

LA DOGMÁTICA DEL DERECHO DE MENORES INFRACTORES*

Luis RODRÍGUEZ MANZANERA**

Por el tiempo concedido para la exposición del tema, es clara la imposibilidad de extenderse en el desarrollo del mismo, por lo que solamente consignaremos las ideas torales, que permitirán más adelante reflexionar sobre este interesante tópico.

El tema propuesto consiste en reafirmar la necesidad de mejorar, y en muchos aspectos crear, una dogmática propia para estudiar y sistematizar el derecho de menores infractores, tomando en cuenta las reformas realizadas a partir de los cambios en el artículo 18 constitucional en diciembre de 2006.

La reforma constitucional entró en vigor tres meses después de su publicación, y ordenó a los estados y al Distrito Federal, que en un plazo de seis meses crearan sus leyes, instituciones y órganos necesarios para dar cumplimiento a dicho mandato.

No en todos los estados se ha cumplimentado lo ordenado, pues hay muchas deficiencias y lagunas en los proyectos de la legislación federal y en la del Distrito Federal, que deberían servir de guía, y que hasta el momento no han podido ser aprobadas y publicadas (curiosamente, la Federación no está obligada; el Distrito Federal sí debe adecuarse).

El punto firme de partida para la creación de la nueva dogmática es reconocer que derecho penal y derecho minoril son diferentes, y que este último goza de autonomía legislativa y, por lo tanto, también académica y científica. No reconocer este hecho hace estéril cualquier discusión, y nos

*Participación en el Foro sobre Justicia Penal y Justicia para Adolescentes, México, UNAM y AMCP, 2007.

**Profesor en la UNAM y en el INACIPE; miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales y de la Sociedad Mexicana de Criminología.

lleva con una simpleza patética a un derecho penal aplicado a menores de edad.

El segundo punto que debe quedar claro es que se ha caído en una discusión estéril y en muchos aspectos torpe, que consiste en enfrentar a la corriente “tutelarista” con la corriente “garantista”, sin darse cuenta de que en realidad ambos enfoques no se contraponen, ya que es falso que un sistema tutelar sea forzadamente violatorio de garantías, así como es inexacto que un sistema de garantías sea represivo y punitivo por necesidad.

Lo que sí se contrapone es lo tutelar con lo punitivo, y lo garantista con lo arbitrario; lo ideal es buscar un sistema que tutele con el mayor respeto a los derechos básicos.

Y lo que sí es una contradicción es el derecho punitivo, retribucionista y represivo (tan caro para algunos so pretexto de “garantismo”) con el derecho de menores.

Aquí, permítaseme hacer un breve paréntesis para hacer la aclaración de que no es mi intención defender la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal (por cierto hasta el día de hoy todavía vigente), en la que intentamos un equilibrio entre la maciza tradición tutelar de México y los instrumentos internacionales, es decir, la lógica unión entre la experiencia humanista, la técnica científica y el respeto a las garantías individuales.

El origen de la Ley para el Tratamiento lo encontramos en el VIII Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana, en 1990, reunión de gran importancia para el tema, pues en ella se aprobaron, entre otras, las Directrices de Riad y las reglas para la protección de los menores privados de libertad, y se revisó el cumplimiento de las reglas de Beijing aprobadas en 1985.

En este Congreso se hizo patente la necesidad de reformar la ley mexicana para adecuarla a los instrumentos internacionales, pues la Ley de los Consejos Tutelares (1974) quedaba atrasada, y era necesario elaborar un ordenamiento acorde a las nuevas directrices, normas y declaraciones.

Efectivamente, esta nueva Ley, cuyo proyecto elaboré junto con muy eminentes juristas (Gonzalo Armienta Calderón, Antonio Sánchez Galindo, Fernando Flores García, Luis Hernández Palacios, Celia Marín Sasaki), tiene como espíritu “reorientar el cauce de las organizaciones tutelares dentro de un marco de pleno respeto a los Derechos Humanos”.

Se tuvo especial cuidado en dar a los menores plena personalidad, buscando tanto la adaptación social como la protección a su dignidad, con irrestricto respeto a los derechos consagrados por la Convención y en las reglas.

Es comprensible que, si ahora pudiéramos hacer nuevamente una Ley, cambiariamos muchos aspectos del actual ordenamiento (repito, hasta el momento vigente), el cual, a quince años de distancia, lo haríamos menos “legalista”, más sencillo, con menos complicación procesal, y con más énfasis, aun en la prevención y el tratamiento.

Regresando al punto de partida, reconocemos que existe un derecho minoril o derecho de menores autónomo y diferente (y mejor que el derecho penal) que, por su misma naturaleza, tiende a ser protector, tutelar y garantizador de derechos, tal como lo afirman los instrumentos de Naciones Unidas y lo confirma la más correcta doctrina.

Este derecho se ha ido construyendo a partir de las normas internacionales (varias de ellas adoptadas y ratificadas por nuestros gobiernos), las bases constitucionales (sobre todo en los “derechos específicos”), la diversa legislación nacional y la interpretación que han hecho los consejos y tribunales para menores.

En nuestro país se ha recorrido un largo camino en la materia, desde la Ley sobre la Previsión Social de la Delincuencia Infantil (1928) hasta la Ley para el Tratamiento de Menores Infactores (1991), pasando por la Ley Orgánica y Normas de Procedimiento de los Tribunales de Menores y sus Instituciones Auxiliares (1941), y la Ley de los Consejos Tutelares (1974).

Ahora contamos con una nueva normatividad, pues las modificaciones constitucionales al artículo 18 y los consecuentes cambios en las diversas legislaciones nos modifican el panorama; pasó ya el tiempo de procurar una reforma más adecuada, no queda sino trabajar sobre lo ya establecido.

Teniendo ya la normatividad (objeto de estudio), ahora es necesario construir una dogmática propia, es decir, un estudio científico de las normas referentes a los menores infractores, estructurada en dos vertientes:

- A. La sistemática, como exposición coherente y ordenada del derecho positivo.
- B. La técnica jurídica, que resuelve los problemas de la aplicación de la normatividad.

Para esto debemos tomar en cuenta el conjunto, es decir, el universo normativo general, ya que el derecho minoril es parte de un todo (no parte del derecho penal), y debe sistematizarse e interpretarse dentro de ese complejo.

Por ejemplo, el artículo 18 constitucional no puede considerarse aislado; ahí están los artículos del 13 al 23, en los cuales se encuentran normas de aplicación general, sobre todo cuando usan términos como “nadie” (que implica “todos”, incluidos los menores).

Las normas sobre menores infractores deben manejarse con referencia a la legislación de menores; por ejemplo, la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, o la Ley de los Derechos de Niñas y Niños en el Distrito Federal.

Lo mismo pasa con los instrumentos internacionales, pues las reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Beijing), documento básico en esta materia, no puede comprenderse sino en conjunto con los tratados, acuerdos, recomendaciones, convenciones y protocolos, como la fundamental Convención sobre los Derechos del Niño, las Directrices de Riad (sobre prevención), las reglas para la Protección de los Menores Privados de Libertad o los actuales Lineamientos para la Protección de Niños Víctimas y Testigos.

Cada conjunto normativo tiene sus propios principios que, desde luego, no contradicen ni se oponen a los principios generales, pero que son los que orientan para la sistemática y para la técnica jurídica; así, son diferentes los principios que rigen al derecho minoril de aquellos que orientan al derecho civil (la voluntad de las partes), al derecho agrario (la tenencia de la tierra), al derecho victimal (la reparación del daño), al derecho familiar (la integración de la familia) o al derecho penal (la seguridad jurídica y la prevención general y especial).

El derecho minoril tiene como principio rector el “mayor interés del menor” o “interés superior del niño”, y como finalidad su desarrollo armónico, por lo que la dogmática debe desenvolverse sobre este principio.

Así, el artículo 30. de la Convención dispone que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá, será el interés superior del niño.

Y el artículo 50. de las reglas de Beijing, al señalar los objetivos de la justicia de menores, dice que “El sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los

menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito”.

García Ramírez opina con claridad que

cuando hablamos del derecho de menores, y lo hacemos en el marco de una sociedad juvenil como ésta, no nos referimos, por cierto, a un derecho menor, sino tal vez, como se ha dicho, al mayor de todos: al que se vuelca, para preservarla, sobre la mayoría, al que suma a sus estatutos particulares, escasos todavía y preferentemente pendiente de los infractores, numerosas normas específicas o de plano completas instituciones en otros estatutos generales.¹

Y Zaffaroni afirma que el derecho de menores es un ordenamiento distinto del penal y que se limita a colindar con este para que le proporcione, a través de una suerte de “servidumbre de vista”, la base en que asentar la aplicación de las medidas tutelares, que lo diferencian nítidamente del derecho penal.²

Es inapropiada, por tanto, la utilización de la dogmática jurídico-penal para el manejo del derecho de menores, como lo sería su aplicación a otras ramas; por ejemplo: el concepto de inimputabilidad penal no puede explicar la incapacidad civil.

Asimismo, el concepto de inimputabilidad penal no puede explicar el caso de la inimputabilidad minoril: las ideas de la falta de capacidad de entender y de querer en los menores como regla llevó a conclusiones inaceptables (la primera vez que afirmé que había menores imputables y menores inimputables, allá por 1969, me declararon inimputable, junto con los sordomudos, los locos y los mismos menores).

Así, si los menores son, por regla, inimputables, aquellos que realmente carecen de capacidad de entender y de querer (psicóticos *v. gr.*) serían inimputables plus (o en terminología moderna megainimputables).

Además, si se considera la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad, y se afirma (como lo hace la exposición de motivos de alguno de los proyectos de nueva ley) que los menores son *per se* inimputables, una de dos: o no hay delito, o se priva a los “adolescentes” de la garantía de culpabilidad, y se va a caer en un cerrado *versare in re illicita*.

¹ García Ramírez, Sergio, *Justicia penal*, México, Porrúa, 1982, p. 206.

² Zaffaroni, Raúl, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 1980, t. I, p. 220.

Como puede observarse, es necesario un concepto propio de imputabilidad-inimputabilidad minoril. Nosotros hemos considerado la imputabilidad como un presupuesto de punibilidad, y no de culpabilidad, lo que nos resuelve algunos problemas, pero entendemos que debe aún trabajarse mucho sobre este tema.

No se trata de ignorar ni de rechazar los avances de la dogmática penal, sino de hacerla compatible con los principios y finalidades del derecho de menores, creando una dogmática propia.

Lo que no puede hacerse es que, si tanto hemos hablado de la crisis de la justicia penal, de su lentitud, costo y desigualdad, de la necesidad de un código penal moderno y unificado, del cambio a un proceso oral, etcétera, para hacer el nuevo derecho de “adolescentes” nos basemos en leyes, reglas y principios anticuados y que fueron construidos para una sociedad que hace tiempo dejó de existir.

Por otra parte, debe aprovecharse toda la experiencia desarrollada en materia de apoyo, tutela comprensión y tratamiento de los menores infractores.

Lo anterior implica no desperdiciar los recursos humanos que se han formado a través de décadas, y que, quiérase o no, han representado un cuerpo respetable y respetado, que logró mantenerse al margen de múltiples vicios que han aquejado a la justicia mexicana.

No quiero terminar esta intervención sin hacer dos observaciones al ya vigente artículo 18, cuya correcta interpretación es indispensable.

La reforma, en su tercer párrafo, señala:

Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente. En todos los procedimientos seguidos a los adolescentes se observará la garantía del debido proceso legal, así como la independencia entre las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas. Estas deberán ser proporcionales a la conducta realizada y tendrán como fin la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades. El internamiento se utilizará sólo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves.

La primera observación es en cuanto al concepto de proporcionalidad de la medida, que podría interpretarse en su forma puramente retributiva

y talionaria, en su sentido más despreciable, como ojo por ojo y diente por diente, sin entender que el talión fue la primera norma a favor de los delincuentes (y no sacarás más de ojo por ojo...).

Lo que quiere decir la Constitución es que la medida no puede exceder al equivalente en caso de pena; es decir, la solución que encontramos al reformar el artículo 69 del Código Penal (aquí participaron Olga Islas y María de la Luz Lima), o sea que un menor no puede ser sancionado más gravemente que un adulto, y además debe verse su particular condición personal y su “mayor interés”. El mencionado artículo señala: “En ningún caso la medida de tratamiento impuesta por el juez penal, excederá de la duración que corresponda al máximo de la pena aplicable al delito”.

Finalmente, nuestro repudio al término “adolescente”, carente de tradición en materia nacional e internacional, en que siempre se ha usado el término “menor” o “niño”. Así, la Convención sobre los Derechos del Niño es muy clara al señalar en su artículo primero que “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad...”.

Nuestra preocupación es si fue un simple deseo de originalidad o de cambiarle el nombre a las cosas (y creer inocentemente que se cambió el fondo), o si se trata de sustraer a los “adolescentes” de la Convención y demás instrumentos protectores del niño y enviarlos tranquilamente (como parece) al derecho penal (ahora sí “del enemigo”).