería, en el mayor de los casos, sólo una solución parcial y temporal, y que "no se puede salvar a la sociedad del joven infractor con un mero cambio en la minoría de edad". Se sugiere buscar otras alternativas, como son las de *prevención general*, en lugar de pensar únicamente en *medidas represivas*; es decir, que "el problema de los menores

⁶ Cfr., *Excélsior*, 28 de abril de 1987, pp. 25 y 32.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Paises con recursos infinitamente mayores que México para estos menesteres, se quejan del fracaso de la readaptación o resocialización del delincuente. Cfr., al respecto, Jeschek, H. H., "Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del derecho penal", en *La reforma del derecho penal*, Univ. Aut. de Barcelona, Bellaterra, 1980, pp. 9 y ss.; Muñoz Conde, Fco., "La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito", en *La Reforma del derecho penal*, pp. 61 y ss.; Eser, A., "Resozialisierung in der Krise", en *Festschrift für Peters*, 1974; Bergalli, R., *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?*, Buenos Aires, De palma, 1977; Wolf, Paul, "Esplendor y miseria de las teorías preventivas de la pena", en *Poder y Control. Revista hispanoamericana de disciplinas sobre control social*, núm. 0, 1986, pp. 59 y ss.

infractores, como el de todos los individuos que incurren en conductas antisociales, no se debe resolver por medio de represión, sino mediante una adecuada política de prevención, que debe apoyarse en una alianza de distintos órganos o dependencias".⁹

El problema de la minoridad de edad ha sido vinculada con el de la *imputabilidad*, encontrándose, por lo que hace al Distrito Federal, que durante mucho tiempo se ha establecido el criterio de la imputabilidad a partir de los 18 años de edad.

En efecto, según la legislación penal del Distrito Federal, que es la que por lo general se toma como punto de referencia del derecho penal mexicano, la declaración sobre la minoridad de edad penal la encontramos en la Ley que crea los consejos tutelares para menores infractores del Distrito Federal, de 1974, donde se establece como límite la de 18 años, a partir de la cual se puede ser sujeto de la justicia penal. Por lo que bajar la edad implica que se puede ser imputable desde una edad anterior, haciéndose depender la existencia de esta capacidad psíquica del hecho de que un mayor número de menores incurren en conductas antisociales, y no tanto de la consideración de la naturaleza misma de las cosas o de la estructura ontológica del ser. La opinión unánime en la doctrina, es que ante la minoridad de edad nos hallamos frente a un causa de inimputabilidad;¹⁰ sin embargo, subsiste la discusión sobre la naturaleza y contenido de la declaración de inimputabilidad, que sin duda afecta al principio de culpabilidad.

Ahora bien, si se admite la idea, producto de la pugna entre escuela clásica y positivista, de que hay que distinguir entre hombres "normales" y "anormales", presumiendo para los primeros el libre albedrio

⁹ Así se expresó recientemente Carrancá y Rivas R., en el foro sobre la imputabilidad de los menores; véase *Excélsior*, 30 de abril de 1987, pp. 25 y 31.

¹⁰ Cfr., Solís Quiroga, H., "Justicia de menores", Cuaderno, núm. 10 del INACIPE, México, 1983; García Ramírez, S., *La imputabilidad en el derecho penal mexicano*, México, UNAM, 1981; Pavón Vasconcelos, Fco., *Imputabilidad e inimputabilidad*, México, Ed. Porrúa, S. A., 1983; Franco Guzmán, R., "Ensayo de una teoría sobre la culpabilidad de los menores", *Criminalia*, 1957.

En la doctrina española se señala que la adopción de la fórmula biológica pura, para presumir de manera absoluta la inimputabilidad del menor de determinada edad, abandonando el criterio del discernimiento, ha supuesto una mayor seguridad jurídica en el tratamiento penal de la minoría de edad. Véase sobre esto, González Zorrilla, Carlos, "Minoría de edad penal: imputabilidad y responsabilidad", en *Documentación Jurídica*, núms. 37 y 40, vol. I, 1983, pp. 163 y ss.; Barbero Santos, M., "Delincuencia Juvenil: Tratamiento", en *Marginación social y derecho represivo*, Barcelona, 1980, pp. 87 y ss. Sobre el problema de la edad, puede consultarse también, Elbert, Carlos A., "Edad y responsabilidad penal de menores en el derecho alemán", *ILANUD*, año 6, núms. 17 y 18.

REALIDAD Y FICCIÓN EN MATERIA DE JUSTICIA DE MENORES 185

y, por ende, la imputabilidad y la pena determinada con una función eminentemente retributiva, y para los segundos la falta de libre albedrío y, por ello, de imputabilidad, transformando la pena en indeterminada e incierta y bajo la forma de medida de seguridad, con una función terapéutica y de defensa social, habría entonces que aceptar que en el campo de la "normalidad" rigen de modo preferente los criterios garantísticos, mientras que en el campo de la "anormalidad", donde habría que ubicar a los menores de edad, actúan con preferencia criterios deterministas, en atención a la defensa social, y sin observancia de criterios garantísticos.¹¹

2) Por lo que hace a la cuestión de si los menores de edad están o no fuera del derecho penal, desde fines de la década de los veinte se ha venido imponiendo la concepción de que los menores "han salido" de la esfera del derecho penal, fincándose la razón de esa salida en su *inimputabilidad*. Esta creencia constituye una gran ficción en el sistema de justicia de menores.

Si entre las diversas medidas que el Estado adopta para la protección de determinados bienes jurídicos —sean preventivas o retributivas—, consideramos a las normas penales, nos daremos cuenta que éstas están dirigidas a todos aquellos, hombres y mujeres que pueden, a través de sus comportamientos, lesionar o poner en peligro tales intereses jurídicos. En virtud de esto, son destinatarios de las normas penales *todos los hombres*, individual o grupalmente considerados, en la medida en que pueden transgredirlas realizando u omitiendo la conducta prohibida u ordenada por aquéllas, a menos que expresamente la propia legislación (fundamental o secundaria) estableciera la postura contraria. Pero, de ser esto así, y para que haya congruencia en el todo, ningún otro sector del control social —del sistema de justicia— debería intervenir cuando el menor concretizara alguna conducta que afecte esos intereses (individuales o colectivos), puesto que con ella no estaría transgrediendo la norma penal o alguna otra jurídica, si se acepta que él está fuera del derecho penal.

La realidad práctica nos muestra que esto no es así. La intervención del sector policial, por ejemplo, cuando hay una tal conducta, que sin

¹¹ González Zorrilla, C., *op. cit.*, pp. 165 y ss. Véase también, Moreno Hernández, M., "Sistemas legales, garantías procesales y derechos humanos en materia de justicia de menores", ponencia presentada en el Seminario sobre Derechos Humanos del Menor frente al Sistema de Justicia Juvenil, INACIPE/ILANUD, México, 1987; Bacigalupo, E., "Estudio comparativo sobre regímenes en materia de menores infractores de la ley penal", *ILANUD*, año 6, núms. 17 y 18, pp. 56 y ss.

duda provoca reacción de la colectividad, deteniendo al “infractor” (¿infractor de qué?) y presentándolo ante la otra instancia que es el Consejo Tutelar para Menores Infractores, y luego el procedimiento que se sigue ante éste, cualquiera sea el fin que persigue, es un indicador importante de la gran ficción que se quiere encubrir, en virtud de la ideología que tiene el intérprete o el que aplica actualmente la ley.

No obstante lo anterior, al menor de edad —menor de 18 años en el Distrito Federal— no se le imponen las penas previstas en el Código Penal, no por disposición expresa de éste, sino porque así se deriva de la Ley del Consejo Tutelar para Menores, que establece que éste tiene por objeto promover la *readaptación social* de los menores de 18 años, cuando ellos infrinjan las leyes penales, etcétera (artículos 1º y 2º), para lo cual señala como medidas el *internamiento* en la institución que corresponda o la libertad, que siempre será vigilada (artículo 61).

En atención a lo anterior, existirá, sin duda, acuerdo en que los menores de edad no deben quedar exentos de pena. Pero, ¿a qué obedece esto?, ¿será porque son inimputables, o porque respecto de ellos no hay necesidad de pena, o porque la imposición de ésta resulta inútil? Para aceptar este último criterio habría que demostrar que el menor de determinada edad no es motivable para actuar conforme a derecho y que, por ello, es inútil esperar que en él se surta el efecto *preventivo-general* de la ley penal, o que tampoco pueden lograrse los efectos *preventivo-especiales*.¹²

Ahora bien, si en un menor aparece innecesaria la imposición de una pena, porque sería inútil esperar los efectos preventivo-especiales, ¿cómo es que esa utilidad se vislumbra como viable en relación con las medidas de seguridad que se le imponen administrativamente?

¿No será, quizás, en la consideración de los efectos que producen las penas, sobre todo las privativas de la libertad, donde radique la razón por la que a los menores de edad no se les debe aplicar penas? No pueden negarse los efectos nocivos de las penas, particularmente la de prisión, y que esos efectos son aún más negativos en menores de edad; por lo que es aquí donde debe plantearse la razón política de si se impone o no pena al menor de edad, mas no en el hecho de ser inimputable, como tradicionalmente se piensa. A esta idea habría que

¹² Moreno Hernández, M., *op. cit.* Ver, también, González Zorrilla, *op. cit.*, pp. 167 y ss.

REALIDAD Y FICCIÓN EN MATERIA DE JUSTICIA DE MENORES 187

agregar que, si el Estado tiene que agotar, en primer lugar, otras alternativas menos drásticas, antes de acudir a las medidas penales, para la solución de los problemas que debe atender, por lo que hace a los menores de edad con mayor razón debe prescindir del derecho penal, en atención a sus consecuencias negativas para ellos.

3) Finalmente, frente a la concepción tradicional hasta ahora dominante, cada vez se hace más creciente la opinión en el sentido de considerar que el sistema de justicia de menores es *violatorio de derechos humanos*; estableciéndose que, si bien el menor de edad no debe ser merecedor de penas, por lo que tampoco pasa por el procedimiento penal que se ha instrumentado para los adultos, "no debe permitirse que el procedimiento que se le sigue resulte más desventajoso para él, si se le desprovee del sistema de garantías de que goza el adulto, ni que la medida aplicable le resulte más negativa que la pena que se le hubiere impuesto de haber sido declarado imputable"; por lo que, "de resultar más desventajoso el procedimiento o más insopportable la consecuencia jurídica, sería preferible que permaneciera en el sistema de justicia penal", en el que podría haber mayor posibilidad de impugnar los actos de autoridad que violaran sus derechos.¹³

Veamos ahora cómo es la legislación que regula el sistema de justicia de menores en México, cuál es la ideología que encierra y cómo funciona en la realidad —que puede ser de interés para nuestros distinguidos huéspedes alemanes.

II. EL SISTEMA DE JUSTICIA DE MENORES INFRACTORES

De antemano queremos precisar los límites de este trabajo. No pretendemos, por más que queramos, dada la naturaleza del evento para el que ha sido escrito, abarcar los diversos sectores o subsistemas del sistema de justicia para menores infractores. Abordaremos sólo algunos aspectos relativos a la legislación que se ocupa de la materia, así como al procedimiento que se sigue al menor infractor y a las medidas que se le imponen.

¹³ La conclusión anterior de ninguna manera debe expresar alguna preferencia por el derecho penal, en cuanto medio de control represivo, sino la necesidad de que en el sistema de justicia de menores, cualquiera que éste sea, debe existir el más amplio reconocimiento de las garantías jurídicas.

1. *La legislación y su ideología*

En términos generales, podríamos decir que la legislación mexicana en torno a los menores es bastante dispersa. Por tal razón, no puede hablarse de una legislación integral y coherente, que trate la problemática del menor en todos sus aspectos, ni que revele una ideología homogénea o que proporcione una sincera y debida atención a los menores; más bien, se trata de una legislación que nos revela cómo el menor es convertido en sueño de intereses políticos, en pretexto de disputas interinstitucionales, viciadas de un insoportable “paternalismo”.

A. Constitución política

En primer lugar debe señalarse que la Constitución política establece las directrices y los criterios fundamentales del sistema de justicia que debe regir en el Estado mexicano.

Al ser el Estado mexicano un Estado democrático de derecho, según se deriva de su ley fundamental, su sistema de justicia debe revertir en cada uno de sus niveles las características que impone un sistema propio de un Estado democrático de derecho, donde se concibe al hombre, no como mero “instrumento” que el propio Estado pueda utilizar para sus fines, sino como “persona”, como “un fin en sí mismo”, por cuya razón existen el Estado y el derecho.¹⁴

En virtud de lo anterior, todo el sistema de justicia, como conjunto de mecanismos o medidas de control para el cumplimiento de ciertas funciones que competen al Estado, debe instrumentarse para atender al hombre, *no para servirse del hombre*.

El sistema de justicia en torno a menores infractores, como un sector importante del general sistema de justicia, debe, por tanto, revestir las características que impone la Constitución, la que consigna el reconocimiento de una serie de *derechos humanos*, derechos que son válidos para todos, sin distinción de sexo, edad, religión, etcétera, por lo que valen no sólo para adultos, sino también para los menores de edad.

La concepción filosófica del hombre, que debe servir de base a la propia existencia del Estado y de su función, así como al sistema de

¹⁴ Moreno Hernández, M., “Algunas bases para la política criminal del Estado mexicano”, en *Revista Mexicana de Justicia*, núm. 2, vol. III, abril-junio de 1985, pp. 111 y ss.

REALIDAD Y FICCIÓN EN MATERIA DE JUSTICIA DE MENORES 189

justicia, es, por tanto, una concepción que comprende al hombre en general. El hombre es "persona" y "fin en sí mismo", en cualquier etapa de su desarrollo y no sólo cuando es adulto, por razón de su misma naturaleza humana, y en los diversos momentos de su vida constituye el centro de la escena política, cultural, económica, etcétera, y de todo quehacer estatal. Frente a cualquiera de esas etapas de evolución del hombre, el poder del Estado, sobre todo aquel cuyo ejercicio puede afectar intereses del propio hombre, es un poder siempre limitado y, por ello, no debe ejercerse desbordadamente.

En materia penal, la ley fundamental establece una serie de *garantías* para quienes se ven involucrados en hechos de esta naturaleza, que pueden hacerse valer frente a los órganos del Estado. En la medida en que un menor de edad puede también verse involucrado en un órgano del Estado que conoce del mismo, tiene igualmente el derecho de hacer valer frente a éste esas garantías constitucionales; por lo que tales garantías valen para todos y deben ser observadas por todos los órganos del Estado; no hay disposición expresa que indique lo contrario.

Es clara, pues, la ideología que encierra la Constitución política del Estado mexicano en materia de justicia penal.

Habría que ver ahora si esa ideología es receptada adecuadamente por el legislador secundario.

B. Legislación secundaria

Por lo que hace a la legislación secundaria, nos limitaremos aquí a considerar únicamente la legislación penal sustantiva y la Ley de los Consejos Tutelares para Menores Infractores del Distrito Federal.

a. *Legislación penal*

Dadas las influencias filosófico-políticas que se ejercieron, puede decirse que la legislación penal mexicana del siglo pasado revela una concepción eminentemente *retribucionista* frente al menor infractor, que fija un límite mínimo para poder ser merecedor de una pena y adopta el criterio del "discernimiento" y de la "malicia" para la imposición de una pena o de una medida correccional, conforme a un procedimiento que no difiere del que se sigue para los adultos. Este criterio lo podemos notar desde el Código Penal para el Estado de Veracruz de 1835,

hasta el de 1871 para el Distrito Federal.¹⁵ Este último prevé que el menor de 9 años no es penalmente responsable (artículo 34, 5a.); lo es, en cambio, el mayor de 9 y menor de 14 si se probare que obró con el *discernimiento* necesario “para conocer la ilicitud de la infracción” (artículo 34, 6a.); si se carece de tal discernimiento no es penalmente responsable. Como medida prevé la reclusión en un establecimiento de educación correccional.

— En las legislaciones penales de este siglo, sobre todo a partir de la década de los veinte, se recepta la influencia de la escuela positivista y, con ella, las ideas *peligrosistas*, de las que han permanecido impregnadas hasta nuestros días.¹⁶ La materia relativa a la responsabilidad de los menores y las consecuencias jurídicas para ellos siguieron previéndose en los códigos penales, bajo esta concepción del defensismo peligrosista, pero cada vez con una más acentuada idea *protecciónista* del menor infractor,¹⁷ que más tarde llevó poco a poco a la separación del menor de la legislación estrictamente penal, hasta llegar a la creencia de que el menor infractor ha quedado totalmente fuera del derecho penal.

— El Código Penal vigente para el Distrito Federal de 1931 parte de la idea de dejar a los menores al margen de la función penal represiva, sujetos a una política tutelar y educativa. A diferencia de códigos anteriores, que expresamente excluían de responsabilidad y de pena a menores de determinada edad, el Código de 1931 simplemente se refiere a la *delincuencia de menores* (tit. VI) y establece que “los menores de 18 años que cometan infracciones a las leyes penales, serán internados por el tiempo que sea necesario para su corrección educativa” (artículo 119), y “cuando el menor llegue a los 18 años antes de terminar el periodo de reclusión que se hubiere fijado, la autoridad encargada de la ejecución de sanciones decidirá si debe ser trasladado al establecimiento destinado a mayores” (artículo 122). Estas disposiciones se encuentran actualmente derogadas, al existir la Ley que crea los consejos tutelares para menores del Distrito Federal (1974).

La ideología seguida por el legislador de 1931 no se corresponde totalmente con la que recoge la ley fundamental de 1917.¹⁸ Por una

¹⁵ Cfr., *Leyes penales mexicanas*, México, t. I, INACIPE, 1979.

¹⁶ Cfr., Zaffaroni, E. R., “La ideología de la legislación penal mexicana”, en *Revista Mexicana de Justicia*, núm. 2, vol. III, 1985, pp. 45 y ss.

¹⁷ Solis Quiroga, H., *Justicia de menores*, pp 49 y ss.

¹⁸ Cfr., Almaraz, J., *Algunos errores y absurdos de la legislación penal de*

REALIDAD Y FICCIÓN EN MATERIA DE JUSTICIA DE MENORES 191

parte, si bien los redactores de dicho Código prefirieron hablar, en lugar de la fórmula: "no hay delitos sino delincuentes", de "no hay delincuentes sino hombres", se trata sin duda de una concepción del hombre distinta de la que se deriva de la Constitución, pues contiene, en su origen, diversas disposiciones y principios que implican desconocimiento de derechos que consagra la Constitución, y posibilita excesos en el ejercicio de la facultad punitiva del Estado; tal es el caso, por ejemplo, de la reincidencia como causa de agravación de la pena, la retención, la presunción de intencionalidad, etcétera, que por suerte ahora se están superando. Por otra parte, en relación con la materia de menores, el Código adopta medidas indeterminadas, que chocan con el principio de legalidad y favorecen la inseguridad jurídica.

b. *Ley de los Consejos Tutelares para Menores*

Animados por la concepción protecciónista o tutelar, se fue confecionando en México una legislación relativa a los menores infractores, surgiendo así la Ley que crea los consejos tutelares para menores del D. F. de 1974. Se trata de una ley con marcada dosis de "paternalismo", que ha conducido a que los consejos tutelares para menores adquieran facultades exclusivas e irrecusables sobre los menores, bajo el pretexto de que son sustitutos del padre o de la familia y que solamente intervienen para "protegerlos".

En México se crean los tribunales para menores infractores a partir de 1926, y alcanzan su mayor desarrollo de 1930 a 1962. Se sustituye el carácter represivo por el de protección. En 1974 surge el Consejo Tutelar para Menores del D. F., que busca la readaptación de los menores infractores.¹⁹

— Con este desarrollo, se adoptan en México las ideas que se plantean por primera vez en 1899 en los Estados Unidos, con la creación de los tribunales para menores de Chicago y Denver, cuya característica principal era que el tribunal podía actuar con carácter tutelar, de acuerdo con la teoría del *parens patriæ*, que obedeció a un movimiento tendiente a la "salvación del niño", que se inició en la segunda mitad

1931, México; Zaffaroni, E. R., *op. cit.*; Moreno Hernández, M., "Orientaciones político-criminales de las recientes reformas al Código Penal del Distrito Federal", en 10º Aniversario del INACIPE, México, 1986, t. II, pp. 631 y ss.

¹⁹ Cfr., Solís Quiroga, H., *op. cit.*, pp. 51 y ss. y 111 y ss.; del mismo, "Historia de los tribunales para menores", en *Criminalia*, México, año XVIII, 1962, pp. 618 y ss.

del siglo pasado en los Estados Unidos de Norteamérica;²⁰ pero en el que sus protagonistas con frecuencia olvidaron los derechos individuales, por lo que no le faltaron calificativos de conservador y regresivo.²¹ Sin embargo, la idea se difundió e incluso cruzó el Atlántico.²² Se creó así un 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 incluso que el menor se halle en peligro de corrupción moral o de causar daño, etcétera—, sino conocer la personalidad del sujeto y sus circunstancias individuales y ambientales, con el fin de *readaptarlo* a las exigencias de la vida social.²³

2. Procedimiento y medidas

Para conseguir el fin antes señalado, la readaptación social, el órgano estatal puede valerse de muy diversos medios. Las medidas que puede imponer son *medidas indeterminadas*, en internamiento o en libertad vigilada, que no reconocen otro límite que el cumplimiento de la mayoría de edad.

Conforme a esto, “el menor puede perder o ver restringida su libertad durante largos años”, y, según se deriva de la ley, y de la ideología que la anima, “a pesar de ello, no se necesita observar las exigencias del procedimiento ordinario para imponer estas medidas, las que pueden ser decretadas, incluso, por personal ajeno a la carrera judicial”,²⁴ pues se estima que con ellas no se pretende castigar al menor, sino protegerlo.

Aun cuando la Ley de los Consejos Tutelares para Menores del D. F. prevé un procedimiento ante el Consejo, seguramente hay toda-

²⁰ Sobre el desarrollo de este movimiento, véase Platt, Anthony M., *Los “salvadores del niño” o la invención de la delincuencia*, México, Siglo XXI Editores, 1982; Barbero Santos, M., “Delincuencia juvenil: tratamiento”, *loc. cit.*, pp. 95 y ss.; Andrés Ibáñez, P., “El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada”, en *Psicología social y sistema penal*, Madrid, Alianza Ed., 1986, pp. 213 y ss.

²¹ Barbero Santos, *op. cit.*, p. 96.

²² A partir de 1905 fue adoptada en ciudades inglesas, así como en Egipto; en Australia (1907), Hungría (1908) y Portugal (1911), colocándose Bélgica a la cabeza. Antes de la Primera Guerra Mundial, Alemania contaba ya con más de doscientos tribunales especiales para jóvenes. En España y otros países europeos sucede lo mismo. *Cfr.*, Barbero Santos, *op. cit.*

²³ *Cfr.*, Platt, Anthony M., *op. cit.*, pp. 160 y ss.; Barbero Santos, *op. cit.*, pp. 99 y ss.

²⁴ Barbero Santos, *op. cit.*, p. 100.

REALIDAD Y FICCIÓN EN MATERIA DE JUSTICIA DE MENORES 193

vía algo de aquella idea sostenida en una sentencia del Tribunal Supremo de Pensilvania de 1905, de que:

El padre natural no necesita de ningún procedimiento para privar a su hijo de su libertad para salvarle y protegerle..., de la misma manera 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.²⁵

Este es, sin duda, el criterio que influyó en la conocida tesis "Castañeda", que es la que anima la jurisprudencia mexicana en materia de menores.

Si bien la ley que comentamos prevé que "cualquier autoridad ante la que se presente un menor" por haber infringido alguna norma, lo pondrá de inmediato a disposición del Consejo Tutelar, esa presentación ante ella no es *espontánea* del menor. La realidad de las cosas nos muestra que la mayoría de dichas presentaciones son hechas por la policía. En efecto, cuando un menor de edad se ve involucrado en la comisión de un hecho penalmente relevante, es la *policía judicial*, que conoce de los delitos en general, la que interviene en primer lugar para conocer de ese hecho; la que actúa de la misma manera como si estuviera frente a un adulto, ya que su intervención es motivada más por el hecho cometido que por las características del autor. No hay una "policía especial".

La policía puede —y de hecho lo hace con mucha frecuencia— tener a un menor de edad, ya sea que éste haya cometido el hecho solo o con otros. Durante esta primera intervención estatal, el actuar

²⁵ Ya hace más de un siglo, el juez norteamericano Thorton consideró anti-constitucional un auto de prisión de la Corte del Condado de Cook, que enviaba a un joven a un reformatorio sin vista de su causa en base a la idea del *parens patriae*, y se preguntaba: "¿Puede el Estado, como *parents patriae*, sobrepasar la facultad de los padres naturales, salvo en castigo de un crimen? La clemencia del poder ejecutivo no puede abrirlle las puertas de la prisión, porque no ha cometido ningún delito. El auto de *habeas corpus*, que asegura la libertad, no puede ayudarle, porque el poder soberano del Estado, como *parens patrie*, ha determinado su apriamiento sin posibilidad de anulación. Esta restricción de la libertad natural es opresión y tiranía. Si sin delito, sin fallo de culpabilidad, los hijos del Estado se ven así confinados por el 'bien de la sociedad', valdría más reducir ésta a sus elementos originales y reconocer que el gobierno libre es un fracaso. Hay que tomar en cuenta también el bienestar y los derechos del niño" (cit. por Platt, op. cit., p. 122).

pacial no advierte diferencias de trato según la edad; por ello, las mismas violaciones de derechos, que con mucha frecuencia se dan en relación con los adultos, se dan también respecto de los menores; sin embargo, el menor no cuenta con ningún recurso para enfrentarse al Estado.

Lo anterior quiere decir que, siendo la policía un sector innegable del sistema de justicia de menores, la forma de su intervención choca totalmente con la idea que se pretende colocar detrás de dicho sistema; lo que hace que esa idea se convierta en una mera *ficción* ante la realidad.

Por otra parte, es también una realidad innegable que son los menores más desfavorecidos, los de capas más bajas de la sociedad, de hogares desunidos, de poca educación, etcétera, los que por lo general pueblan los centros de reclusión para menores, porque son los que no tienen las mismas posibilidades, económicas, políticas, sociales, etcétera, que otros de enfrentarse al órgano del Estado cuando se ven involucrados en un hecho de relevancia penal.²⁹ Con esta realidad, el principio de que *todos son iguales ante la ley*, iguales ante los órganos estatales, etcétera, se convierte en una ficción, tanto en la justicia para adultos como en la justicia para menores.

Ahora bien, una vez que el menor infractor se encuentra ante el Consejo Tutelar, en la mayoría de los casos se le somete a *observación*, a interrogatorio e incluso a diversos tratos, de igual manera que sucede con relación a los adultos que preventivamente llegan a un centro de reclusión, para "conocer su personalidad", según las técnicas aplicables en cada caso, determinándose después si se dispone su internamiento o su libertad vigilada. Y es una realidad que un trato violento —físico o psíquico— al menor de edad, le produce efectos mayores que a un adulto.

Durante todo el procedimiento ante el Consejo Tutelar, según se ha dicho, el menor no cuenta con ninguna garantía procesal, precisamente por la concepción de que todo lo que el Consejo hace, no lo realiza

²⁹ Por lo que no todos pueden encontrar las salidas jurídicas, como dice Lola Aniyar, refiriéndose al problema en general, "para impedir, retrasar o paralizar un proceso penal en su contra". De ahí que, muchos que están privados de su libertad, no obedece tanto a que realmente hayan cometido el hecho o se les haya demostrado su responsabilidad respecto del mismo, sino porque no estuvieron en posibilidades de evitarlo con otros medios. Y, viceversa, quienes debieran estar recluidos, están fuera. Cfr., Aniyar de Castro, Lola, "La criminología crítica o la realidad contra los mitos", en *Revista Mexicana de Ciencias Penales*, México, núm. 3, INACIPE, 1979/80, pp. 9 y ss.

REALIDAD Y FICCIÓN EN MATERIA DE JUSTICIA DE MENORES 195

como autoridad, sino como sustituto del padre. El procedimiento que se sigue a un menor no puede considerarse, por tanto, como la observancia del proceso previo o debido proceso. No se reconoce la *garantía de defensa*; tampoco el privilegio de no acusarse a sí mismo, y de que, si lo hace, la confesión no valga, sobre todo si es vertida ante la policía judicial, si no está probado por otros medios; lo propio puede decirse del *principio de inocencia*, etcétera.

La ley fundamental prevé la garantía de defensa y le asigna una amplia función dentro del sistema de justicia penal. No hay razón para que los menores no puedan hacer uso de este derecho a la defensa, ya que ellos pueden encontrarse en iguales situaciones que un adulto al cometer el hecho: actuar en legítima defensa, en estado de necesidad, error, etcétera.

Por otra parte, según se deriva de la ley, no se hace distinción si el hecho cometido por el menor es o no de los que sólo pueden ser perseguidos a instancia de parte ofendida, y se actúa, por lo general, de oficio si se trata de un autor menor.

Por más que actualmente se alegue que los menores no cometen delito, ello no es más que una *ficción*; pues el texto de la ley y la realidad nos muestran que no puede desvincularse el derecho tutelar del derecho penal, ya que una de las causas principales que motivan la intervención estatal y el intercambio del menor, es decir, su privación de libertad, es precisamente haber infringido la norma penal, haber cometido un hecho previsto por la ley penal.

III. CONCLUSIONES

1. Por todo lo anterior, puede afirmarse que:

a) Uno de los grandes mitos que ha prevalecido en materia de justicia de menores, es haber creído, y creer aún, que con la ideología paternalista, con la idea de la rehabilitación y creación de los consejos tutelares, etcétera, se "humaniza" dicha justicia. Es, asimismo, una ficción el creer que ha habido éxito en la humanización de la justicia de menores y que se ha salvado a éstos de ir a las cárceles o prisiones. La realidad es que no puede hablarse de una tal humanización, pues los menores siguen siendo sometidos a castigos, que muchas veces no sólo son arbitrarios sino incluso degradantes. En efecto:

b) El procedimiento que se sigue a los menores infractores es *irrespetuoso de las garantías procesales más elementales*. Es un procedimien-

to que, en aras de un proteccionismo excesivo, como discurso oficial, ha permitido caer en los mayores excesos de poder y, consecuentemente, en las mayores violaciones de los derechos del menor.

c) Finalmente, por lo que hace a las *medidas* que el Consejo Tutelar aplica, éstas, según la ley, son medidas indeterminadas o con duración indeterminada (artículo 61), lo que plantea asimismo transgresión al principio de legalidad y provoca inseguridad jurídica.

Su finalidad teórica es la *resocialización* del menor que implica necesariamente *estudios constantes de personalidad del menor* (artículo 1º); pero, en la práctica, no puede afirmarse que dicho fin se haya alcanzado, por lo menos no en un porcentaje que pueda justificar la medida.²⁷ Ante esta situación, se ha planteado como más recomendable —como ya lo han empezado a hacer diversos países desde fines de la década de los sesenta— adoptar por los tribunales de menores la idea de reconocer y respetar las garantías individuales en el procedimiento y tratamiento de los menores, superando así la concepción paternalista. Ese reconocimiento de las garantías en el sistema de justicia que se ha instaurado para los menores, no debe de ninguna manera encerrar la idea ni conducir a la idea de convertir a dicho sistema en un sistema represivo, de degradación y de aplastamiento de quienes ya de por sí están en situación desventajosa.

2. Para finalizar, podríamos retomar algunas de las sugerencias que nos permitimos hacer en el seminario celebrado con el ILANUD en octubre de 1987, para orientar el futuro sistema de justicia de menores:²⁸

a) En el Estado democrático, las diversas medidas que éste adopte para el cumplimiento de sus funciones, no pueden ni deben ser utilizadas de manera tal que vayan en contra de los intereses del grupo de hombres de quien viene su existencia y su poder.

b) El sistema de justicia, como mecanismo instrumentado para el logro de algunos de los fines del Estado, como es proteger determinados bienes o intereses, individuales o colectivos, y plantea la necesidad de una reacción que, a su vez, repercute en afectación de otros intereses, debe circunscribirse en los criterios característicos de un sistema

²⁷ Lo que se puede demostrar con las cifras de la reincidencia. Estudios sobre el particular se llevan a cabo en el Instituto Nacional de Ciencias Penales.

²⁸ Cfr., Moreno Hernández, M., *Sistemas legales, garantías procesales y derechos humanos en materia de justicia de menores*, México, INACIPE/ILANUD, 1987, pp. 41 y ss.

REALIDAD Y FICCIÓN EN MATERIA DE JUSTICIA DE MENORES 197

propio de un Estado democrático de derecho, garantizador de derechos humanos.

c) El sistema de justicia de menores no puede ser concebido desvinculado del sistema de justicia en general, el que, a su vez, debe ser siempre considerado como parte integrante de todo el sistema político y social del país. Su trato desvinculado de los demás sectores de la política social constituiría sólo una visión parcial del problema.

d) Debe, por ello, desmitificarse la idea de que el menor ha salido del ámbito del derecho penal, para posibilitar la validez de las diversas garantías en favor del menor y, así, limitar las arbitrariedades que implica la inferencia del Estado en la esfera del menor.

e) Debe, asimismo, desmitificarse la concepción paternalista, que prevalece en las legislaciones relativas al menor infractor, y ubicarse más en el plano de la realidad, a partir del cual se puedan diseñar medidas más racionales y ventajosas para el menor.

f) Superar la idea falsa de que el menor de edad está fuera del derecho penal, porque es inimputable; pues, al igual que los adultos, los hay menores que son imputables y los que son o pueden ser inimputables. La razón política por la que al menor de edad no se le impone pena, no radica en su inimputabilidad, sino en la consideración de los efectos negativos que ella le produce, dada su mayor vulnerabilidad.

g) Las legislaciones en torno del menor infractor deben contener, de manera expresa, el reconocimiento de los derechos que el menor puede hacer valer frente al órgano del Estado. Debe, para ello, hacerse una revisión a fondo de los actuales sistemas legislativos y adecuarlos a los lineamientos señalados por la propia ley fundamental y por los diversos instrumentos internacionales sobre la materia.

Observar en ellas con mayor amplitud el principio de *legalidad*. Reducir al máximo la idea que prevalece en la ley, que hace que el derecho de menores sea un *derecho de autor*, y dar mayor entrada a la idea del *derecho penal de acto*. Precisar, asimismo, que la medida que se le aplique al menor sea *determinada* y, además, en virtud de que su conducta realmente haya lesionado un *bien jurídico* y, de esta manera, la medida privativa o restrictiva de la libertad sea el *último recurso*.

h) Deben revisarse, igualmente, los procedimientos que se siguen a los menores infractores, desechar aquellos criterios que impliquen violaciones a los derechos humanos y dando, por tanto, mayor cabida a las garantías procesales.

Un sistema de justicia de menores sólo puede alcanzar el calificativo de humanista, en la medida en que en él se encuentren el más amplio reconocimiento y respeto a los derechos humanos del menor.